

**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1277  
(ART. 323 C. P. C.)**

|  |   |
|--|---|
| <b>CLASE DE PROCESO</b>  | <b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b> |
| <b>MAGISTRADO PONENTE-DR</b>   | <b>: JORGE ELIECER FANDINO GALLO</b>          |
| <b>DEMANDANTE</b>  | <b>: OCTAVIA MIRANDA MELENDEZ</b>             |
| <b>DEMANDADO</b>   | <b>: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS</b>      |
| <b>RADICADO J. XXI</b>   | <b>: 13-001-33-31-012-2010-00148-01</b>       |
| <b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICUATRO (24) DE OCTUBRE DE 2013</b> |   |

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, DOCE (12) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

  
\_\_\_\_\_  
JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

\_\_\_\_\_  
JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:  
JBG



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

---

**-SALA DE DECISIÓN 001-**

Cartagena de Indias D.T. y C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Fandiño Gallo**  
Clase de Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Demandante: **Octavia Miranda Meléndez**  
Demandado: **Distrito de Cartagena**  
Expediente: **13-001-33-31-012-2010-00148-01**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 24 de mayo de 2012, por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y se inhibió para pronunciarse de fondo.

**ANTECEDENTES**

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de el acto ficto o presunto emanado de la Alcaldía Mayor del Distrito de Cartagena de Indias mediante el cual se niega la naturaleza laboral de la vinculación de la actora como funcionaria de planta y se responde

negativamente la solicitud de pago de las prestaciones sociales definitivas (cesantías, intereses sobre las mismas, vacaciones, primas) y demás conceptos laborales adeudados así como la solicitud del pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, las cuales fueron pedidas a la entidad demandada mediante solicitud de fecha 15 de septiembre de 2009.

A título de restablecimiento solicita que se condene al Distrito de Cartagena a reparar el daño causado y a pagar las prestaciones sociales definitivas causadas durante el tiempo de la relación laboral (cesantías, intereses sobre las mismas, vacaciones, primas) y demás conceptos laborales adeudados durante toda su vinculación laboral, asimismo se condene al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 y se condene en costas a la entidad demandada.

## **HECHOS**

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

Que la actora prestó sus servicios a la Secretaría del Interior y Convivencia Ciudadana como Guardiana de la Cárcel Distrital de San Diego desde el 8 de marzo de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2007.

Afirma que la vinculación de la actora era mediante contrato de prestación de servicios suscritos de manera continua e ininterrumpida y durante toda la vigencia de la relación laboral nunca le fueron liquidadas ni canceladas las prestaciones sociales, tales como primas, vacaciones, cesantías ni intereses sobre las mismas.

De igual forma expresa que la demandante laboró durante toda la vigencia de la relación laboral de manera continua e ininterrumpida cumpliendo a cabalidad y con dedicación de tiempo completo las funciones encomendadas y

propias del cargo como guardiana de una institución carcelaria y que en razón de esto, mediante escrito de fecha 15 de septiembre de 2009 solicitó el pago de sus prestaciones sociales definitivas así como el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995.

Argumenta que el Distrito de Cartagena nunca dio respuesta al escrito presentado y deja por sentado que la última remuneración recibida fue la suma de setecientos cincuenta mil pesos (\$750.000).

En el acápite del concepto de violación de las disposiciones citadas en la demanda, expone tres causales como soporte de su argumento, la primera infracción directa a la ley y a la Constitución, alegando que se trasgreden los principios de primacía de la realidad, e igualdad; la segunda, desviación de poder y, la tercera, falsa motivación del acto que negó reconocer la inclusión de la actora a la planta de personal del distrito sin tener en cuenta que se encuentran estructurados los elementos de una relación legal y reglamentaria, con lo que se oculta una situación real de subordinación y dependencia.

### **TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA**

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 15 de junio de 2010 (fl.111), notificada a la entidad demandada (fl.115) y al Agente del Ministerio Público (fl.111 reverso).

El proceso se fijó en lista, y dentro del término la apoderada la entidad demandada dio contestación a la demanda, (fl.116-119) pronunciándose expresamente sobre cada hecho e interponiendo excepciones.

Alega que la entidad demandada actuó con plena observancia de las formalidades legales, dentro del ámbito de competencia, sin desviación de las atribuciones propias, gozando a plenitud del atributo de presunción de legalidad, toda vez que su actuación está respaldada en el artículo 32 de la

Ley 80 de 1993 en relación a los contratos de prestación de servicios celebrados por la entidades estatales para desarrollar actividades para la administración y funcionamiento de las entidades.

Igualmente argumenta que los contratos celebrados con la actora tenían un tiempo determinado y al finalizar dicho plazo se entiende terminado y perfeccionado, de igual forma considera que las OPS poseen una cláusula de exclusión del vínculo laboral aceptado plenamente por la actora al momento de la suscripción del mismo.

Propone como excepciones la inexistencia de la violación del derecho por parte de la entidad y la ineptitud sustantiva de la demanda por habersele dado trámite de un proceso diferente.

Por medio de auto de fecha 27 de abril de 2011 (fl.146) se abrió a pruebas el proceso teniendo en cuenta las aportadas y solicitadas por las partes, y posteriormente mediante auto de fecha 12 de abril de 2012 (fl.176) se corrió traslado para alegar de conclusión, término dentro del cual se manifestaron ambas partes sosteniendo los mismos argumentos alegados en la demanda y su contestación.

## **EL FALLO RECURRIDO**

**(fls.182 - 190)**

En la sentencia de primera instancia el *a quo* declaró probada de oficio la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y se inhibió para pronunciarse de fondo, por las razones que a continuación resume la Sala:

Consideró que no obstante la solicitud por parte de la actora de la declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto generado como consecuencia del silencio administrativo negativo frente a la petición de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales definitivas y demás conceptos laborales hecha el 15 de

septiembre de 2009 a la entidad, existe en el expediente prueba de la interposición de un derecho de petición anterior de fecha 8 de mayo de 2008 e respondido por la entidad mediante escrito de fecha 18 de noviembre de 2008 donde le indicó a la actora que tal y como lo había afirmado entre las partes existía un contrato de prestación de servicios el cual no generaba una relación laboral y, por ende, no daba lugar al pago de prestaciones.

Era de pleno conocimiento la respuesta de la petición anteriormente mencionada, además de que fue mencionada por la misma y fue anexada al expediente, es decir, fue impetrada con anterioridad una petición en el mismo sentido la cual ya había sido atendida por la entidad demandada mediante escrito que constituye un verdadero acto administrativo dado que definió la situación particular de la demandante y sentó su posición frente al tema objeto de la litis y, por esto, la parte actora en su oportunidad debió demandar la nulidad de tal acto, que al no habersele presentado los recursos de ley, quedó en firme.

Concluyó entonces que la nueva petición en el mismo sentido formulada por la actora constituía una pretensión de revocatoria directa, la cual no revive los términos legales para el ejercicio de las acciones contenciosas administrativas y sobre la misma no se generó el silencio administrativo alegado.

## **SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN**

**(fls.192 –193)**

Los motivos de inconformidad expuestos por la parte demandante, se contraen a los siguientes aspectos:

Considera que el juez de primera instancia incurre en un error toda vez que la demandante si podía acudir ante ésta jurisdicción a reclamar las prestaciones de carácter laboral generadas a su favor con ocasión de su prestación personal de servicios a través de memorial de fecha 15 de septiembre de 2009.

Menciona que de modo alguno se hizo referencia alguna a lo pedido, que hoy se demanda y que la actora no deja ver la intención que unilateralmente le otorga el despacho.

Manifiesta que el juez de primera instancia incurre en un error al momento de otorgar finalidad distinta a la voluntad del accionante, en razón a otorgarle efectos de solicitud de revocatoria directa a la petición presentada cuando en realidad el escrito ni directa ni indirectamente se logra apreciar un uso de las causales establecidas en el artículo 69 del C.C.A.

### **TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

El anterior recurso fue concedido por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 10 de octubre de 2012 (fl.194) y admitido mediante proveído de fecha 5 de febrero de 2013 (fl.200).

A través de auto de fecha 11 de marzo de 2013 (fl.202) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, término dentro del cual solo se manifestó la parte demandada reiterando sus argumentos presentados en la primera instancia. El Ministerio Público por su parte no emitió concepto alguno.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde a la Sala determinar si es procedente la declaración oficiosa de la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y el pronunciamiento

inhibitorio manifestado por el juez de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

Con el fin de solucionar el problema jurídico planteado en necesario ahondar en el estudio de la firmeza de los actos administrativos, la caducidad de las acciones y la oportunidad para demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Sea lo primero indicar que, un acto administrativo se considera ejecutoriado cuando se han resuelto los recursos interpuestos contra el mismo, cuando, contra aquel no proceda ningún recurso de ley o, en su defecto siendo procedente algún recurso estos no son interpuestos en tiempo.

Habiéndose agotado la vía gubernativa tal y como lo estipula el artículo 63<sup>1</sup> del C.C.A, en caso de que sean procedentes los recursos de ley, queda abierta la posibilidad de demandar ante esta jurisdicción, tal como lo dispone el artículo 135 en los siguientes términos:

*“La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotarse previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.*

(...)”

Así pues, tal y como se había expresado anteriormente deben ser agotados previamente los recursos que por ley procedan ante tal acto administrativo, o en su efecto, si no existió oportunidad para interponerlos demandar de forma directa ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

---

<sup>1</sup> ARTICULO 63. AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA. El agotamiento de la vía gubernativa acontecerá en los casos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo anterior, y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja



Dentro del procedimiento ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Código Contencioso Administrativo señala los requisitos de la demanda, de igual forma la manera en que deben ser individualizadas las pretensiones y los anexos que debe contener la misma para que pueda ser admitida.

Ahora bien, además de todo lo anteriormente mencionado frente a la interposición de la demanda en ejercicio de cualquiera de las acciones que contempla la ley, debe tenerse en cuenta el presupuesto de la caducidad para las mismas, advirtiendo que por el sólo transcurso del tiempo sin que se haya hecho uso de la acción judicial se pierde la posibilidad de demandar el acto administrativo en la vía jurisdiccional y, por lo tanto, entraría a operar éste fenómeno.

Así lo ha esbozado el H. Consejo de Estado en múltiples providencias, tal como la proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, de fecha 18 de marzo de 2010, con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero, donde se manifiesta:

*“Se tiene por cierto que la caducidad se configura cuando el plazo fijado en la ley para instaurar algún tipo de acción, ha vencido. Es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que le asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público. Las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento. en el sentido y finalidad de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos. el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la jurisdicción a efectos de que el respectivo litigio o controversia, sea resuelto con carácter definitivo por el juez competente. Así las cosas, es la propia ley la que asigna una carga para que, ante la materialización*

*de un determinado hecho, los interesados actúen con diligencia en cuanto a la reclamación efectiva de sus derechos, sin que las partes puedan convenir en su desconocimiento, modificación o alteración.”*

De igual forma, cabe resaltar que al interponerse una demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no pueden llegar a ser revividos términos legales, Así lo contempla el artículo 72 del C.C.A que estipula:

*“Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.”*

Es decir, no se puede pretender la revocatoria de un acto administrativo que ya se encuentra ejecutoriado, cuando se tuvo la oportunidad legal para interponer los recursos que procedían frente al mismo, los cuales no fueron presentados.

## **CASO CONCRETO**

En el asunto de la referencia se tiene que la actora demanda el acto ficto o presunto generado consecuencia del silencio administrativo en que incurrió la demandada al no proporcionar respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales definitivas y demás conceptos laborales presentada ante la entidad el día 15 de septiembre de 2009 (fl.91).

El juez de primera instancia declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y se inhibió para pronunciarse fondo en el asunto con el argumento de que lo pretendido con la demanda del acto ficto o presunto era revivir términos legales dado que anteriormente había sido presentada petición con igual contenido, la cual fue respondida por parte de la entidad demandada y no fue objeto de recurso alguno o, en su defecto si

contra ella no procedían recursos no fue demandada directamente ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Analizado lo expuesto por el fallador de instancia y confrontado con los argumentos expuestos por el recurrente al sustentar el recurso de alzada se tiene que le asiste razón al *a quo* ya que (e) existió una petición anterior con idénticas pretensiones la cual no fue demandada a tiempo, hecho que imposibilita la procedencia de declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto interpuesta por la actora, ya que ésta reviviría términos legales de un acto administrativo ejecutoriado.

Es dable concluir lo anterior, pues en el material probatorio que obra en el proceso reposa petición de igual contenido presentada por la actora con sello de recibido por parte de la entidad demandada de fecha 8 de mayo de 2008 (fl.92), en la cual solicita el pago de las prestaciones sociales definitivas, así como la indemnización moratoria de que trata el artículo 2º de la Ley 24 de 1995, tal petición fue respondida por la entidad mediante escrito de fecha 18 de noviembre de 2008 visible de folio 93 a 94 del cuaderno.

Cabe precisar, que según lo expuesto en la parte inicial de estas consideraciones, un acto administrativo, como lo es la respuesta dada por el Distrito de Cartagena a la petición anteriormente mencionada que resuelve una situación específica de la actora, debía ser objeto de recurso para posteriormente ser demandado ante la jurisdicción o, en su efecto, si tales recursos no procedían, debía ser demandado directamente dentro del término de caducidad de la acción, previsto para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en el término legal<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES.

2 La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse *en cualquier tiempo* por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

De lo anterior se infiere que, con la solicitud de declaratoria de nulidad de acto ficto o presunto generado como consecuencia del silencio de la administración ante la petición radicada el 15 de septiembre de 2009 por la actora se pretendía revivir términos legales, dado que ya había sido presentada anteriormente solicitud con igual contenido siendo respondida por el distrito de Cartagena, la cual debió ser demandada.

Ahora bien, se tiene en cuenta que la respuesta dada por la entidad demandada era conocida por la actora, hecho que se logra inferir cuando la demandante aporta como anexo de la demanda tal acto administrativo y lo alega como causal de violación, considerándose que podía presentar los recursos que procedieran contra tal acto o, en su defecto, si no era procedente ningún recurso, demandar la nulidad del acto directamente ante ésta jurisdicción.

Teniendo en cuenta lo anterior, si se inicia a contabilizar el término de caducidad para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en la norma antes citada, a partir del 19 de noviembre de 2008, día siguiente de la fecha que ostenta el documento contentivo de la respuesta por parte de la entidad demandada, por ende el plazo de los cuatro (4) meses había fenecido el 19 de marzo de 2008, tiempo que se encuentra superado con creces y que no puede ser revivido al presentar solicitud de igual contenido para luego ser demandado.

4

En conclusión, la actora debió proceder a demandar en su momento el acto administrativo expedido por la entidad y no presentar petición en igual sentido para luego ser demandada solicitando que sea declarado nulo un acto el cual ya fue objeto de estudio y pronunciamiento por parte de la administración el cual ya se encuentra ejecutoriado.

Por todo lo anteriormente expuesto, se considera que le asiste razón al *a quo* en su pronunciamiento y considera oportuno confirmar la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### FALLA

**CONFIRMAR** la sentencia de fecha 24 de mayo de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y se inhibió para pronunciarse de fondo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia,

Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

### LOS MAGISTRADOS

  
JORGE ELIECER TANDINO GALLO

  
MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

  
ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-012-2010-00148-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1278  
(ART. 323 C. P. C.)**

|   |   |
|---|---|
| <b>CLASE DE PROCESO</b>   | <b>: ACCION DE REPARACION DIRECTA</b>                 |
| <b>MAGISTRADO PONENTE-DR</b>  | <b>: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO</b>                  |
| <b>DEMANDANTE</b>   | <b>: FREDIS ANTONIO DIAZ ALVAREZ Y OTROS</b>          |
| <b>DEMANDADO</b>  | <b>: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL</b> |
| <b>RADICADO J. XXI</b>  | <b>: 13-001-33-31-011-2009-00076-01</b>               |
| <b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIOCUATRO (24) DE OCTUBRE DE 2013</b> |   |

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, DOCE (12) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

  
JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.  
Cartagena, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:  
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

---

-SALA DE DECISIÓN 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo  
Medio de control: Reparación Directa  
Demandante: Fredis Antonio Díaz Álvarez y otros.  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional  
Expediente: 13-001-33-31-011-2009-00076-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida el 25 de mayo de 2012 por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES.**

**1. LA ACCIÓN.**

Los señores Fredis Antonio Díaz Álvarez, Luz Neida García Meza, Medardo Antonio Díaz Villeros, Sixta Tulia Álvarez Ramos, Ramón Antonio Díaz Álvarez, Luz Mery Díaz Álvarez y Medardo José Díaz Álvarez, por medio de apoderado judicial, concurrieron ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de reparación directa conforme al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

## 2. PRETENSIONES.

Se declare administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, bajo el título de imputación de falla del servicio, por los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo de las lesiones causadas el 11 de noviembre de 2006 al entonces infante de marina profesional Fredis Antonio Díaz Álvarez, al accionar una mina antipersonal durante una operación militar.

Se condene a la entidad accionada a pagar a los libelistas los siguientes montos indemnizatorios:

- A título de perjuicios morales:

A favor de Fredis Antonio Díaz Álvarez, víctima directa, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de Freilen David Díaz Álvarez, hijo del lesionado, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de Luz Neida García Meza, en su calidad de compañera permanente del perjudicado directo, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de Sixta Tulia Álvarez Ramos y Medardo Díaz Villero, padres de Fredis Antonio Díaz Álvarez, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

A favor de Ramón Antonio, Luz Mery y Medardo José Díaz Álvarez, en su condición de hermanos de la víctima directa, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.



- A título de lucro cesante consolidado y futuro, a favor de Fredis Antonio Díaz Álvarez, doscientos veintidós millones novecientos mil pesos (\$222'900.000,00) por concepto de los salarios y prestaciones sociales que hubiera percibido como militar activo desde la fecha en que sufrió la lesión y hasta su periodo de vida probable.

- Por concepto del perjuicio fisiológico consistente en la desfiguración del rostro del lesionado, la pérdida de su ojo izquierdo y el daño progresivo sufrido en el ojo derecho, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Fredis Antonio Díaz Álvarez.

Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la entidad demandada a pagar cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno de los libelistas, a título de perjuicios morales:

### **3. HECHOS.**

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

El señor Fredis Antonio Díaz Álvarez es hijo de Sixta Tulia Álvarez Ramos y Medardo Antonio Díaz Villero; hermano de Medardo José, Ramón Antonio y Luz Mery Díaz Álvarez; compañero permanente de Luz Neida García Meza; padre de Freilen David Díaz García, con quienes siempre ha mantenido relaciones de afecto, cariño y ayuda mutua.

Fredis Antonio Díaz Álvarez fue dado de alta como infante de marina profesional el 25 de agosto de 2003, al momento de los hechos se encontraba asignado al Grupo Caza Cabecillas Tiburón 2 de la Unidad Táctica del Batallón de Comando y Apoyo 1 de la Armada Nacional, y se desempeñaba como guía canino del grupo de expertos en demoliciones y explosivos "EXDE".

El día 11 de noviembre de 2006, en desarrollo de una misión táctica en el sector del Arroyo Sideri en jurisdicción del Municipio de San Jacinto (Bolívar), el Grupo Caza Cabecillas Tiburón 2 tuvo un enfrentamiento con un grupo armado al margen de la ley, durante el cual el libelista pisó una mina antipersonal que al detonar le produjo laceraciones en rostro y cuello por esquirlas, la pérdida del ojo izquierdo, disminución de visión del ojo derecho por hemorragia, con posible pérdida absoluta de la visión de ese órgano.

Días antes del enfrentamiento referido, el señor Díaz Álvarez hizo la observación que el perro que le fue asignado se encontraba en mal estado de salud y que por tal razón no podía olfatear bien, pero aún así el suboficial a cargo de la misión hizo caso omiso de su advertencia y lo incursionó a la zona, sin suministrar los medicamentos que podrían llegarse a necesitar si las condiciones del canino se agravaban.

Al llegar al área del patrullaje la salud del perro empeoró al punto que no quería comer y presentaba vómitos y tos, sin que el accionante pudiera hacer nada pese a ser enfermero canino, debido a que no tenía medicamentos para suministrar al animal, por lo que envió mensajes de texto al capitán al mando advirtiéndole de la situación que se estaba presentando, sin recibir solución alguna.

La condición del perro se agravó tanto que ya no podía caminar, lo que motivó que el actor le informara tal problemática al superior encargado, que era un cabo, quien insistió que dejara al animal amarrado a un árbol y la manifestó al señor Díaz que siguiera con su labor de guía, omitiendo comunicar la situación al comandante de la compañía.

El perro asignado al accionante estaba entrenado para detectar los explosivos que pudieran estar enterrados en el área de patrullaje, para evitar que los uniformados fueran víctimas de minas antipersonales, que fue lo que le sucedió al libelista

precisamente debido a que no contaba con el canino que era el detector natural de tales artefactos.

El superior al mando, a sabiendas del peligro que acarrea patrullar una zona de influencia de grupos al margen de la ley en la que probablemente podía haber minas antipersonales (que fue lo que motivó la asignación del guía canino), no debió permitir continuar con la misión encomendada en vista de la enfermedad del perro detector, hasta tanto no se trajera otro perro, pues la labor olfativa canina era indispensable para evitar el siniestro que a la postre ocurrió.

#### **4. DEFENSA**

La Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional contestó la demanda (fls. 71-75) y se opuso a las pretensiones de la misma, argumentando que las lesiones sufridas por el señor Fredis Díaz no son imputables al Estado por cuanto se produjeron a consecuencia de la detonación de una mina antipersonal sembrada por la guerrilla, lo que significa que son el resultado del hecho de un tercero y no de una falla del servicio de la Administración.

De otra arista, resaltó que el daño invocado ya fue indemnizado *a forfait* por la Armada.

En relación con el sustento fáctico del libelo introductorio, aceptó los hechos relativos a que el accionante pisó una mina durante una operación militar en la que se desempeñaba como guía canino, y a que tal accidente le produjo serias secuelas y deformidades.

#### **5. SENTENCIA APELADA**

Mediante sentencia de 25 de mayo de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena (fls. 223-234), se

negaron las pretensiones de la demanda, tras considerarse que no se acreditó que el daño antijurídico consistente en la lesión sufrida por Fredis Antonio Díaz con una mina antipersonal, se haya derivado de una falla del servicio de la entidad accionada, ni tampoco que obedeciera a la realización de un riesgo excepcional y anormal al cual hubiere sido sometido.

En ese sentido señaló la *a quo* que el extremo accionante no demostró que el día de los hechos la víctima directa se encontrara cumpliendo funciones de guía canino, pues no se allegó la orden administrativa de asignación de funciones, y tampoco las circunstancias en que se le produjeron las lesiones, habida cuenta que no se arrió el informe administrativo de lesiones sino tan sólo el acta de junta médico laboral donde simplemente se indicó que las heridas fueron causadas por acción directa del enemigo.

Adicionalmente señaló que si bien durante la litis se recibieron los testimonios de los infantes de marina Bernardo Mendoza Reales y Elmer Manuel Zabala Moguea, quienes relataron algunos pormenores de lo sucedido el día de los hechos, dichas pruebas son insuficientes para determinar por sí solas la estructuración de la falla del servicio alegada, pues los declarantes al preguntársele quién ordenó –supuestamente– al demandante entrar al área de operación sin el canino que tenía a su disposición, manifestaron no saberlo debido a que el grupo EXDE al que pertenecía el lesionado, hacía parte de un batallón diferente al de ellos.

## **6. RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado (fls. 236-242), con sustento en los siguientes argumentos:

(i) La *a quo* adujo que no fue probado que el actor el día en que sufrió la lesión se desempeñaba como guía canino ni las circunstancias del accidente porque no

reposaba copia de la orden administrativa de asignación de funciones ni el informe administrativo por lesiones, pasando por alto que en la contestación de la demanda la entidad accionada aceptó como ciertos los hechos compendiados bajo el acápite “del accidente”, donde se relató la labor ejercida por el señor Álvarez al momento del insuceso, y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo su lesión. Además, el informe administrativo por lesiones sí fue aportado con el libelo como consta en el listado de pruebas anexas al mismo (fl. 9), al punto que la entidad accionada se pronunció sobre dicho documento al contestar la demanda (fl. 74), por lo que se presume que ese elemento de juicio se extravió durante la litis, impase que el extremo libelista pretende que se supere adjuntando copia de ese informe con su alzada para que se valore por el *ad quem*.

(ii) Los testimonios recaudados dentro del *sub judice*, los cuales fueron rendidos por personas que presenciaron los hechos, son plena prueba del mal estado de salud del perro entrenado para detectar minas, de que la víctima puso en conocimiento de su superior tal circunstancia y de que se le ordenó ingresar sin el canino, que era su “*arma fundamental*”, al terreno donde resultó herido por una mina antipersonal, pues la sola circunstancia de que los declarantes no pudieron informar el nombre del superior del lesionado que le ordenó adentrarse en la zona sin el perro demerite el valor de sus versiones, en las cuales dieron razón de su dicho.

(iii) Las pruebas testimoniales en cuestión evidencian que Fredis Antonio Díaz Álvarez fue sometido a un riesgo excepcional que superaba el riesgo que asumió al enrolarse como infante de marina y que además se configuró una falla del servicio, pues a pesar de su preparación como guía canino antiexplosivo, él no puede detectar minas enterradas bajo tierra sin ayuda de su compañero canino, por lo que no debió ordenársele ingresar a la zona encabezando la cuadrilla, sin el perro.

## **7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

La parte demandante presentó alegatos de cierre, insistiendo en los razonamientos planteados en el escrito de sustentación del recurso de apelación que formuló contra la sentencia de primera instancia (fls. 252-256).

A su turno, la entidad accionada alegó de conclusión argumentando que las lesiones sufridas por el actor hacen parte del riesgo que asumió voluntariamente al vincularse a la Armada Nacional y que tal daño fue consecuencia del actuar delincencial de la guerrilla, por lo que no es imputable al Estado sino al hecho de un tercero. Así mismo aseveró que no se acreditó la estructuración de una falla del servicio o de un riesgo excepcional (fls. 257-258).

## **8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA**

El Ministerio Público no conceptuó.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. PROBLEMA JURÍDICO**

¿La Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional es administrativa y patrimonialmente responsable –y en caso afirmativo, bajo qué título- de los daños que se le imputan con ocasión de las lesiones sufridas en el servicio y con ocasión del mismo por el entonces infante de marina Fredis Antonio Díaz Álvarez al accionar una mina antipersonal enterrada por terceros, durante una operación militar?

## **2. RESPONSABILIDAD POR LESIONES CAUSADAS A MILITARES PROFESIONALES DURANTE EL SERVICIO Y CON OCASIÓN DEL MISMO.**

La jurisprudencia contenciosa administrativa ha señalado en forma reiterada que la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal de quienes ejercen funciones relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares profesionales, constituye un riesgo voluntariamente asumido, propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en los eventos en los cuales tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia, entre otras actuaciones realizadas en cumplimiento de operaciones o de misiones orientadas a la consecución de los fines que constitucional y legalmente concierne perseguir a la fuerza pública; de allí que cuando el riesgo se concreta, en principio no resulta jurídicamente viable atribuirle responsabilidad extracontractual alguna al Estado en sede judicial, salvo en aquellos casos en los cuales se demuestre que la lesión o la muerte devienen como consecuencia del acaecimiento de una falla en el servicio o de la materialización de un riesgo no permitido, diferente o mayor al que debían afrontar los demás compañeros de la víctima.

Así lo señaló recientemente el Consejo de Estado en sentencia de 5 de julio de 2012, que seguidamente se extracta:

*“la regla general indica que los servidores públicos que asumen de manera voluntaria un riesgo en virtud de las funciones del cargo no pueden deprecar la declaratoria de responsabilidad, puesto que la lesión tuvo su génesis en esa circunstancia riesgosa que se arrojan al posesionarse en el empleo público.*

*Lo anterior permite señalar, a modo de conclusión, que en determinadas circunstancias el Estado puede ser declarado responsable, bajo dos títulos jurídicos de imputación, siempre que se constaten las siguientes circunstancias: i) que exista una falla del servicio probada que haya sido definitiva en la materialización de la afectación negativa, o ii) que se haya incrementado significativamente el riesgo que de forma voluntaria acogen*

*los funcionarios públicos, en cuyo caso el mismo pasa a ostentar la condición de excepcional y, por lo tanto, los daños que se deriven de él serán en principio indemnizables salvo que se pruebe la configuración de una causa extraña.*

*“En esa línea de pensamiento, y siguiendo el consecuencial orden lógico de lo expuesto, se precisa que son dos los títulos de imputación jurídica aplicables a escenarios en los que los agentes públicos de seguridad o miembros de las fuerzas armadas sufren daños que pueden comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado. El primero, consistente en una clara inobservancia de la carga obligacional de la administración pública que se deriva del incumplimiento total, parcial o tardío de un deber que le es propio. El segundo, por el contrario, sin tener que caer en la falla del servicio de manera indefectible, se refiere al incremento –no por desatención de una obligación sino por diferentes razones relacionadas con el servicio de seguridad y protección que se presta– del riesgo al que accedieron con la vinculación legal y reglamentaria, es decir, el riesgo al que normalmente se encuentran sometidos.*

*En otros términos, el incremento del riesgo permitido –que pertenece a la imputatio facti– sólo será imputable en términos de la atribución jurídica (imputatio iure) cuando se acredite que esa circunstancia obedeció a una precisa circunstancia desligada del incumplimiento del contenido o la carga obligacional de la entidad. Escenario distinto ocurrirá cuando se constate la existencia de una falla del servicio, porque en estos eventos no es el riesgo o su incremento lo que desencadena la atribución jurídica o normativa del daño, sino el desconocimiento de una obligación en concreto.”<sup>1</sup>*

### **3. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO**

Le corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primer grado, mediante la cual la *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, tras considerar que no se acreditó que el daño antijurídico consistente en la lesión sufrida por Fredis Antonio Díaz con una mina antipersonal, se haya derivado de una falla del servicio de la entidad accionada, ni tampoco que obedeciera a la realización de un riesgo excepcional y anormal al cual hubiere sido sometido.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 21.928. C.P. Enrique Gil Botero.



La anterior providencia fue cuestionada por el extremo accionante bajo el argumento que dentro del curso de la litis sí se acreditó, por vía documental y testimonial, que el señor Fredis Díaz era guía canino de la Armada; que ejercía tal función el día de los hechos; que su perro asignado estaba enfermo desde antes de la operación donde resultó herido; que informó oportunamente de esa situación sin que sus superiores tomaran correctivos; que la salud del perro se deterioró al punto que no podía caminar y, finalmente, que dichos superiores ordenaron que dejara al canino amarrado a un árbol e ingresara a la zona de operaciones sin el animal, todo lo cual, según aduce, evidencia que fue sometido a un riesgo excepcional que superaba que asumió al enrolarse como infante de marina y que además se configuró una falla del servicio, pues sin contar con el perro entrenado Fredis Díaz no podía cumplir labores de detección de minas en pro de la seguridad de la tropa, por lo que no debió ordenársele ingresar a la zona encabezando la cuadrilla, sin el can.

En orden a definir la alzada sea lo primero señalar que tal y como lo adujo la parte demandante en el escrito de apelación del fallo, el informe administrativo por lesiones aparece enlistado como uno de los documentos anexados a la demanda (fl. 9) y, además, el ente accionado se refirió al mismo en su contestación señalando *“tal como lo manifiesta el mismo apoderado de los accionantes y el informe administrativo por lesiones que se aportó en el libelo introductorio”* (fl. 74). En tal medida, es dable colegir que ese elemento de juicio sí fue aportado al proceso pero que se extravió durante el curso del mismo, después de la contestación de la demanda. Por tal razón, es dable apreciar la copia de tal informe aportada por la parte recurrente con el escrito de apelación (fl. 243), no sólo por cuanto es evidente que dicha prueba ya fue sometida a contradicción, sino además porque se trata de un documento emanado de una de los extremos en contienda.

Hecha la anterior precisión, es menester destacar que en el asunto de la referencia se encuentra probado, con el acta de junta médico laboral militar 123 practicada

al demandante el 17 de mayo de 2007 (fls. 17-21), las copias de su historia clínica (fls. 98-173), y el informe administrativo de lesiones (fl. 243), que el 11 de noviembre de 2006, el señor Fredis Antonio Díaz Álvarez resultó herido tras caer accidentalmente en un campo minado de la guerrilla, sufriendo lesiones graves por esquirlas en la cara y cuello, que le produjeron la pérdida del ojo izquierdo, anomalía de la función pupilar y leucoma corneal traumático en el ojo derecho, trastorno de estrés postraumático, cefalea postraumática e hipoacusia bilateral de veinticinco (25) decibeles, lo cual, sin lugar a dudas, constituyó un daño antijurídico para la víctima directa y sus familiares más cercanos.

Se probó así mismo que el señor Díaz Álvarez, para el momento de los hechos, estaba vinculado con la Armada Nacional en condición de infante de marina profesional (fl. 180) y que sus lesiones se produjeron en el servicio y con ocasión del mismo, toda vez que acaecieron durante una operación militar ordenada por sus superiores.

Como quedó dicho, en principio el Estado no está llamado a responder por las lesiones causadas a los militares profesionales durante el servicio y con ocasión del mismo por estimarse que constituyen un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, salvo que se demuestre que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional diferente o mayor al que soportan sus compañeros o sea ocasionado con arma de dotación oficial.

Así lo señaló el Máximo Tribunal de lo contencioso en sentencia de 26 de mayo de 2010, como pasa a verse:

*"En relación con los daños sufridos por quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, la jurisprudencia de la Sala ha considerado que en tales eventos no se ve comprometida la responsabilidad del Estado, dado que tales daños, como se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula con el Estado, se cubren con la indemnización a fort fait a que tiene derecho por virtud de esa*

*vinculación y sólo habrá lugar a la reparación, por vía de la acción de reparación directa, cuando dichos daños se hayan producido por falla del servicio, o cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros, o cuando el daño sufrido por la víctima sea causado con arma de dotación oficial, evento en el cual se aplica el régimen de responsabilidad objetivo, por la creación del riesgo. En todo caso, se reitera, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (a forfait)<sup>2</sup>.*

En el caso concreto, el extremo accionante alegó que la lesión objeto de la controversia fue producida como consecuencia de una falla del servicio y de la exposición del señor Díaz a un riesgo excepcional superior a los asumidos al enrolarse como infante de marina profesional.

En relación con lo anterior se indicó en la demanda (acápito de nexos causal; fl. 9) que el perro asignado al accionante en su condición de guía canino, se enfermó días antes de los hechos, previo a que el señor Díaz fuera llevado a San Juan Nepomuceno para la operación militar 134 Orca, y que él avisó de inmediato a su superior tal circunstancia, sin que dicho mando hiciera nada para evitar que la condición del animal empeorara.

En ese orden de ideas, para considerar estructurada la responsabilidad estatal en el asunto *sub examine* resulta indispensable que se haya acreditado, entre otras cosas, que el demandante avisó oportunamente de la enfermedad del perro antes de ingresar a la zona de operaciones, al momento en que se presentaron los primeros síntomas de la misma, consistentes en inapetencia y decaimiento, pues sólo de esa forma sería dable estimar que su aviso se realizó en forma tempestiva cuando aún les era factible a sus superiores adoptar con la celeridad requerida medidas de choque y/o preventivas para solucionar ese impase.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010, radicado número 5000-23-26-000-1995-00897-01(19158), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Definido lo anterior, se analizarán los medios probatorios que en opinión de la parte demandante sirven de respaldo a sus pretensiones:

▪ Testimonio de Bernardo Mendoza Reales (fls. 194-196), quien manifestó: (i) que es infante de marina profesional; (ii) que en noviembre de 2006, el grupo al que él pertenecía, adscrito al “Batallón de Contraguerrilla N° 1”, y el grupo antiexplosivo EXDE del que hacía parte Fredis Díaz, fueron enviados a una operación militar en el Corregimiento Puerquera, jurisdicción del Municipio de San Juan Nepomuceno, donde *“había presencia del enemigo”*; (iii) que el perro asignado al libelista estaba enfermo y que por eso “el cabo” le ordenó al señor Díaz que lo dejara amarrado a un árbol; (iv) que le constaba que el cabo comandante del grupo EXDE *“tenía conocimiento de la situación que el perro dos días antes presentaba vómito y diarrea”* y, (v) que no sabía exactamente quién ordenó entrar al área sin el perro porque *“la compañía EXDE hace parte de otro batallón”*.

▪ Testimonio de Elmer Manuel Zabala Mogueca (fls. 208-211), quien declaró: (i) que es infante de marina profesional; (ii) que en noviembre de 2006 participó en la operación mencionada en la demanda; (iii) que Fredis Díaz era guía canino y que el perro que le fue asignado se enfermó, no tenía medicamentos para tratarlo y que el actor le avisaba a su comandante; (iv) que *“en ese entonces lo metieron al grupo donde yo estaba. no sé si sabían de la novedad del perro que estaba enfermo y el comentó la situación que tenía y solicitó que lo cambiaran... hicieron caso omiso...”*; (v) que la víctima tuvo que dejar el perro a una distancia retirada de donde tuvo un enfrentamiento la compañía a la que pertenecía y que cuando pasó el enfrentamiento fue que cayó en el campo minado; (vi) que no sabía quién le ordenó al lesionado entrar al área de operaciones sin el canino porque *“esa compañía EXDE es aparte, ellos son agregados y eso lo manejan por aparte”*.

- Informe administrativo de lesiones 00627 CBACAIM1 donde se indicó: *“Siendo aproximadamente las 0840R horas del 11 de noviembre de 2006, cuando personal del grupo caza cabecillas TIBURON 2 BACIM 1, en desarrollo de misión táctica N 134 “ORCA” en el sector de Arroyo Sideri, jurisdicción del Municipio de San Juan Nepomuceno – Bolívar, en momentos en que se encontraban en desplazamiento sostuvieron contacto armado con narcoterroristas de las ONT-FARC y accidentalmente activaron un campo minado donde resultó herido DIAZ ALVAREZ FREDIS, guía canino del equipo EXDE que se encontraba asignado... sufriendo heridas graves por esquirlas...”*.

Analizado el mérito y alcance de los anteriores elementos de juicio resulta claro que a través de los mismos se demostraron los siguientes supuestos fácticos relevantes: (i) que el accionante cumplía labores como guía canino en la operación 134 “Orca” que se llevó a cabo en zona rural del Municipio de San Juan Nepomuceno, en desarrollo de la cual resultó herido; (ii) que la salud del perro asignado al actor empeoró significativamente cuando se encontraban en zona rural de San Juan Nepomuceno y, (iii) que al momento en que el libelista cayó en el campo minado, no tenía a su lado a su compañero canino pues por el mal estado de salud del animal había tenido que dejarlo amarrado en zona retirada.

Empero, los medios de prueba referidos no acreditan que el accionante dio aviso oportuno a sus superiores de la enfermedad del perro al momento en que se presentaron los primeros síntomas de su mal, es decir, antes de ser movilizado a zona rural de San Juan Nepomuceno.

Debe tenerse en cuenta, así mismo, que si bien los señores Bernardo Mendoza y Eliner Zabala afirmaron que les constaba que cuando ya se encontraban en la zona de operaciones, el perjudicado directo puso en conocimiento de sus superiores la enfermedad del perro, no explicaron la razón de ese dicho ni manifestaron haber presenciado una conversación sostenida para tal fin entre

Fredis Díaz y su superior, por lo que respecto de tal hecho todo indica que serían a lo sumo testigos de oídas, máxime si se tiene en cuenta que aseveraron que las cuestiones relacionadas con miembros del grupo EXDE se manejaban “*por aparte*” y que por ello desconocían quién sería el superior que supuestamente ordenó al actor dejar amarrado al perro, circunstancia que permite colegir que era improbable que tuvieran conocimiento de primera mano sobre informes rendidos por el señor Díaz a sus superiores.

Empero, aún si por gracia de discusión se tuviera por probado con base en las pruebas testimoniales que la víctima directa avisó durante la operación militar a sus superiores de la enfermedad del perro, tales declaraciones sólo demostrarían de notificaciones efectuados en la zona de combate, cuando el perro ya presentaba vómitos y diarrea, pero en ningún caso constituirían soporte probatorio para acreditar que el accionante reportó el mal estado del can oportunamente, cuando aparecieron los primeros síntomas, como quiera que, se insiste, tales signos iniciales de enfermedad se presentaron antes que Fredis Díaz fuera llevado a San Juan Nepomuceno para la misión en comento, es decir, antes de que el actor se reuniera con los testigos.

Desde esta perspectiva, resulta claro que el extremo accionante, en franco incumplimiento de la carga probatoria que le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil<sup>3</sup>, no acreditó haber cumplido con su deber de informar oportunamente la enfermedad del canino que le fue asignado, sustento fáctico que constituía el presupuesto básico para considerar estructurada la responsabilidad extracontractual invocada.

Se advierte, así mismo, que no se allegó prueba que acredite plena y fehacientemente que en la zona precisa donde ocurrió el incidente existiere un nivel de sospecha de presencia de minas antipersonales tan alto que hiciera imperiosa la presencia de caninos anti explosivos y que, por ende, ante la

---

<sup>3</sup> Aplicable en virtud de la reinisión contenida en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo.

enfermedad del canino asignado al libelista, era forzoso cancelar la operación 134 “Orca” u ordenar traer un nuevo binomio guía canino - perro.

En adición a lo anterior, no puede pasarse por alto que el riesgo de ser lesionado a consecuencia de minas antipersonales fue voluntariamente asumido por el señor Díaz Álvarez no sólo al vincularse a la Armada Nacional como infante de marina profesional, sino aún más al asumir como especialidad la de guía canino de un grupo anti explosivo, riesgo cuya materialización el día de los hechos no podría haberse descartado ni siquiera con la presencia del perro que tenía asignado, pues como es de conocimiento público, los grupos armados al margen de la ley constantemente utilizan nuevas tecnologías y materiales para impedir la detección de los artefactos explosivos antipersonales que entierran o “siembran”, circunstancia que conlleva a que en ocasiones ni siquiera perros adiestrados puedan descubrirlas a tiempo, al punto que en múltiples oportunidades la presencia de canes detectores no ha impedido que militares –o aún los mismos perros- caigan en campos minados.

Así las cosas, ante la ausencia de pruebas de los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual estatal por falla del servicio o riesgo excepcional, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil -según el cual corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos que ellas persiguen-, se impone confirmar la sentencia denegatoria apelada.

Por último, no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandada fundamento para imponerle condena en costas en esta instancia, en armonía con la previsión del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## FALLA

**CONFIRMAR** la sentencia de fecha 25 de mayo de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Sin condena en costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

Ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al juzgado de origen.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.*

Los Magistrados,

  
JORGE ELIÉCER HERNÁNDEZ GALLO

  
MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

  
ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-011-2009-00076-01)





**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1279  
(ART. 323 C. P. C.)**

|   |   |
|---|---|
| <b>CLASE DE PROCESO</b>   | <b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>             |
| <b>MAGISTRADO PONENTE-DR</b>  | <b>: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO</b>                      |
| <b>DEMANDANTE</b>   | <b>: RAFAEL EDUARDO AMADOR ARIZA</b>                      |
| <b>DEMANDADO</b>  | <b>: E-S-E- HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN<br/>NEPOMUCENO</b> |
| <b>RADICADO J. XXI</b>  | <b>: 13-001-33-31-013-2011-00116-01</b>                   |
| <b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICUATRO(24) DE OCTUBRE DE 2013</b> |   |

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, DOCE (12) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

  
\_\_\_\_\_  
JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

\_\_\_\_\_  
JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:  
JBG



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

---

**-SALA DE DECISIÓN 001-**

Cartagena de Indias D.T. y C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Fandiño Gallo**  
Clase de Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Demandante: **Rafael Eduardo Amador Ariza**  
Demandado: **ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno**  
Expediente: **13-001-33-31-013-2011-00116-01**

Procede la Sala a pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta que se surte contra la sentencia de fecha dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012), por medio de la cuál el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena concedió las súplicas de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. LA ACCIÓN**

El señor Rafael Eduardo Amador Ariza, por medio de apoderado judicial, concurrió ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

## **2. PRETENSIONES**

Que se declare la nulidad del acto ficto mediante el cual la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno le negó el pago de la prima de servicios por el período comprendido entre los años 2004 y 2005, la prima de navidad proporcional por el año 2005, la compensación de vacaciones no disfrutadas por el período comprendido entre 19 de diciembre de 2003 y 19 de diciembre de 2004 y la prima vacacional por el período comprendido entre 19 de diciembre de 2003 y 19 de diciembre de 2004.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó a título de restablecimiento sean reconocidos y pagados al actor los factores prestacionales que la demandada le ha dejado de cancelar.

## **3. HECHOS**

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

El señor Rafael Eduardo Amador Ariza fue nombrado por la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno en el cargo de odontólogo mediante Resolución 185 de 19 de diciembre de 2003 (Fl.8).

Mediante Resolución 266 de 9 de agosto de 2005 la entidad demandada declaró insubsistente el nombramiento del señor Rafael Eduardo Amador Ariza en el cargo de odontólogo (Fl. 10).

Para la fecha de desvinculación del demandante la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno, adeudaba los siguientes rubros laborales:

- Salario del mes de julio y 9 días de salario del mes de agosto del año 2005.
- Prima de servicio del año 2005.
- Prima de navidad proporcional por el año 2005.

- Compensación por vacaciones no disfrutadas correspondientes al período comprendido entre el 19 de diciembre de 2003 y 19 de diciembre de 2004.
- Prima de vacaciones por el período comprendido entre el 19 de diciembre de 2003 y 19 de diciembre de 2004.
- Cesantía definitiva del 1 de enero al 9 de agosto de 2005.

El día 1 de septiembre de 2005 el señor Rafael Eduardo Amador Ariza presentó derecho de petición a la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno solicitando el pago de los salarios y prestaciones anteriormente reseñadas (Fl. 12).

A la fecha de presentación de la demanda la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno solo pagó los valores correspondientes a salarios y cesantías definitivas, pero no ha dado respuesta a la petición elevada por el actor con relación a las vacaciones y su compensación, prima de servicio y prima de navidad.

#### **4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

El apoderado de la parte demandante sostiene que, las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado tienen carácter de empleados públicos, por regla general, y de trabajadores oficiales en los casos expresamente señalados en la ley, tal como lo establece el numeral 5 del artículo 196 de la Ley 100 de 1993, y toda vez que según el cargo que desempeñaba su poderdante no puede ser catalogado como trabajador oficial, se concluye que por su vinculación con la entidad demandada adquirió el status de empleado público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 10 de 1990.

Alega que el demandante en su condición de empleado público se hizo acreedor a las vacaciones ordenadas por el artículo 8 del Decreto 3135 de 1968 y a la compensación de las vacaciones al haber sido retirado del servicio sin haber hecho uso de las mismas de conformidad con lo reglado en el inciso 5 del artículo 10 del mismo decreto.

Considera que de conformidad a lo prescrito en el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 y los artículos 8, 20, 24, 25 y 30 del Decreto 1045 de 1978 el actor tiene derecho al pago de

la prima de servicios, al pago de las vacaciones y su compensación al no haberlas disfrutado.

## **5. TRÁMITE PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.**

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 2 de febrero de 2009 (Fl. 14). Se notificó en debida forma al Representante del Ministerio Público (Fl. 14 reverso) y a la entidad accionada (Fl. 22). De igual forma, el proceso se fijó en lista el día 19 de noviembre de 2009 (Fl. 14 reverso).

La entidad accionada no contestó la demanda.

En auto de fecha 28 de junio de 2010 se abrió a pruebas el proceso (Fl. 24), y mediante providencia de 15 de noviembre de 2011 se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión (Fl. 32), vencidos los cuales pasó el proceso al Ministerio Público, por un término igual, para que su agente emitiera concepto si a bien lo tenía. En ésta oportunidad no intervinieron las partes del proceso.

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

## **6. EL FALLO CONSULTADO**

El Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena mediante providencia de fecha 16 de febrero de 2012 (Fls. 34-47) concedió las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Expuso el fallador de instancia que, el cargo que ocupaba el hoy demandante es de los que ocupa un empleado público dentro de la conformación del las Empresas Sociales del Estado, pues no se dedicaba al mantenimiento y sostenimiento de la planta física de la institución sino que incidía de manera directa en la prestación del servicio de salud que la misma ofrece. Siendo así las cosas se tiene que el demandante sería acreedor de las prestaciones sociales que están consagradas a favor de un empleado público del nivel nacional.

Por otra parte sostuvo, que el Decreto 3135 de 1968 contempla las prestaciones sociales a favor de los empleados públicos de orden nacional, y de forma concreta las que se encuentran a cargo del empleador son las vacaciones, prima de vacaciones, bonificación especial de recreación, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses de las cesantías, calzado y vestido de labor, bonificación de dirección para gobernadores, alcaldes y altos funcionarios del Estado, y por consiguiente, un empleado público de una empresa social del Estado tendría derecho a que su empleador asumiera las prestaciones sociales antes mencionadas.

Sostuvo finalmente que, como quedó demostrado en el proceso el demandante prestó sus servicios a la entidad en su condición de empleado público desde el 19 de diciembre de 2003 hasta el 9 de agosto de 2005, siendo por tanto titular de las prestaciones sociales reclamadas, razón por la cual es procedente declarar la nulidad del acto administrativo ficto negativo que resultó del silencio de la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno a la petición radicada por el actor el 1 de septiembre de 2005, y en consecuencia a título de restablecimiento del derecho ordenar el reconocimiento de las prestaciones sociales no pagadas.

## **7. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto de fecha 31 de julio de 2012, se admitió el grado jurisdiccional de consulta, y se ordenó correr traslado a las partes del proceso por el término común de 5 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión (Fl. 51). En ésta oportunidad no intervinieron las partes del proceso.

Vencido el anterior término pasó el proceso al despacho del Agente del Ministerio Público, quien emitió concepto, y solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia (Fls. 53-58).

Hecho el anterior recuento, se decide el presente asunto puesto a conocimiento de esta Corporación, previas las siguientes,

## II. CONSIDERACIONES

### PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar si al señor Rafael Eduardo Amador Ariza le asiste derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas de prima de servicios, prima de navidad, prima vacacional y a la compensación por vacaciones no disfrutadas, con ocasión de sus servicios como odontólogo al servicio de la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno.

#### *Desarrollo del problema jurídico planteado*

Para efectos de solucionar el problema jurídico planteado, resulta esencial determinar el régimen prestacional aplicable al actor. De esta manera, del material que obra como prueba en el expediente se extrae que el señor Rafael Eduardo Amador Ariza estuvo vinculado a la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno en calidad de odontólogo desde el día 19 de diciembre del año 2003 (Fl. 8) hasta el día 9 de agosto del año 2005, fecha en la que se declaró insubsistente su nombramiento mediante Resolución 266 proferida por el Gerente de la ESE demandada (Fl.10).

Sea lo primero indicar que la entidad demandada, de conformidad con la Ley 100 de 1993 es una Empresa Social del Estado, y al respecto dicha preceptiva estatuyó:

#### *"Régimen de las Empresas Sociales del Estado*

*Art. 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.*

*Art. 195. Régimen jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:*

*(...)*

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la ley 10 de 1990. (Subrayas fuera de texto) (...)"

Por su parte la Ley 10 de 1990, mediante la cual se reorganizó el Sistema Nacional de Salud y se dictaron otras disposiciones, dispuso en su artículo 26 lo siguiente:

*“Artículo 26.- Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.*

*Son empleos de libre nombramiento y remoción:*

*1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.*

*2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:*

*a. Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, ~~y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;~~*

*b. Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada ~~y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;~~*

*c. Los empleos que correspondan a funciones de dirección, ~~formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría. Ver art. 6, Ley 60 de 1993.~~*

NOTA: Texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-387 de 1996.

*Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.*

*Parágrafo.- Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.* (Subrayas fuera de texto)



~~Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo.~~

NOTA: Texto tachado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-432 de 1995”

Ahora bien, mediante Decreto 1919 de 2002, se unificó el régimen prestacional de los servidores públicos en los distintos ordenes y en su artículo 1º se estableció que *todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.*

*Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.*

Sin embargo, la disposición anterior no tuvo mayor incidencia con relación a los empleados públicos vinculados a las empresas sociales del Estado porque el mismo Decreto 1919 de 2002 en su artículo 2 dispuso lo siguiente:

*“Artículo 2.- A las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado se les continuará aplicando el régimen de prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del Orden nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993.”*

En ese orden de ideas a los empleados públicos vinculados a las Empresas Sociales del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 195<sup>1</sup> de la Ley 100

---

<sup>1</sup> ARTICULO. 195.-Régimen jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:  
(...)

de 1993, se les aplica el régimen prestacional establecido en el capítulo IV de la Ley 10 de 1990, es decir, lo previsto en el artículo 30 de dicha ley, cuyo tenor literal es el siguiente:

*“Artículo 30º.- Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley.” (Subrayas fuera de texto)*

Partiendo de los supuestos fácticos destacados con anterioridad y de lo consagrado en las disposiciones transcritas, se tiene que el actor estaba vinculado a la ESE Hospital Local de San Juan Nepomuceno en calidad de empleado público, pues desempeñaba funciones directamente relacionadas con la prestación del servicio de salud que la misma ofrece, y en ese orden de ideas, le es aplicable el régimen prestacional consagrado a favor de los empleados públicos del nivel nacional.

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta que la entidad demandada no ha realizado pago alguno al señor Rafael Eduardo Amador Ariza por los conceptos de prima de servicios por el período comprendido entre los años 2004 y 2005, prima de navidad proporcional por el año 2005, compensación de vacaciones no disfrutadas por el período comprendido entre 19 de diciembre de 2003 y 19 de diciembre de 2004 y prima vacacional por el período comprendido entre 19 de diciembre de 2003 y 19 de diciembre de 2004, prestaciones sociales a las que tiene derecho a su disfrute, de conformidad con la constitución y la ley

---

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990. (...)

en su calidad de empleado público, procederá esta Sala a realizar el estudio de cada una de las prestaciones solicitadas.

La **Prima de Servicios**, será concedida, en virtud de lo establecido en el artículo 60 del Decreto 1042 de 1978, que exige que el funcionario que haya prestado sus servicios por lo menos seis (6) meses en la entidad pública. En el presente asunto se reconocerá el tiempo de labores prestadas por parte del demandante desde el 19 de diciembre de 2004 al 9 de agosto de 2005.

La **Prima de Navidad** está regulada por el Decreto Ley 3135 de 1968, el Decreto Ley 1045 de 1978 y por último, el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, para todos los empleados públicos, de manera que en el caso de marras es admisible su reconocimiento para el año 2005 en proporción al tiempo servido, a razón de 1/12 parte por cada mes completo de labor, toda vez que el actor no laboró durante todo ese año, por lo tanto se liquidará hasta el 9 de agosto de 2005.

La **Compensación de las Vacaciones en dinero**, está regulada en el artículo 20 del Decreto 1045 de 1978, que dispone que las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público o cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces. En el caso concreto se reconocerá tal prestación toda vez que el demandante fue retirado del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas en el período comprendido entre el 19 de diciembre de 2003 y 19 de diciembre de 2004.

Con relación a la **Prima de Vacaciones** se tiene que, fue creada por los Decretos Leyes 174 y 230 de 1975, que señalaron en idéntica forma en sus artículos 10 y 13, respectivamente, lo siguiente:

*“Créase una prima de vacaciones equivalente a quince (15) días de sueldo por cada año de servicio para los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias que actualmente no gocen de este beneficio.*

*En caso de que alguno o algunos de estos organismos tuvieran establecida dicha prestación, pero en cuantía inferior a la señalada, ésta se reajustará en la suma necesaria para completar el valor correspondiente a los quince (15) días.*

*La prima se reconocerá para las vacaciones que se causen a partir de la vigencia de este Decreto y se pagará por lo menos cinco (5) días antes de la fecha señalada para la iniciación de las mismas. Si por cualquier circunstancia se autorizare el pago de vacaciones en dinero, se perderá el derecho a la prima. (Subrayas fuera de texto)*

*El tiempo servido por un funcionario en otras entidades del orden nacional, se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la prima siempre y cuando dicho tiempo sea inferior a un año.”*

Posteriormente el Decreto 1045 de 1978 “por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.”, dispuso:

*“ARTÍCULO 24.- De la prima de vacaciones. La prima de vacaciones creada por los Decretos-Leyes 174 y 230 de 1975 continuarán reconociéndose a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fuere establecida por las citadas normas.*

*De esta prima continuarán excluidos los funcionarios del servicio exterior.”*

*“ARTÍCULO 25.- De la cuantía de la prima de vacaciones. La prima de vacaciones será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio.”*

No obstante lo anterior, en el caso concreto no es posible reconocer la Prima de Vacaciones a favor del demandante, toda vez que fue reconocida la compensación en dinero de las vacaciones no disfrutadas por el periodo comprendido entre el 19 de diciembre de 2003 y 19 de diciembre de 2004 (Fls. 43-44), y como se resaltó con anterioridad el aparte final del inciso tercero de los artículos 10 y 13 de las Leyes 174 y 230 de 1975 respectivamente consagran que “Si por cualquier circunstancia se autorizare el pago de vacaciones en dinero, se perderá el derecho a la prima.”. En consecuencia, y de conformidad con lo expuesto con anterioridad se revocará lo dispuesto en la sentencia de primera instancia con relación al pago de dicha prestación.

La anterior decisión tiene su fundamento en lo dispuesto en el inciso 4<sup>2</sup> del artículo 184 del Código Contencioso Administrativo que regula el grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, con fundamento en los anteriores argumentos, se confirmará parcialmente la sentencia de fecha 16 de febrero de 2012 proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Judicial de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda, con excepción de lo dispuesto en su numeral segundo con relación a la Prima de Vacaciones, y en su lugar se negará el pago de la misma, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001 administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### III. FALLA

**CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de fecha dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la

---

<sup>2</sup> Artículo 184. Consulta. (...)

La consulta se tramitará y decidirá previo traslado común por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito y se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem. ( . . )

demanda, con excepción de lo dispuesto en su numeral segundo con relación a la Prima de Vacaciones, la cual quedará así:

*“2.3. NEGAR el pago de la prima de vacaciones correspondiente al periodo comprendido entre 19 de diciembre de 2003 y 19 de diciembre de 2004.”*

Ejecutoriada ésta providencia, devuélvase al juzgado de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

### LOS MAGISTRADOS



JORGE ALECKER FANDIÑO GALLO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



ARTURO MATSON CARBALLO

La anterior firma corresponde al expediente 13-001-33-31-013-2011-00116-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1280  
(ART. 323 C. P. C.)**

|  |  |
|--|--|
| CLASE DE PROCESO   | : ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO |
| MAGISTRADO PONENTE-DR  | : JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO          |
| DEMANDANTE   | : BLUE CARGO S-A                       |
| DEMANDADO  | : U-A-E DIAN                           |
| RADICADO J. XXI  | : 13-001-33-31-002-2011-00040-01       |
| FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICUATRO(24) DE OCTUBRE DE 2013 |  |

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.- Cartagena, DOCE (12) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

  
JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:  
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

---

– SALA DE DECISIÓN No. 1 –

Cartagena D.T. y C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Demandante : **Blue Cargo S.A.**  
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**  
Expediente : **13-001-33-31-002-2011-00040-01**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 29 de agosto de 2012, por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que concedió las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Blue Cargo S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

**ANTECEDENTES**

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos denominados Resolución 000789 de 27 de abril de 2010, mediante la cual, la DIAN le impone una sanción por no ser posible aprehender una mercancía y, Resolución 001781 de 14 de octubre de 2010, a



través de la cual, fue resuelto el recurso de reconsideración interpuesto contra la anterior decisión; actos administrativos proferidos por la División de Gestión de Liquidación Aduanera y la División de Gestión Jurídica de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena de Indias, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare que no adeuda suma alguna a la DIAN por concepto de sanciones, multa y/o tributos por las decisiones tomadas a través de los actos demandados. Además, pide que en caso de efectuar el pago de la sanción en el curso del presente proceso, se ordene su devolución en el siguiente monto: sesenta y cinco millones ochenta y siete mil seiscientos ochenta y dos pesos M/Cte (\$65.087.682,00), suma que deberá ser actualizada de acuerdo con el IPC más un 6%, desde el momento en que sea abonada al ente demandado, hasta la fecha que efectivamente se reembolsada.

## HECHOS

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

Señala la parte actora, que la entidad accionada mediante Requerimiento Especial Aduanero 000035 de 27 de febrero de 2009 propone sancionarla en la suma de treinta millones trescientos cincuenta y un mil pesos M/Cte (\$30.351.000,00), por la presunta comisión de la infracción administrativa contemplada en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Afirma, que contestó el aludido requerimiento de manera oportuna, pero no obstante ello, le fue impuesta la sanción mediante Resolución 000966 de 26 de mayo de 2009, que fue confirmada con la Resolución 001770 de 03 de septiembre de 2009, las cuales, asevera que se encuentran demandadas ante esta jurisdicción.

Precisa, que mediante auto 000279 de 26 de marzo de 2009, se realizó una nueva apertura de la investigación por los mismos hechos, por la supuesta comisión de la conducta sancionable prevista en el artículo 503 del Estatuto Aduanero.

Agrega, que en esta oportunidad la autoridad aduanera le solicitó poner a su disposición la supuesta mercancía faltante en la operación aduanera autorizada y, luego, profirió requerimiento especial aduanero proponiendo una sanción en su contra.

Acto seguido, por medio de la Resolución 000789 de 27 de abril de 2010, la DIAN resuelve imponerle la sanción; decisión contra la cual, interpuso recurso de reconsideración, el cual, fue resuelto de forma desfavorable a sus intereses, mediante Resolución 001781 de 14 de octubre de 2010.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, expone que los actos acusados violan la prohibición constitucional de juzgar dos veces por el mismo hecho, conocido como el principio *non bis in idem*, tal como quedó explicado en los hechos narrados en el libelo introductorio.

Arguye, que la Aduana de Cartagena de Indias no podía asumir de manera unilateral una competencia que no le corresponde por no ser la autoridad aduanera del domicilio fiscal de la sociedad accionante, sino la ciudad de Bogotá, más aun cuando la situación no encaja en las excepciones de competencia establecidas en la legislación aduanera.

Explica, que las inspecciones físicas o documentales están reguladas en el ordenamiento jurídico aduanero y requieren de un auto y acta de inspección, puesto que si la autoridad interviene en ese control previo o simultáneo debe existir una constancia de ello, como en cualquier inspección, situación sobre la cual no reposa prueba alguna en el informativo.

Por otro lado, dice que la sanción contenida en los actos demandados se originó el día del presunto incumplimiento de la operación de transporte multimodal cuando se detectó el faltante de mercancía, esto es, el día 05 de marzo de 2007, por lo tanto, al momento de emitirse la resolución que impone la referida sanción, es decir, el día 27 de abril de 2010, habían pasado más de los tres (3) años previstos en el artículo 478 del Decreto 2685 de 1999, lo que significa que operó el fenómeno de la caducidad de la acción administrativa sancionatoria.

Concluye diciendo, que la declaratoria de incumplimiento deriva de no haber atendido el llamado de la DIAN de poner a su disposición la supuesta mercancía perdida, pero el oficio con que fue elevada tal orden (0282 de 18 de febrero de 2010) no señaló ningún plazo para ello e inmediatamente al día siguiente, aún sin haber sido recibido el referido oficio, la entidad demandada emitió el requerimiento especial aduanero proponiendo la imposición de la sanción en cuestión, lo que evidencia la violación a sus derechos de defensa y debido proceso al ser obviadas las etapas de orden, incumplimiento e infracción.

### **TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA**

La demanda fue admitida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de 14 de abril de 2011 (fl.133), siendo notificada al Ministro de Hacienda y Crédito Público a través del Director Seccional de la DIAN en la ciudad de Cartagena de Indias (fl.139) y al Agente del Ministerio Público.

Dentro del término de fijación en lista la entidad demandada no presentó contestación a la demanda instaurada en su contra.

Mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2011 (fls.141 – 142), el juzgado decretó la apertura del periodo probatorio y, acto seguido, con proveído de 30

de marzo de 2012 (fl.471), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, la parte accionante reiteró los argumentos expuestos en la demanda (fls.472 – 476).

Por su parte, la DIAN expuso las razones de su defensa (fls.477 – 481), basada en que contrario a lo aducido por la sociedad demandante, en el presente caso no existe violación al principio *non bis in idem*, ya que ambos procesos sancionatorios son diferentes, pues el primero estuvo dirigido a sancionar al operador de transporte multimodal por no entregar la mercancía en la aduana de destino en la misma cantidad y condiciones en que aparece descrita en la declaración de continuación de viaje y, el segundo, tuvo como objeto sancionarlo por incumplir su obligación de poner a disposición de la DIAN la mercancía objeto de controversia.

En cuanto a la falta de competencia de la autoridad aduanera de la ciudad de Cartagena de Indias, plantea que el numeral 7º del artículo 1º de la Resolución 7 de 04 de noviembre de 2008, consagra una excepción que tiene lugar cuando la DIAN realiza la constatación de la llegada de la declaración de tránsito aduanero (DTA) a la aduana de destino, por lo tanto, esta actuación coloca la competencia para adelantar la investigación y proferir la sanción respectiva en cabeza de la administración aduanera en donde fue presentada la DTA, tal como aconteció en el presente asunto.

En lo que respecta a la caducidad de la acción sancionatoria, relata que la administración tuvo conocimiento de la ocurrencia del hecho constitutivo de la infracción el día 22 de noviembre de 2006, por lo que a partir de ese día comenzaban a contar los tres (3) años que tenía la administración para adelantar la acción administrativa sancionatoria, esto es, hasta el 22 de noviembre de 2009. Por ello, al ser expedido el requerimiento especial aduanero el día 30 de septiembre de 2009, se debe concluir que se hizo oportunamente,

Finalmente, explica que la legislación aduanera no establece ningún plazo para poner a disposición de la DIAN la mercancía requerida, pero todos los requerimientos que hace la autoridad aduanera son de obligatorio cumplimiento a la luz del artículo 475 del Decreto 2685 de 1999. Que el supuesto desconocimiento del requerimiento no es verdadero, por cuanto el destinatario del mismo ejerció todos los mecanismos de defensa que prescribe el Estatuto Aduanero, determinándose que agotó en debida forma la vía gubernativa.

Luego, en virtud de lo establecido en el Acuerdo PSAA11-8377 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el proceso fue repartido al Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena (fl.491).

### **EL FALLO RECURRIDO**

(fls.492 - 510)

En la sentencia de primera instancia el *a quo* concedió las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, señala que en el asunto de marras está demostrado que el faltante de la mercancía se detectó al momento de la presentación de la declaración para la autorización de la continuación de viaje, por lo que podemos decir que se detectó en ejercicio del control simultáneo lo que hace que se aplique la subregla específica de competencia por el factor territorial.

En cuanto al cargo de violación del principio *non bis in idem*, pone de manifiesto que en virtud de la independencia de procesos y autonomía de las sanciones aduaneras, podía entrar a sancionar a la demandante por la infracción prevista en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Estatuto Aduanero y activar la consecuencia legal prevista en la ley aduanera, esto es, la configuración de la aprehensión de la mercancía.

Por otro lado, plantea que la normatividad aduanera no permite la posibilidad de aplicar sanciones por vía de interpretación extensiva de normas, de manera que ante el vacío existente en cuanto a la posibilidad de aplicar al operador de transporte multimodal las sanciones previstas para el transportador, no es dable extender una remisión normativa que no lo cobija, pues la administración estaría reemplazando al legislador aduanero quien es el único competente para definir las conductas y sujetos que merecen ser sancionados.

Añade, que extender la regulación de la modalidad en los aspectos no previstos a lo que se regula en el tránsito aduanero, no puede cobijar obviamente al régimen de sanciones, pues la calificación como sujeto activo de una infracción administrativa es un asunto que debe establecerse en forma expresa, clara, cierta y previa, como una forma de satisfacer las exigencias del debido proceso, por lo tanto, considera que al no existir disposición taxativa que permita aplicar a los operadores de transporte multimodal las sanciones previstas para los transportadores, es improcedente hacerlo por vía de interpretación, puesto que se estaría violando el principio de legalidad.

Asimismo, esboza que como presupuesto condicionante para la aplicación de la sanción prevista en el artículo 503 del Estatuto Aduanero, se encuentra el hecho de que la autoridad aduanera establezca que una mercancía se encuentra en estado de irregularidad y adelante las actuaciones necesarias para lograr su aprehensión y solamente después de agotar los medios que tenga a su alcance para ejecutar la medida cautelar y verificada su imposibilidad, es cuando debe dar inicio al proceso sancionatorio, dado el carácter subsidiario de esta sanción.

De igual forma, anota que está claro que la mercancía objeto de controversia se encuentra incurso en la causal de aprehensión prevista en el numeral 3.2 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, porque no se entregó la mercancía al depósito o zona franca de destino.

A su vez, considera que la imposibilidad de aprehensión de la mercancía debe ser demostrada por la autoridad aduanera y no puede fundarse en la falta de puesta a disposición de la misma por parte de los requeridos, resaltando que lo lógico es que esa solicitud de haga sólo a las personas que puedan tener una relación sustantiva con la mercancía y, por ende, su disponibilidad material, como sería el caso del importador, propietario, tenedor o poseedor, pero en ningún caso resulta razonable solicitarla al declarante.

Que en el presente caso al ser revisados los antecedentes administrativos contenidos en el Expediente CU 2009 2009 00279, se puede verificar que la autoridad aduanera no realizó las diligencias tendientes a la aprehensión de la mercancía, siendo que de ello depende que se cumpla con el supuesto de imposibilidad de la aprehensión.

Frente a lo anterior, concluye que existe violación al debido proceso de la parte actora, porque el elemento de “imposibilidad de aprehensión” no se justificó con pruebas que demostraran que efectivamente no se pudo lograr por determinada circunstancia, lo que a su parecer, impide que se impusiera la sanción cuestionada, ya que la responsabilidad de la sociedad demandante no llega hasta el control de la etapa previa a la llegada de la mercancía al país, que es el momento en que el importador cierra el negocio comercial con su proveedor en el extranjero.

## **SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN**

**(fls.512 – 516)**

Los motivos de inconformidad expuestos por la parte demandada, se contraen a los siguientes aspectos:

En primer lugar, expresa que la sanción prevista en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, es una penalidad pecuniaria aplicable en reemplazo de la

aprehensión y decomiso de la mercancía, en la que no debe analizarse la responsabilidad del usuario obligado al no ponerla a disposición de la DIAN, pues es suficiente determinar la configuración de una causal de aprehensión y las circunstancias que hacen imposible aplicar esta medida cautelar.

Alega, que el argumento del fallo apelado, respecto a la inaplicabilidad del régimen sancionatorio de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero a los operadores de transporte multimodal, deriva en el surgimiento de un régimen de completa irresponsabilidad para estos últimos, lo que va en contravía de lo planteado en la ley y la jurisprudencia nacional.

Finaliza diciendo, que no está de acuerdo con la afirmación del *a quo*, referente a que no se realizaron las diligencias tendientes a lograr la aprehensión de la mercancía como hecho fundamental en la configuración de la infracción del artículo 503 del Estatuto Aduanero, lo que a su juicio, afecta el principio de tipicidad, ya que bajo el criterio de la parte actora, el juzgado está obligando a la DIAN a realizar un imposible jurídico, teniendo en cuenta el tipo y clase de mercancía que fue inportada y, que además, no puede adelantar un operativo a nivel nacional para identificar y aprehender la mercancía ingresada por la parte actora.

### **TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue concedido por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante acta de audiencia de conciliación de fecha 11 de diciembre de 2012 (fls.528 - 529).

Por medio de proveído de 27 de febrero de 2013 (fl.535), fue admitido el recurso de apelación y, posteriormente, a través de auto de 04 de junio de mismo año (fl.537), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; término



dentro del cual, la parte demandada reitera los argumentos expuestos en las distintas etapas procesales (fls.538 – 539); la parte demandante por su lado, no presentó alegatos en esta instancia. El Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **PROBLEMA JURÍDICO.**

¿Resulta inaplicable a los operadores de transporte multimodal el régimen sancionatorio previsto para los transportadores en las disposiciones que regulan el régimen de tránsito aduanero?

¿Los operadores de transporte multimodal son susceptibles de ser sancionados por la imposibilidad de la administración aduanera de aprehender y decomisar una mercancía cuyo proceso de transporte a la aduana de destino estuvo bajo su agenciamiento?

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandante, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

La solución al debate planteado conlleva a establecer el alcance o contenido de la obligación que adquirió la parte actora en su calidad de operador de transporte multimodal de la mercancía sujeta al régimen de tránsito aduanero, objeto de debate.

El artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

*“Artículo 372. Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de Transporte*

Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso.” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 374 *ibídem*, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

“Artículo 374. Autorización de la continuación de viaje. Para la autorización de la Continuación de Viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.

La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los Operadores de Transporte Multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. La subcontratación que realice el Operador de Transporte Multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en el término autorizado por la Aduana de Partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía...” (Subrayado fuera de texto)

Se debe tener en cuenta, que el Capítulo II del Título VIII del Estatuto Aduanero, no reglamenta todo los aspectos concernientes al incumplimiento de las obligaciones aduaneras que se encuentran en cabeza del operador de transporte multimodal, razón por la cual, en su artículo 389 remite al Capítulo I del mismo título, que regula el régimen de tránsito aduanero. Dicha disposición reza:

*“Artículo 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”*

Por tanto, al remitirnos al capítulo en comento, se observa, que en lo atinente a las responsabilidades de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, señala lo siguiente:

*“Artículo 356. Responsabilidades...”*

*...La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero ”*

En lo que respecta a las causales de finalización del régimen de tránsito aduanero, señala el decreto, lo siguiente:

*“Artículo 369.- Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza...”*

*...Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la Aduana de Partida, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca elaborará y remitirá a la Aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero...”* (Subrayado fuera de texto)

Resulta pertinente también, traer a colación la disposición referente a las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, que en lo pertinente al caso bajo estudio, para la época de ocurrencia de los hechos, establecía:

*“Artículo 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes...*

*...3. En el Régimen de Tránsito Aduanero y en las operaciones de transporte multimodal:*

*3.1 Gravísimas...*

*3.1.1 Entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero...* (Subrayado fuera de texto)

Luego de revisar las anteriores disposiciones, encuentra la Sala, que las responsabilidades de los operadores de transporte multimodal son las siguientes: i) el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional y, ii) la finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso de la mercancía procedente del extranjero.

Asimismo, responden como transportadores en el régimen de tránsito aduanero por la entrega de la mercancía con el cumplimiento de todas las exigencias legales dentro de los plazos autorizados.

Uno de esos deberes es precisamente entregar en la aduana de destino la mercancía que le ha sido encomendada, en las mismas condiciones que según la documentación aduanera que respalda la operación de tránsito, le fue proporcionada.

Aunado a ello, se tiene, que las disposiciones en cita, son suficientes para desvirtuar el argumento expuesto en la sentencia apelada, referente a que la autoridad aduanera está haciendo una aplicación extensiva a los operadores de

transporte multimodal de la sanción prevista en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

En primer lugar, porque el mismo artículo 372 de dicho compendio normativo, que describe las responsabilidades del operador de transporte multimodal, señala claramente que entre ellas se cuenta el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, situación que sin lugar a dudas permite inferir que el traslado de la mercancía de la aduana de partida a la aduana de destino corresponde realizarlo a dichos operadores.

En segundo lugar, porque el artículo 374 *ibídem*, dispone expresamente que el transporte de la mercancía en esta modalidad debe realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador, dejando abierta la posibilidad de subcontratar a una empresa transportadora para que le preste este servicio, sin que ello dé lugar a la exoneración de cualquier responsabilidad por la pérdida de la mercancía durante el recorrido entre la aduana de partida y la de destino.

Y en tercer lugar, porque es el mismo ordenamiento jurídico aduanero el que permite aplicar todas las disposiciones concernientes al régimen de tránsito aduanero a los operadores de transporte multimodal, entre las que figuran las sanciones que se pueden imponer a los transportadores en virtud del incumplimiento del referido régimen.

Por las anteriores razones, se tiene, que este cargo de la apelación prospera, no obstante ello, el mismo no tiene la entidad suficiente para revocar el fallo impugnado, motivo por el cual, tal decisión se encuentra supeditada al éxito del otro argumento que sustenta el recurso de alzada, el cual, se pasa a analizar a continuación.

- **¿Los operadores de transporte multimodal son susceptibles de ser sancionados por la imposibilidad de la administración aduanera de aprehender y decomisar una mercancía cuyo proceso de transporte a la aduana de destino estuvo bajo su agenciamiento?**

El Decreto 2685 de 1999 regula lo concerniente a las causales de aprehensión y decomiso de mercancías en los siguientes términos:

*“Artículo 502. Causales de aprehensión y decomiso de mercancías. Dará lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos:*

(...)

*3. En el régimen de tránsito*

(...)

*3.2. No entregar la mercancía sometida al régimen de tránsito aduanero al depósito o a la Zona Franca...”*

Asimismo, el Estatuto Aduanero prevé una sanción como consecuencia de la imposibilidad de aprehensión de la mercancía por parte de la autoridad aduanera, la cual, consiste en lo siguiente:

*“Artículo 503. Sanción a aplicar cuando no sea posible aprehender la mercancía. Cuando no sea posible aprehender la mercancía por haber sido consumida, destruida, transformada o porque no se haya puesto a disposición de la autoridad aduanera, procederá la aplicación de una sanción equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor en aduana de la misma, que se impondrá al importador o declarante, según sea el caso...”*

El *a quo* considera, que en el presente caso la DIAN vulneró el derecho al debido proceso de la parte actora por diversas circunstancias acontecidas en el

transcurso del proceso sancionatorio, que culminó con la imposición de la multa materia de estudio.

Frente a ello, no puede dejarse de lado que es deber del juzgador examinar cada caso concreto sin desconocer los postulados constitucionales frente a posibles amenazas de derechos de tal índole, hecho que obliga a desarrollar este problema jurídico a la luz del derecho fundamental al debido proceso, sobre el cual, niega la DIAN cualquier desconocimiento o vulneración.

Entonces, según el criterio del juez de primera instancia, resulta improcedente imponer una sanción al declarante por el sólo hecho de no poner a disposición de la DIAN la mercancía objeto de controversia. Considera necesario, que antes de ejecutar la sanción, la autoridad aduanera debe demostrar la imposibilidad de aprehender la mercancía y que agotó las diligencias necesarias para tal fin.

Sumado a esto, señala que es lógico requerir la puesta en conocimiento de la mercancía a favor de la DIAN a quienes tienen relación sustantiva con la misma, tal como acontece con el importador, pero nunca puede ser aceptable requerirla al declarante, ya que carece de la aludida relación sustantiva con el elemento materia de la operación aduanera.

Ante estos argumentos, la parte demandada arguye que es imposible realizar un operativo a nivel nacional para identificar y aprehender la mercancía que dio origen a la presente *litis*.

Frente a lo anterior, se debe precisar, que contrario a lo señalado por el juez de primera instancia, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha establecido que las responsabilidades de los sujetos de obligaciones aduaneras son personales e independientes, por tanto, en este caso no puede eximirse de responsabilidad al operador de transporte multimodal, ya que el mismo debe responder por las obligaciones derivadas de su intervención en la operación

aduanera y, por ende, por las consecuencias que conlleve el incumplimiento de sus obligaciones.

En este sentido, se ha pronunciado el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, explicando lo siguiente<sup>1</sup>:

*“...Resulta oportuno destacar que cuando el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, dispone que cuando no sea posible la aprehensión o decomiso de la mercancía la sanción a imponer será la de una multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor en aduana de la mercancía, no se está hablando propiamente de “obligaciones aduaneras”, sino de las “sanciones aduaneras” derivadas del incumplimiento de tales obligaciones.*

*Para esta Corporación resulta claro que el precepto legal en cita consagra la posibilidad de aplicar individualmente esa misma multa a los distintos sujetos intervinientes en la respectiva operación de contrabando, pues en últimas, al establecer esa sanción pecuniaria, el legislador, antes que buscar el recaudo efectivo de los tributos aduaneros dejados de cancelar, lo que está haciendo realmente es dosificar la pena, buscando reprimir drásticamente la evasión y el contrabando, tomando en cuenta su incidencia negativa en la economía nacional y en el desarrollo del país.*

*Por lo anterior, se impone la reiteración de los criterios consignados en la sentencia proferida el 13 de diciembre 2005, Rad. 1998-06303, M. P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade, en donde el Consejo de Estado expresó:*

*Acertó el a quo en sostener que el transportador no puede exonerarse alegando que el propietario de la mercancía no ha sido vinculado a la acnuación En reiterada jurisprudencia esta Sala ha sostenido que las responsabilidades de los sujetos de obligaciones aduaneras son personales e independientes.*

*En sentencia de 5 de diciembre de 2002 (C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade), al decidir una acción análoga a la presente, la Sala tuvo*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 16 de septiembre de 2010, Exp. 2004-00081-00, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta



*oportunidad de pronunciarse respecto del cargo que vuelve a plantearse y lo desestimó con razonamientos que ahora reitera, por ser enteramente aplicables a la cuestión que en el sub-iudice se controvierte. Dijo así la Sala:*

*«.. Las obligaciones aduaneras de los diferentes sujetos que intervienen en el proceso, son independientes, y aún cuando se encuentran íntimamente relacionadas entre sí, no por ello algunas de las actividades adelantadas por cualquiera de los obligados incide en la responsabilidad de los demás.»*

*Estima la Sala que la interpretación expuesta por los actores en su demanda, además de restringir de manera equivocada e indebida los alcances del artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, resulta violatoria de lo dispuesto en el artículo 31 de nuestro Código Civil, a cuyas voces “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que daba darse a toda la ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes.”, esto es, aquellas en las cuales se consagra la obligación de respetar su espíritu, de no apartarse del tenor literal de las palabras, de tener en cuenta el contexto de la ley para ilustrar el sentido de sus partes, de consultar la historia fidedigna de su establecimiento y de considerar, en todo caso, el espíritu general de la legislación y la equidad natural...”*

En virtud de lo anterior, se tiene, que el operador de transporte multimodal demandante, dio lugar a la configuración de la causal de aprehensión prevista en el numeral 3.2 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, pero ante la imposibilidad de poner a disposición de la autoridad aduanera una mercancía que bajo su agenciamiento fue transportada hacia la aduana de destino, salta a la vista que se hace acreedora de la consecuencia jurídica que esto genera, cual es, la sanción establecida en el artículo 503 *ibídem*.

Ahora bien, la disposición en comento exige el cumplimiento de un requisito *sine qua non*, para que proceda la referida sanción, cual es, la imposibilidad de aprehensión de la mercancía, que se puede presentar por haber sido consumida, destruida, transformada o porque no se haya puesto a disposición de la autoridad aduanera. Precisado lo anterior, corresponde ahora analizar el

material probatorio relacionado con las gestiones adelantadas por la DIAN para efectos de poder aprehender la mercancía.

En el plenario sólo aparece demostrado que a través de Oficio DIGEFIS-1-48-238-419 0282 de 18 de febrero de 2010 (fl.183), la Jefe de División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, solicitó a la sociedad demandante poner a su disposición el faltante de mil setecientas (1770) cajas correspondientes a la mercancía amparada con la Continuación de Viaje 0610907M000252 de 02 de marzo de 2007, debido a que la misma presuntamente no concuerda con los datos consignados en la Planilla de Recepción 112007000003410 de 06 de marzo de 2007.

A su vez, el Requerimiento Especial Aduanero 000045, mediante el cual, la DIAN propone imponer a la parte accionante la sanción prevista en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, dicho acto data del 19 de febrero de 2010, esto es, un día después a la fecha de expedición del oficio que requería poner a su disposición la mercancía en cuestión.

Lo anterior, demuestra que la entidad accionada no adelantó las acciones necesarias para aprehender la mercancía objeto de controversia, tal como lo concluyó el *a quo*, toda vez, que no dio oportunidad a la parte actora de responder siquiera el Oficio DIGEFIS-1-48-238-419 0282 de 18 de febrero de 2010 y de forma inmediata procedió a proponer la sanción a que se ha hecho referencia, sin que se haya agotado el requisito legal establecido en el plurimencionado artículo 503 del Estatuto Aduanero para la procedencia de la sanción, lo cual, obliga a confirmar el fallo objeto de apelación.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de confirmarse la sentencia emitida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### FALLA

**CONFIRMAR** la sentencia de 29 de agosto de 2012 emitida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Blue Cargo S.A., contra la DIAN, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

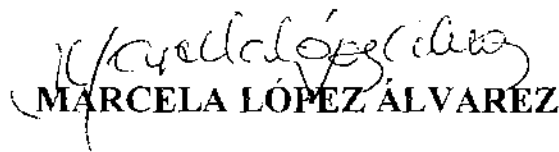
Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.


### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

### LOS MAGISTRADOS

  
JORGE ELIACER FANDIÑO GALLO

  
MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

  
ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-002-2011-00040-01.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1281  
(ART. 323 C. P. C.)**

|   |   |
|---|---|
| <b>CLASE DE PROCESO</b>   | <b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>   |
| <b>MAGISTRADO PONENTE-DR</b>  | <b>: JORGE ELIECER FANDINO GALLO</b>  |
| <b>DEMANDANTE</b>   | <b>: JOSE ULISES MEDINA BERRIO</b>  |
| <b>DEMANDADO</b>  | <b>: NACION-MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL-<br/>DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- E-S-E HOSPITAL SAN PABLO EN<br/>LIQUIDACION.</b> |
| <b>RADICADO J. XXI</b>  | <b>: 13-001-33-31-002-2009-00048-01</b>   |
| <b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICUATRO(24) DE OCTUBRE DE 2013</b> |   |

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, DOCE (12) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

  
JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:  
JBG



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

---

**-SALA DE DECISIÓN 001-**

Cartagena de Indias D.T. y C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO  
Clase de Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación: 13-001-33-31-002-2009-00048-01  
Demandante: JOSÉ ULISES MEDINA BERRIO  
Demandado: NACION – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – E.S.F. HOSPITAL SAN PABLO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN  
Instancia: SEGUNDA  
Controversia: CONTRATO REALIDAD

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. LA ACCIÓN.-**

Fue allegado el expediente a esta Sala, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 31 de enero de 2013 dictada por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por parte de la Fiduciaria La Previsora S.A. (en adelante Fiduprevisora), no se encontraron probadas las excepciones propuestas por el Departamento de Bolívar y se negaron las súplicas de la demanda.

**1.2. DEMANDA.-**

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor

José Ulises Medina Berrio, deprecó de esta jurisdicción las siguientes pretensiones:

Se declare la nulidad de la Resolución 051 del 19 de mayo de 2008, mediante la cual el Gerente Liquidador de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación (en adelante la E.S.E.) negó la existencia de la relación laboral que mantuvo el demandante con la entidad accionada entre el 11 de agosto de 2004 y el 8 de febrero de 2008 y, en tal virtud se negó igualmente, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social, primas, bonificaciones y demás derechos derivados de la ejecución de la relación laboral.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se declare que sostuvo una relación laboral con la demandada, debiendo en consecuencia la E.S.E. reconocer y pagarle *“las prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social, primas, bonificaciones y demás derechos derivados de la ejecución de la relación laboral.”*

De otro lado, solicita se condene en forma solidaria al Ministerio de la Protección Social y al Departamento de Bolívar, en los términos del Convenio de Desempeño 372 del 11 de diciembre de 2007, al pago *“de la deuda laboral, cesantías, vacaciones, prestaciones e indemnización a que tiene derecho ... por la terminación unilateral sin justa causa de su contrato de trabajo por parte de la E.S.E.”*, condena que debe ser actualizada conforme a lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, debiendo reconocer los intereses legales moratorios más altos, desde la época en que sucedieron los hechos hasta cuando se dé cumplimiento al fallo que ponga fin a la presente acción.

Se dé cumplimiento a la sentencia conforme a lo establecido en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

### **1.3. HECHOS.-**

En la primera instancia, la parte actora desarrolló sus argumentos fácticos que la Sala procede a sintetizar a partir de la demanda, así:

El demandante laboró en la E.S.E. como Secretario del Departamento de Finanzas desde el 6 de julio de 2000 al 10 de agosto de 2004, fecha ésta última en la que fue suprimido su cargo.

Desde el 11 de agosto de 2004 hasta el 8 de febrero de 2008, continuó prestando sus servicios en la institución de salud demandada mediante cooperativas de trabajo (1º de septiembre de 2004 a diciembre de 2005 con la Cooperativa Multiactiva del Caribe-Procaribe), órdenes de prestación de servicios (enero a marzo de 2006, julio a septiembre de 2006 y, enero y febrero de 2007 y, contratos de prestación de servicios (abril a junio de 2006, octubre a diciembre de 2006 y marzo a diciembre de 2007).

Durante ese tiempo estuvo bajo la sujeción administrativa y disciplinaria de la demandada, le era exigido el cumplimiento de un horario en las funciones desempeñadas, debiendo ejecutar sus labores bajo la continua dependencia y subordinación del gerente de la entidad.

A través del Decreto 711 del 20 de diciembre de 2007, el Gobernador de Bolívar ordenó la supresión y liquidación de la E.S.E., acto administrativo cuyo artículo 22 estableció que el pago de las indemnizaciones, obligaciones y liquidaciones del personal se efectuaría con cargo a los recursos establecidos en el Convenio de Desempeño 372 del 11 de diciembre de 2007, los recursos propios de la masa de liquidación y los demás determinados para tal fin, correspondiéndole al Departamento de Bolívar y al Ministerio de la Protección Social el aporte de estos recursos.

Con el Decreto 095 del 6 de febrero de 2008 fue suprimida la planta de personal de la E.S.E., por lo que a partir del día 8 de febrero de 2008 al demandante se le impidió desarrollar sus labores, tipificándose un despido sin justa causa.

Mediante formulario 0446 el actor presentó dentro del proceso liquidatorio de la E.S.E., reclamación de sus derechos laborales, la cual fue rechazada con Resolución 051 del 19 de mayo de 2008 y clasificada como crédito de quinta categoría.

#### **1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.-**

Consideró el libelista en la instancia anterior, que los actos acusados infringen los artículos 1º, 13, 25, 29, 48 y 53 de la Constitución Política y, 84 (inciso 2º) del Código Contencioso Administrativo. Explicó el concepto de violación de la siguiente manera:

Aduce inicialmente que el distrito ha transgredido los principios constitucionales enunciados, cuando de manera equivocada desconoce la relación laboral y los derechos salariales y prestacionales que de ella se desprenden.

Sostiene que han sido vulnerados los derechos a la dignidad humana, al trabajo y solidaridad, inclusive la irrenunciabilidad a la seguridad social e igualdad al no reconocerle las mismas obligaciones prestacionales que le corresponderían a un empleado público de la misma institución.

Sostiene que el acto administrativo acusado adolece de falsa motivación en la medida que se pretende desconocer la existencia de una relación laboral entre la E.S.E. y el actor, pese a que éste prestó personalmente sus servicios personales desde el 11 de agosto de 2004 hasta el 8 de febrero de 2008, bajo



subordinación, en la medida que cumplía con los horarios de trabajo que se le asignaban y acataba ordenes y, además percibía un salario por los servicios prestados, algunas veces bajo la modalidad de ordenes de servicios o contratos de prestación de servicios, elementos estos que a su parecer se encuentran debidamente acreditados en el acervo probatorio.

Explica que la entidad demandada incurrió en desviación de poder pues su actuar no obedeció a las razones del buen servicio, sino que se limitó a desconocer los derechos fundamentales al trabajo, dignidad humana y mínimo vital del demandante.

### **1.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-**

- **Fiduciaria La Previsora S.A.**

La empresa fiduciaria en memorial del 20 de marzo de 2012, por conducto de apoderado especial replicó la demanda impetrada (fls.268-282), esgrimiendo que la única relación que existió entre la E.S.E Hospital San Pablo de Cartagena y esa compañía fue el contrato de fiducia 3-1-13236, suscrito entre la representante legal de la entidad en liquidación y la fiduciaria, el cual expiró el 2 de julio de 2010.

Alega que la compañía fiduciaria carece de legitimación en la causa por pasiva, pues no son ni fueron subrogatarios de las obligaciones de la extinta E.S.E., ni dentro de su objeto contractual o social está el de atender el reconocimiento y/o pago de las prestaciones sociales de los extrabajadores. Dice que en el evento de prosperar las mismas, tanto el patrimonio autónomo de remanentes como la fiduciaria estarían imposibilitados para dar cumplimiento a la condena por cuanto las mismas no fueron sucesoras ni sustitutas de la empresa de salud liquidada.

- **Departamento de Bolívar.**

El ente territorial demandado en escrito del 12 de abril de 2012 (fls.342-348), se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad e improcedencia de la acción.

Aduce, contrario a lo señalado por la parte actora, que no existe falsa motivación en el acto administrativo enjuiciado, pues la reclamación de las acreencias exigidas se rechazó debido a que el demandante no tenía vínculo laboral reglamentario con la E.S.E., obedeciendo su labor a la ejecución de órdenes de prestación de servicios, las cuales fueron debidamente pagadas.

Arguye además que la Resolución 051 del 19 de mayo de 2008 no adolece de vicio de nulidad por desviación de poder dado que las razones que le sirvieron de fundamento se dirigieron a resolver las peticiones y reclamaciones que habían sido presentadas en tiempo dentro del proceso liquidatorio.

Funda el primer medio exceptivo argumentando que la entidad de salud accionada suscribió contratos de prestación de servicios con el demandante en uso de la libertad de contratación propia de las entidades públicas, por ello al no existir relación contractual con el departamento, éste no está llamado a responder por las actuaciones u omisiones referidas en el libelo demandatorio.

De otra parte, expresa que no existe solidaridad entre el departamento y la E.S.E. dado que son entidades públicas independientes, máxime si se tiene en cuenta que dentro de las obligaciones asumidas por el departamento en el Convenio de Desempeño 372 del 11 de diciembre de 2007, se estableció la asunción de los pasivos laborales del personal cuyos cargos se suprimieron en razón del proceso liquidatorio.

Plantea además, que si la inconformidad del demandante tiene como fuente de la obligación los contratos de prestación de servicios suscritos con la E.S.E y Procaribe, debió acudir a la acción de controversias contractuales o, si pretendía la declaratoria de existencia de otro tipo de vinculación, debía desvirtuar la existencia de los contratos estatales suscritos con el ente de salud.

#### **1.6. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.-**

El Juzgado Tercero (3º) Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil trece (2013), declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduprevisora, denegó las excepciones formuladas por el departamento y negó las pretensiones de la demanda (fls.459-489).

El *a quo*, con fundamento en las pruebas arrimadas al expediente encontró probada la excepción de falta de legitimación en la causa respecto a la fiduciaria pues a su criterio conforme al contrato mercantil suscrito con la E.S.E. es esta entidad la que ostenta la calidad de fideicomitente y a su extinción, el Departamento de Bolívar, por lo que es dicho ente territorial quien debe responder por el pago de las condenas judiciales.

De otro lado, el censor de primer grado desestimó la excepción de improcedencia de la acción planteada por la administración departamental, al considerar que los derechos de rango laboral pretendidos son susceptibles de enjuiciamiento por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, independientemente de la legalidad de los contratos de prestación de servicios que hayan sido suscritos entre las partes y, que de alguna manera puedan ser fuente de las reclamaciones que conllevó a la controversia.

En el análisis del caso concreto, una vez realizado un recuento de la evolución jurisprudencial decantada sobre la configuración del contrato realidad, sostuvo

el *a quo* que para la demostración de una relación de trabajo es necesario probar la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación en el desarrollo de la función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público.

Aplicando este criterio y una vez analizados los elementos probatorios allegados al paginario no evidenció que existiera continuidad en la relación contractual estatal y mucho menos una relación laboral con la E.S.E. entre el 1º de agosto de 2004 y el 8 de febrero de 2008, dado que si bien dentro del expediente el demandante allegó en copia simple las órdenes de servicio 002 del 1º de enero de 2007 y 011 del 31 de enero de 2007, del contrato de prestación de servicios que comprendía el 1º de noviembre de 2007 al 1º de enero de 2008, no se constata la existencia de una relación legal y reglamentaria de hecho como lo invoca la libelista.

Sostiene además, que según la cláusula primera de los contratos individuales de trabajo suscritos entre la demandante y Procaribe para los períodos comprendidos entre el 1º y 30 de septiembre de 2004, 1º de octubre y 31 de diciembre de 2004, 1º de enero a 31 de julio de 2005 y del 1º de enero al 28 de febrero de 2007, el contratista se obligó a *poner al servicio del empleador toda su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva, en el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado y en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las ordenes e instrucción que le imparta el empleador o su representante, y ... a no prestar directamente ni indirectamente servicios laborales a otros empleadores ni a trabajador por cuenta propia en el mismo oficio, durante la vigencia del contrato* (fls.31-37); de lo que se infiere que entre la accionante y la empresa Procaribe existió una clara relación laboral desde el 1º de septiembre de 2004 al 28 de febrero de 2005, de tal suerte, que durante dicho lapso no puede reclamarse la existencia de una relación laboral entre la actora y la entidad pública accionada.

De otro lado, una vez valoradas las pruebas testimoniales surtidas en el interregno procesal, el fallador no encontró probado el elemento de la subordinación, pues si con la declaración el señor Julio Cesar Orozco Linares, manifestó que el actor cumplía un horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 4:00 p.m., se entiende que ese horario fue el pactado por el demandante con la empresa Procaribe durante el tiempo de vigencia de su contrato. Le restó así mismo, credibilidad a las afirmaciones realizadas por el señor Otto Abel Luna Solar, en cuanto a la labor que dice prestó ininterrumpidamente el actor desde el 2004 hasta el 31 de diciembre de 2007, como quiera que quedó demostrado que desde septiembre de 2004 y febrero de 2005 sostuvo una relación de trabajo con una entidad de carácter privado.

Concluyó diciendo, que lo allegado al expediente no da muestra del vínculo laboral alegado por el demandante y mucho menos, de la existencia de una relación legal y reglamentaria de hecho, de tal forma, que no se desvirtúa el principio de legalidad del acto enjuiciado.

### **1.7. RECURSO DE APELACIÓN.-**

Mediante escrito del 13 de marzo de 2013 (fls.491-497), la parte actora interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, pidiendo revocarla y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda; teniendo en cuenta las siguientes razones:

Aduce que la exigencia que realiza el operador judicial consistente en aportar el contrato estatal celebrado entre el accionante y la E.S.E. sería necesaria si estuviésemos ubicados en un escenario jurídico en el cual se pretendiera la declaratoria de una relación laboral originada de la existencia de un contrato estatal, situación que no corresponde con los presupuestos que soportan los hechos y las pretensiones que se incoan en la demanda.

Esgrime que para lograr el reconocimiento de la relación laboral con la entidad accionada sólo es necesario probar la prestación del servicio de manera personal, una relación de subordinación y la remuneración, requisitos que a su parecer se encuentran debidamente probados dentro del asunto bajo estudio. Que aunque la institución de salud demandada durante los años 2004 a 2008 hubiese vinculado al actor a través de otras entidades o contratistas, ésta ejerció el manejo y control de la prestación y, era quien pagaba la asignación salarial que percibía el demandante, presupuestos fácticos que dice encuentran sustento en los testimonios recepcionados dentro del proceso.

Menciona que al dictar sentencia, el fallador desestimó equivocadamente el testimonio del señor Otto Luna, pues a pesar de que el señor José Ulises Medina Berrio no hubiese celebrado contrato estatal con la E.S.E. o estuviera vinculado por interpuestas personas o entidades, quien recibía directamente la prestación de su servicio era la entidad de salud y en desarrollo de sus actividades se veía precisado a cumplir horario, a recibir órdenes, trabajo por el cual recibía una contraprestación salarial.

Como sustento de sus argumentos de impugnación trae a colación pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional en sentencias C-739 de 2002, C-154 de 1997, T-1058 de 2007 y T-500 de 2000.

Reitera que está plenamente probado que la empresa social del Estado accionada utilizaba diferentes figuras de contratación con la finalidad de vincular de forma permanente el personal que necesitaba para el desarrollo propio de sus actividades, incurriendo en la tercerización laboral, hecho censurado ampliamente a nivel jurisprudencial.

#### **1.8. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA.-**

Conforme al artículo 251 del Código Contencioso Administrativo, modificado

por el canon 11 de la Ley 1395 de 2010, mediante auto del 20 de junio de 2013 (fl.501) se admitió el recurso de apelación; en providencia del 23 de julio de 2013, se dispuso correr traslado a las partes por diez (10) días para que presentarán sus alegatos y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl.503), oportunidad de la que sólo hizo uso la fiduciaria demandada para reafirmar la posición ya planteada (fls.504-508).

El Procurador Judicial Delegado ante esta Corporación no emitió concepto en el asunto objeto de *litis*.

## II. CONSIDERACIONES:

### 2.1. PROBLEMA JURÍDICO.

**¿Es procedente probar la subordinación o ésta se presume en los contratos de prestación de servicios cuando se desarrollan actividades administrativas en una empresa social del estado?**

El contrato de prestación de servicios se estableció para cubrir funciones de origen especial o de administración, que no puedan ser desempeñadas por funcionarios de planta, así lo dispuso el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

*“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”* (Negritas fuera de texto).

De la disposición transcrita se puede extraer que ésta clase de contratos no generan relación laboral, sin embargo, cuando de ellos se vislumbran elementos como la subordinación o dependencia, la prestación personal del servicio y la remuneración, se está frente a una relación laboral independientemente de la forma de vinculación. Así lo señaló la Corte Constitucional al diferenciar el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, en los siguientes términos:

*“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.*

*Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.*

*En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales: a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la*



*denominación de un contrato de prestación de servicios independiente”<sup>1</sup>* (Negrillas fuera de texto)

De lo expuesto, se puede decir que, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales, no ocurriendo lo mismo con quien está sujeto a las condiciones de un contrato de trabajo. No obstante, si el interesado logra demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del contratante, tendrá derecho al pago de las mencionadas prerrogativas laborales.

El Consejo de Estado ha dicho que son tres los elementos propios de una relación de trabajo, sin embargo, ha tenido mayor relevancia que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador:

*“La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:*

*(...)*

*Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, numeral 4 (...)”<sup>2</sup>*

*“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de*

<sup>1</sup>CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997. Exp. D-1430. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara.

<sup>2</sup>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Exp. 0245/2003. Actor Servicio Nacional de Aprendizaje SENA

***una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.***

*Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.*

*En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.” (Negrilla fuera de texto)*

Entonces, constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia y, que desarrolló funciones propias de su cargo.

Así pues, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona natural y una entidad pública y se demuestra la existencia de los elementos propios de toda relación de trabajo, surge el derecho a que sea reconocida como tal, confiriéndole al trabajador las prerrogativas de orden prestacional, en virtud del principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política.

En este punto, es de precisar que, el reconocimiento de una relación laboral no implica que la persona contratada mediante órdenes de prestación de servicios adquiera la condición de empleado público, pues, tal como lo ha establecido la alta corporación, tal calidad no se otorga por el sólo hecho de prestar servicios para el Estado: *“Para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”*<sup>3</sup>

En esa medida, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y, se demuestra la existencia de los tres componentes de la relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación laboral, que permiten el pago de las prestaciones sociales.

En uno de sus pronunciamientos el Consejo de Estado señaló en cuanto a la configuración del contrato realidad, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA. Sentencias del 25 de enero de 2001. Exp. 1654-2000. C.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda y del 23 de junio de 2005. Exp.245-03. C.P.: Dr. Jesús María Lemos Bustamante

<sup>4</sup>CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Sentencia del 4 de mayo de 2010 Exp.1413-08 C.P.: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende generalmente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, desentrañando la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que acompaña el plenario en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso.

Bajo los anteriores parámetros, procede la Sala a revisar el acervo probatorio contenido en el expediente, y con base en los parámetros desarrollados en las sentencias del máximo órgano de lo contencioso administrativo, verificar si existió una relación de subordinación.

De las pruebas arrimadas al informativo se extrae lo siguiente:

La E.S.E. demandada mediante Resolución 496 del 17 de noviembre de 2004, autorizó a favor del señor José Ulises Medina Berrio el pago de honorarios en la suma de \$421.000,00, por los servicios prestados como Técnico del Área de Contabilidad para el período comprendido entre el 11 y el 31 de agosto de 2004 (fl.28).

Luego, el demandante suscribió contratos individuales de trabajo a término fijo con Procaribe, con el fin de *“... poner al servicio del empleador toda su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva, en el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado y en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta el empleador o sus representantes y ... a no prestar directa ni indirectamente servicios laborales a otros empleadores ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio, durante la vigencia de este contrato.”* A su vez, el empleador se obligó a pagar al trabajador por la prestación de sus

servicios el salario indicado, pagadero en las oportunidades también señaladas arriba, incluyéndose en dicho pago la remuneración de los descansos dominicales y festivos de que trata el Código Sustantivo del Trabajo. Los reseñados contratos se relacionan así:

| CONTRATO<br>PROCARIBE    | VALOR          | PLAZO EJECUCION                      | FOLIOS  |
|--------------------------|----------------|--------------------------------------|---------|
| Septiembre<br>1° de 2004 | \$541.600,00   | Septiembre 1°-30 de<br>2004          | 31 y 32 |
| Octubre 1° de<br>2004    | \$1.800.000,00 | Octubre 1° -<br>Diciembre 31 de 2004 | 33 y 34 |
| Enero 1° de<br>2005      | *****          | Enero 1° - Febrero 28<br>de 2005     | 36 y 37 |

En la vigencia 2005 la entidad accionada profirió Resolución 144 del 30 de agosto, autorizando el pago de honorarios al demandante en la suma de \$1.056.000,00, en razón de sus servicios prestados como Técnico en el Área de Contabilidad del 1° al 31 de julio de 2005 (fl.47).

Posteriormente, el accionante suscribió con la E.S.E. las siguientes órdenes de prestación de servicios con el objeto de *“prestar sus servicios como Auxiliar Administrativo en la Oficina Financiera de la institución, por necesidad del servicio”*.

| ORDEN<br>No. | VALOR          | PLAZO EJECUCION       | FOLIOS |
|--------------|----------------|-----------------------|--------|
| 002          | \$1.242.179,00 | Enero 1°-30 de 2007   | 24     |
| 011          | \$1.242.179,00 | Febrero 1°-28 de 2007 | 25     |

Así mismo, está probado que celebró los siguientes contratos de prestación de servicios técnicos administrativos con el ente de salud demandado, los cuales tenían por objeto: *“(...) realizar las actividades de prestación de servicios técnicos administrativos independientes en el área administrativa de finanzas (presupuesto) con experiencia y/o capacitación certificada, que garantice la*

*calidad en el manejo del presupuesto para expedir disponibilidades presupuestales, certificados y elaborar las ejecuciones presupuestales de ingresos y egresos mensuales, conciliaciones bancarias y elaboración de informes para los organismos de control, supersalud y otros organismos.”:*

| CPS No.              | VALOR          | PLAZO EJECUCION                     | FOLIOS     |
|----------------------|----------------|-------------------------------------|------------|
| Agosto 1° de 2007    | \$3.700.000,00 | Agosto 1° - Septiembre 30 de 2007   | 42 y 46    |
| Octubre 1° de 2007   | \$1.850.000,00 | Octubre 1° - 30 de 2007             | 40         |
| Noviembre 1° de 2007 | \$3.700.000,00 | Noviembre 1° - Diciembre 31 de 2007 | 39,43-y 44 |

En las órdenes relacionadas se estableció que los servicios prestados serían pagados *“por cuotas periódicas los últimos cinco (5) días de cada mes vencimiento mensual, hasta completar su totalidad, entregándose mensualmente al contratista durante los dos meses (2) la suma de (\$1.850.000,00)”* e, igualmente, se consignó que *“no genera relación laboral alguna entre las partes”*.

Durante el periodo probatorio se recibieron las declaraciones de los señores Julio César Orozco Linares y Otto Abel Luna Solar (fl.380-381).

Conforme a la certificación obrante a folio 38 del plenario, signada por la Profesional Universitario del Departamento de Contabilidad de la E.S.E. demandada, el accionante se encontraba laborando en esa dependencia desde el 6 de julio de 2000 y en forma continua hasta la fecha de emisión del certificado, 21 de marzo de 2007.

Debe precisar la Sala, con respecto a este elemento probatorio, que no obstante certificar el ente de salud que el demandante laboró en el periodo comprendido entre el 6 de julio de 2000 y el 21 de marzo de 2007.

En el numeral 4° de los presupuestos fácticos de la demanda (fl.3), la parte actora afirma que su vinculación con la E.S.E. se surtió de diferentes formas desde el 11 de agosto de 2004 y el mes de febrero de 2008. Así también se observa, que el último contrato de prestación de servicios corresponde al suscrito el 1° de noviembre de 2007 por un período de dos (2) meses, lo que indica que la última fecha en la que prestó servicios el actor corresponde al 31 de diciembre de 2007.

Las documentales obrantes en el paginario también dan cuenta de que al accionante le fueron pagados los servicios prestados en los días 11 a 30 de agosto de 2004, según consta en comprobantes de pago del 30 de noviembre de 2004 emitidos por la E.S.E. (fls.391-396).

Se advierte a su vez, que el Ministerio de la Protección Social y el Departamento de Bolívar suscribieron el día 11 de diciembre de 2007 Convenio de Desempeño 0372 para la ejecución del programa de reorganización, rediseño y modernización de la red de prestación de servicios de salud vigencia 2007 (fls.413-424), el cual fue modificado en dos oportunidades (fls.425-432).

De igual manera se observan relaciones de comprobantes de egresos emitidas por la Fiduprevisora y comprobantes de pago conforme los cuales al actor le fueron pagadas las sumas de \$400.000,00 el 28 de septiembre de 2006 (fls.397-399), \$250.000,00 el 8 de octubre de 2007 (fls.400-401) y, \$200.000,00 el 24 de diciembre de 2007 (fls.402-403), sin embargo, en dichos documentos no se describe la obligación que originó los pagos mencionados.

Reposa en el expediente certificación expedida por la Directora de Gestión Fiduciaria y Proyectos de la Fiduprevisora en la que hace constar que de acuerdo con las instrucciones del fideicomitente del contrato 3-1-2440 celebrado entre Fonade y esa compañía, realizaron el día 16 de diciembre de

2008, transferencia electrónica a favor del señor José Ulises Medina Berrio, correspondiente a la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena, por valor de \$11.030.296,00, (fls.404-406). Suma que según certificado emitido por el Gerente Liquidador, el Contador y el Revisor Fiscal de la E.S.E., comprendió el pago de los siguientes contratos (fls.407-409):

| CONTRATO         | FECHA             | VALOR NETO A PAGAR |
|------------------|-------------------|--------------------|
| OPS No.002       | Enero 1º/2007     | \$1.167.648,00     |
| OPS No.011       | Febrero 1º/2007   | \$1.167.648,00     |
| SIN No.          | Agosto 1º/2007    | \$1.739.000,00     |
| SIN No.          | Agosto 1º/2007    | \$1.739.000,00     |
| ADICION CONTRATO | Octubre 1º/2007   | \$1.739.000,00     |
| No.30 A          | Noviembre 1º/2007 | \$1.739.000,00     |
| No.30 A          | Noviembre 1º/2007 | \$1.739.000,00     |

En estos casos y dentro de ésta acción se prueba contra los contratos, es decir, que éstos no sólo acreditan la prestación efectiva de los servicios durante el lapso que señalan sino que constituyen punto de partida para que con el restante material probatorio se desvirtúe su contenido, lo que sin duda alguna impone para la parte actora la carga probatoria de aportarlos y en ausencia de ello, obliga al juez a desechar los períodos que no se encuentren respaldados por la fundamental prueba que permite el análisis jurídico que conduce a la prosperidad de las pretensiones tratándose el asunto de la demostración de un contrato realidad.<sup>5</sup>

Con el material probatorio relacionado precedentemente, se tiene que el demandante demostró que estuvo vinculado a la cooperativa Procaribe como Tecnólogo en Sistemas entre el 1º de septiembre de 2004 y el 28 de febrero de 2005 (fls.31-37). Resalta la Sala que si bien las actividades que debía desarrollar el contratista, se ejecutaron en las instalaciones de la E.S.E demandada, también lo es, que estas obedecieron al cumplimiento de los

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Sentencia del 4 de mayo de 2010. Rad.1413-08. C.P.: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



contratos individuales de trabajo a término fijo suscritos entre el actor y Procaribe, adidos 1º de septiembre de 2004, 1º de octubre de 2004 y 1º de enero de 2005.

Ahora, las cooperativas de trabajo asociado se encuentran reguladas por diversas estipulaciones normativas, tales como la Ley 1233 de 2008<sup>6</sup>, el Decreto 3553 de 2008<sup>7</sup>, la Ley 79 de 1988<sup>8</sup>, Decreto 468 de 1990<sup>9</sup>. Este tipo de asociación pretende generar nuevas relaciones de trabajo, basadas en el aporte de sus afiliados y la distribución equitativa de sus ganancias y pérdidas. Este modo de asociación tiene características particulares que permiten establecer su naturaleza, la cual se basa en la búsqueda del beneficio común en términos de igualdad para sus afiliados.

La Corte Constitucional en sentencia T-962 de 2008, a este respecto ha recalcado:

*“(...) las características de las cooperativas de trabajo asociado son: (i) la asociación es voluntaria y libre; (ii) se rigen por el principio de igualdad de los asociados; (iii) no existe ánimo de lucro; (iv) la organización es democrática; (v) el trabajo de los asociados es su base fundamental; (vi) desarrolla actividades económico sociales; (vii) hay solidaridad en la compensación o retribución; (viii) existe autonomía empresarial.”<sup>10</sup>*

Esa misma Corporación ha destacado que:

*“(...) en algunos eventos la legislación laboral resulta aplicable a quienes en principio ostentaban una relación cooperativa.”<sup>11</sup> Esto ocurre cuando (i) las cooperativas contratan trabajadores ocasionales o*

<sup>6</sup> Por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones.

<sup>7</sup> Por el cual se reglamenta la Ley 1233 de 2008.

<sup>8</sup> Por la cual se actualiza la legislación cooperativa

<sup>9</sup> Por la cual se reglamentan las normas correspondientes a las cooperativas de trabajo asociado contenidas en la Ley 79 de 1988 y se dictan otras disposiciones sobre el trabajo cooperativo asociado.

<sup>10</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PRIMERA DE REVISIÓN. Sentencia T-962 del 7 de octubre de 2008, Exp. T-1939966, M.P. Dr: Jaime Araujo Rentería.

<sup>11</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia T-900 del 16 de septiembre de 2004, Exp. T-929157. M.P. Dr : Jaime Córdoba Triviño.

*permanentes,<sup>12</sup> o bien (ii) el cooperado no presta su aporte de manera directa a la cooperativa “sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa”.*

*Lo anterior tiene sustento en la protección de los derechos laborales de quienes tras una aparente relación cooperativa, como ocurre en el último caso, son verdaderos trabajadores. Vale destacar que esta situación es una desviación perniciosa del cooperativismo en materia laboral. En este contexto, se han establecido ciertas prohibiciones legales<sup>13</sup>. Entre ellas la de actuar como empresas de intermediación laboral que a través de esta figura, evaden cargas prestacionales propias de la naturaleza de las relaciones laborales.*

*Así lo menciona la Sentencia T-004 de 2010 cuando concluye que “la intermediación transforma el vínculo cooperativo en una legítima relación laboral, puesto que transforma la relación horizontal que debe existir entre el asociado cooperado y la cooperativa, en una relación de subordinación para la ejecución de una labor en favor de otro.”*

*2. Esto significa que al presentarse una intermediación se convierte el vínculo cooperativo en una verdadera relación laboral entre el asociado cooperado y la cooperativa, al generarse el factor de subordinación en la realización de una labor en favor de otro.<sup>14</sup> En consecuencia es claro que nace un contrato realidad y, por tanto, la jurisdicción laboral es la competente para conocer de las controversias que se generan dentro de la relación horizontal (empleador-empleado).*

*(...)*

*4. Por lo anterior, al presentarse una controversia jurídica en torno al contrato realidad y el reclamo de derechos laborales, es necesario que el juez adelante un estudio detallado de las condiciones pactadas. Así como el escenario fáctico en el que se desarrolla el acuerdo, dando aplicación*

---

12 Artículo 59 de la Ley 79 de de 1988. “En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa el régimen de trabajo de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXVIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberá tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho //Las compensaciones por el trabajo aportado y el retorno de los excedentes previstos en el artículo 54 numeral 3o de la presente Ley, se hará teniendo en cuenta la función del trabajo, la especialidad, el rendimiento y la cantidad de trabajo aportado //Sólo en forma excepcional y debidamente justificada, las cooperativas de trabajo no asociado podrán vincular trabajadores ocasionales o permanentes no asociados; en tales casos estas relaciones, se rigen por las normas de la legislación laboral vigente //En las cooperativas que no sean de trabajo asociado el régimen laboral ordinario se aplicará totalmente a los trabajadores dependientes y a los trabajadores que a la vez sean asociado”

13 Artículo 7 de la ley 1233 de 2008. 1. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.(...) 3 Cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, serán solidariamente responsables por las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán incurso en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica.

14 CORTE CONSTITUCIONAL SALA QUINTA DE REVISIÓN Sentencia T-559 del 7 de julio de 2010, Exp T-2593277, M.P. Dr.: Jorge Iván Palacio Palacio

*a las reglas constitucionales instituidas alrededor del derecho del trabajo. Para lograr esclarecer si se está frente a esta figura anómala de la "tercerización" y, en consecuencia, se establece el principio de contrato realidad. Lo anterior, logra evidenciarse si se cumple con los requisitos esenciales del vínculo laboral, los cuales son: (i) la prestación personal del servicio por parte del trabajador, (ii) el salario y, (iii) la continua subordinación o dependencia del empleado respecto del empleador. " 15*

Acoge la Sala el criterio sentado por el máximo tribunal constitucional, pues sus premisas aplican al caso de marras, en el entendido que con ocasión de la suscripción de los contratos individuales de trabajo del demandante con la cooperativa Procaribe en los meses de septiembre y octubre de 2004 y, enero de 2005, surgió una verdadera relación laboral con esa asociación, pese haber desempeñado sus funciones directamente en la E.S.E.

De las pruebas que obran en el expediente se puede establecer que el demandante suscribió dos compromisos contractuales, en la cláusula primera así: " a) (...) poner al servicio del empleador toda su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva, en el desempeño de las funciones propias del oficio mencionado y en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta el empleador o sus representantes, y b) (...) no prestar directa ni indirectamente servicios laborales a otros empleadores ni a trabajar por cuenta propia en el mismo oficio, durante la vigencia de este contrato." (fl.31).

En el mismo documento, en las cláusulas segunda y tercera se estipula: "El empleador pagará al trabajador por la prestación de sus servicios el salario indicado, pagadero en las oportunidades también señaladas arriba, dentro de este pago se encuentra incluida la remuneración de los descansos dominicales y festivos (...)", "El trabajador se obliga a trabajar la jornada ordinaria en los turnos y en las horas señaladas por el empleador, pudiendo hacer éste ajustes o cambios de horarios cuando lo estime conveniente, por el acuerdo

---

15 CORTE CONSTITUCIONAL SALA QUINTA DE REVISIÓN. Sentencia T-173 del 14 de marzo de 2011 Exp. T-2838568, T-2838574 y T-2840358, C.P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

*expreso o tácito de las partes, podrán repartirse las horas de la jornada ordinaria en la forma prevista en el artículo 164 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 23 de la Ley 50/90 (...)*” (fl.31).

En consecuencia, puede afirmarse que ante el cumplimiento de los requisitos establecidos para la configuración del contrato realidad, éste solo puede ser alegado por el actor frente a Procaribe más no en relación con la institución de salud demandada, entidad con la cual no sostuvo ningún vínculo laboral directo. En ese orden, no se reconocerá la existencia de la relación laboral que dice el demandante sostuvo con la E.S.E. durante el tiempo en el que desarrolló actividades en sus instalaciones pero como empleado de la cooperativa en mención.

Anotado lo anterior, es preciso reiterar que conforme a la jurisprudencia previamente citada cuando se pretende el reconocimiento de la existencia de un contrato realidad, debe la parte interesada allegar los elementos de pruebas suficientes que demuestren que la relación que surge entre las partes con objeto de los contratos u órdenes de servicios celebrados, reúne los elementos propios de una relación laboral, buscando con ello que se reconozcan los derechos y prestaciones que fueron desconocidos al disfrazar mediante actos administrativos el vínculo laboral que existía. Así, deben acreditarse los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración.

Al expediente fueron aportados las siguientes órdenes y contratos de prestación de servicios:

- Ordenes de servicio 002 del 1º de enero de 2007 y 011 del 31 de enero de 2007, emitidas por la E.S.E. para la prestación de los servicios del actor como Auxiliar Administrativo en la Oficina Financiera, desde el 1º al 31 de enero de 2007 (fl.24) y del 1º al 28 de febrero de 2007 (fl.25), recibiendo como pago la suma de un millón doscientos cuarenta

y dos mil ciento setenta y nueve pesos (\$1.242.179,00) por cada mensualidad trabajada (fl.407).

- Contrato de prestación de servicios del 1° de agosto de 2007, en el que se especifica como objeto la prestación de servicios técnicos administrativos independientes en el área administrativa de finanzas (presupuesto) que garantice la calidad en el manejo del presupuesto para expedir disponibilidades presupuestales, certificados y elaborar las ejecuciones presupuestales de ingresos y egresos mensuales, conciliaciones bancarias y elaboración de informes para los organismos de control, para el período comprendido entre el 1° de agosto a 30 de septiembre de 2007, conviniéndose una contraprestación de un millón ochocientos cincuenta mil pesos (\$1.850.000,00) por cada mes laborado (fls.42 y 46), valor que fue pagado según consta en certificación reposante a folio 407 del plenario.
- Contrato de prestación de servicios del 1° de octubre de 2007, a través del cual se adicionó el contrato anterior por el término de dos (2) meses, esto es, desde el 1° a 31 de octubre de 2007 (fl.40), en el que se fijó como valor del contrato la suma de un millón ochocientos cincuenta mil pesos (\$1.850.000,00), monto pagado conforme a certificado visible a folio 407.
- Contrato de prestación de servicios del 1° de noviembre de 2007, celebrado con el mismo objeto de los acuerdos contractuales anteriores y en el cual se estableció como valor de remuneración la suma de un millón ochocientos cincuenta mil pesos (\$1.850.000,00) por cada mes (fls.39, 43 y 44), valor que fue pagado al actor según se advierte en constancia obrante a folio 407.

Del material probatorio arrimado al expediente, está demostrado que el accionante estuvo vinculado al ente de salud para prestar los servicios técnicos administrativos contables en el área financiera y que recibió una contraprestación por sus servicios en los siguientes períodos de tiempo: i) del 1º de enero al 28 de febrero de 2007 (fl.25) y, ii) del 1º de agosto al 31 de diciembre de 2007 (fls.39-44).

A criterio de la Sala, con las órdenes y contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante con la demandada se prueba además de la onerosidad del contrato, la confluencia de dos elementos esenciales para la configuración del contrato realidad, como lo son: la prestación personal de los servicios por parte del accionante, como auxiliar administrativo en el área financiera del ente accionado y, la subordinación y cumplimiento de un horario para desarrollar la labor encomendada.

Respecto al elemento de subordinación como componente de una relación real de trabajo, encuentra la Sala que, si bien en las órdenes no se señaló que el actor estaba sujeto a un horario, existen indicios que permiten inferir que el señor José Medina no tenía autonomía para realizar su trabajo, estando subordinado a los jefes o directivos de la entidad demandada y al cumplimiento de un horario (08:00 a.m. a 04:00 p.m.).

Los testimonios traídos al proceso refuerzan lo antes dicho, en cuanto a la subordinación y el horario de trabajo que cumplía el actor. En efecto, el señor Julio César Orozco Linares en declaración jurada ante el cuestionamiento efectuado por el juez de primer grado en cuanto a los hechos de la demanda, indicó: “ (...) yo estuve vinculado a la manera personal y directa, cumplíamos un horario de lunes a viernes de ocho de la mañana a 4 de la tarde, su jefe inmediato fue el doctor ALVARO PAJARO, el cual el salió pensionado, y asumió la señora ROSA BARRIOS. el señor JOSÉ MEDINA, recibía las órdenes y realizaba las actividades ordenadas por estos.” (fl.380).

Así mismo, obra en el expediente testimonio del señor Otto Abel Luna Solar, quien sobre el tiempo en que el actor trabajó en la E.S.E. y su subordinación, señaló: “(...) en el año 2004 se inicia un proceso de reestructuración, en el cual varios empleados son excluidos de la planta de personal del hospital y por necesidad del servicio fueron muchos los contratados bajo otra modalidad y es así como el señor JOSÉ MEDINA continua laborando de manera ininterrumpida, desde el 10 de agosto de 2004 por la nueva contratación hasta el 31 de diciembre de 2007, en el año 2008 se inicia un proceso de liquidación. Desde el año 2000 fecha en la que inicia labores en el hospital se desempeña como auxiliar administrativo en el área de presupuesto, esta misma funciones (sic) las continua hasta en proceso liquidatorio, (...) durante el tiempo de trabajo siempre desempeñó las mismas funciones y siempre estaba a cargo del Jefe de Contabilidad y en el horario establecido por la institución.” (fl.381).

Las anteriores declaraciones son creíbles para la Sala en virtud a que provienen de personas que trabajaron para la demandada en la época en que el señor José Ulises Medina estuvo al servicio de la E.S.E., son consistentes y no se advierte ningún ánimo de favorecimiento con el demandante.

Aunado a lo anterior, encuentra el *ad quem* a folio 38 del paginario, elemento probatorio de la continuidad de la labor desarrollada por el demandante en la institución de salud accionada (certificado expedido por la Profesional Universitario del hospital demandado fechado 21 de marzo de 2007), el cual corrobora la prestación de los servicios del actor para los meses de enero, febrero, agosto a diciembre de 2007.

Las precedentes estipulaciones permiten concluir que cuando el demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el

cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores.

Por lo anterior, se puede afirmar, contrario a lo considerado por el *a quo*, que el acto administrativo demandado, Resolución 051 del 19 de mayo de 2008, se encuentra incurso en las causales invalidantes invocadas por el actor al transgredir las normas en las que se debería fundar, dado que claramente contradice los artículos 25 y 53 de la Carta Política, y se encuentra demostrada la existencia de una verdadera relación laboral entre la E.S.E y el demandante, según el material probatorio acercado, por lo que habrá de declararse la nulidad del acto enjuiciado.

- **Sumas a reconocer a título de indemnización.**

Observa la Sala que en el escrito introductorio se solicita se reconozcan y paguen salarios y las siguientes prestaciones sociales: vacaciones, primas, bonificaciones, cesantías, indemnización por despido injusto y aportes de seguridad social.

No se concederá al demandante el valor de la remuneración en idéntica forma como dice fueron reconocidos por la accionada a los funcionarios de planta que ostentaban el mismo cargo, toda vez que como se vio, a pesar que el actor logró desvirtuar la naturaleza de la modalidad a través de la cual fue vinculado a la administración, no por esta razón se puede considerar que adquiere la condición de servidor público, por ende, es inviable reconocerle tales sumas en igualdad de condiciones que a los empleados vinculados legal y reglamentariamente. Además, como se dijo con anticipación, la indemnización será reconocida con base en el monto de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios. Este mismo criterio se considerará para la negación del incremento salarial deprecado.



En lo que respecta a las primas reclamadas en la demanda, se tiene, que le serán reconocidas aquellas a que tienen derecho de manera general los funcionarios públicos. En ese sentido, encuentra esta judicatura, que la prima de navidad está regulada por el Decreto Ley 3135 de 1968, el Decreto Ley 1045 de 1978 y por último, el Decreto Reglamentario 1848 de 1969, para todos los empleados públicos, de manera que es admisible su reconocimiento.

La prima de servicios, no será concedida, como quiera que el tiempo de servicio prestado por el demandante es inferior al establecido en el artículo 60 del Decreto 1042 de 1978, que exige que el funcionario tenga un tiempo de labor por lo menos seis (6) meses en la entidad pública. En el presente asunto se está reconociendo el tiempo de labores prestadas por parte del demandante desde el 1º de enero al 28 de febrero de 2007 y del 1º de agosto al 31 de diciembre de 2007.

Las vacaciones, regidas por los artículos 8 y 10 del Decreto 1045 de 1978, son reconocidas a todos los empleados públicos, en consideración al tiempo prestado, así:

*“Artículo 8º - De las vacaciones. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales.*

*En los organismos cuya jornada semanal se desarrolle entre lunes y viernes, el sábado no se computará como día hábil para efecto de vacaciones.”*

*“Artículo 20º.- De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:*

*a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;*

*b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.”*

Ahora, teniendo a consideración que el demandante no prestó sus servicios durante un año y la compensación en dinero de las vacaciones surge, a título de indemnización, sobre vacaciones anuales causadas, no es viable acceder a la compensación.

En lo que se refiere a las bonificaciones, se observa que la parte accionante formula la petición sin especificar a qué bonificaciones se refiere, por lo que la Sala aplicará la disposición contenida en el Decreto 1919 de 2002, mediante el cual se extendió a los empleados públicos del orden territorial el régimen prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional establecido en el Decreto 1042 de 1978, entre este, el derecho a percibir la bonificación por servicios prestados, la cual conforme al inciso 2° del artículo 45 *ibidem*, deber ser reconocida y pagada al empleado cada vez que cumpla un (1) año continuo de labor en una misma entidad oficial. Bajo estas previsiones, advierte la Sala que el demandante no cumple con la exigencia de temporalidad que trae la norma, ya que según se ha dejado anotado anteriormente, laboró en la E.S.E. en los períodos contenidos entre el 1° de enero y el 28 de febrero de 2007 y del 1° de agosto a 31 de diciembre de 2007, es decir, durante un lapso de tiempo menor a un (1) año, motivo que obliga al *ad quem* a denegar dicha pretensión.

De otro lado, y teniendo en cuenta que las cesantías es una prestación social viable de reconocimiento, toda vez que observa los parámetros dados en la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 de 1945, ley 65 de 1945, Ley 65 de 1946 y del Decreto 1160 de 1947, que consagran su pago en forma retroactiva. Y, a partir de la expedición de la Ley 344 de 1996 se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional, departamental, municipal o distrital). Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los

servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990. Concluyese por obvias razones, que en el *sub lite* no existe afiliación a fondo privado de cesantías, por lo que, será la entidad acusada quien asuma dicho pago por concepto de indemnización.

Ahora bien, por concepto de seguridad social procede esta Corporación a reconocer los valores pertinentes, teniendo en cuenta que el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, establece que es una obligación que radica en cabeza del empleador. En la referente al tema, el Consejo de Estado ha manifestado:

*“Las prestaciones sociales (salud y pensión) son cubiertas por las partes que integran la relación laboral, así por ejemplo, en materia pensional durante la ejecución del último contrato de la actora, se destinaba el equivalente al 10% de la tasa de cotización, monto cubierto por el empleador con un 75% y el trabajador con un 25% (artículo 20 de Ley 100 de 1993 sin sus modificaciones posteriores), y en materia de salud la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, este misma contemplada en el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993. (Parágrafo primero art. 204 de la Ley 100 de 1993.).*

*Por tanto, la reparación del daño en el sub-lite no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada no trasladó al respectivo Fondo de Pensiones o Empresa Prestadora de Salud, debiéndose pagar a la actora quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajadora independiente. (Artículos 15. y 157 de la Ley 100 de 1993).”<sup>16</sup>*

Por lo anterior, se reconocerá el pago de estas prestaciones, para lo cual la entidad demandada deberá pagar al actor los porcentajes de cotización correspondientes a la cuota parte a su cargo, por el periodo laborado, tomando

<sup>16</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION “A. Sentencia del 10 de noviembre de 2010 Exp 2002-2891-01 (1920-09) C.P. Dr. Luis Rafael Vergara: sentencia 19 de febrero de 2009, Exp. 2000-03449-01 (3074-05) C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez.

en cuenta el valor pactado por honorarios, conforme a la norma vigente para la época de los contratos.

El pago de la indemnización por despido injusto, será denegada, dado que en el plenario no quedó demostrado que el demandante se haya visto avocado ante tal situación, máxime si fue vinculado mediante contrato estatal.

Cabe anotar, que el monto que deberá tener en cuenta la entidad como base para liquidar las prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social, será el valor pactado por concepto de honorarios en los contratos celebrados, por los períodos comprendidos entre el 1º de enero al 28 de febrero de 2007 y del 1º de agosto al 31 de diciembre de 2007.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor de la demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada prestacional.

- **Sucesión procesal.**

Una vez establecidos los conceptos que deberá pagar la E.S.E. demandada a título de indemnización y, en consideración a que la sentencia de primer grado no declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva pregonada por el Departamento de Bolívar, estima pertinente la Sala aclarar los razonamientos que dan fundamento a la responsabilidad que le asiste al ente territorial habida cuenta que la condena hace parte de las contingencias surgidas con posterioridad al cierre del proceso liquidatorio de la entidad de salud.

Para la Sala está claramente determinado que la E.S.E. en liquidación fue la entidad que expidió el acto administrativo mediante el cual se decidió la reclamación del crédito presentada por el demandante (Resolución 051 del 19 de mayo de 2008 - fls.51-84), por lo que es la llamada a comparecer a este proceso para defender la legalidad del acto enjuiciado, ahora bien, el hecho de que al momento de proferirse sentencia la entidad de salud ha sido liquidada, tiene relevancia solamente respecto de qué entidad tiene la obligación de cumplir la condena impuesta a título de restablecimiento del derecho como consecuencia de la pretendida nulidad del acto administrativo en comento.

Según las previsiones del inciso 2º del párrafo del artículo 32 del Decreto 254 de 2000 *“Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional”*, **al cual también están sujetas las empresas sociales del Estado** (artículo 1º *ibídem*), cuando los recursos de la liquidación de una entidad no son suficientes, *“las obligaciones laborales estarán a cargo de la Nación o de la entidad pública del orden nacional que se designe en el decreto que ordene la supresión y liquidación de la entidad”*.

La norma en cita indica entonces que las obligaciones laborales, ante la insuficiencia de los recursos de la entidad liquidada, estarán a cargo de la

Nación o de la entidad pública del orden nacional, en este caso del orden departamental, que se designe en el acto que ordene la supresión y liquidación de la entidad.

Ahora bien, en el clausulado del Acta de Cierre de Liquidación y Disposición de Bienes, Derechos y Obligaciones de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación del 24 de febrero de 2009, indicó: “*SEGUNDA: El Departamento de Bolívar y la Nación (Ministerio de la Protección Social) acordaron concurrir en las fuentes de financiación para el desarrollo del programa de reorganización, rediseño y modernización de la red de prestación de servicios de salud mediante Convenio de Desempeño No.0372 suscrito el día 11 de diciembre de 2007. TERCERA: TERMINACIÓN DEL PROCESO LIQUIDATORIO: a) INFORME FINAL DE LA LIQUIDACIÓN. El informe final de la liquidación fue presentado a la Junta Asesora de la E.S.E. (...) y aprobado en su integridad sin objeciones en sesión extraordinaria de fecha 24 de febrero de 2009, (...). De igual manera, se procede a la constitución de un contrato de fiducia mercantil a través del cual se trasladará la totalidad de la cartera y de procesos judiciales que se encuentren vigentes para su administración, el acuerdo de pago de las reclamaciones aprobadas, calificadas y graduadas para su correspondiente conocimiento. (...) QUINTO: En caso de quedar recursos remanentes, dichos recursos se entregarán al Departamento de Bolívar en la forma cómo este indique. PARAGRAFO: El Departamento de Bolívar utilizará estos y todos los recursos remanentes de la E.S.E. en liquidación para el pago de los créditos reconocidos, en el orden que indica la ley.*” (fls.252-253).

El artículo 19 de la Ley 1105 de 2006, modificatoria del Decreto Ley 254 de 2000, preceptúa que a la terminación del plazo de liquidación de la entidad, se puede celebrar un contrato de fiducia mercantil que comprenda los activos de la liquidación, y el producto de éstos se destina al pago de los pasivos y contingencias de la entidad, pero si al terminar la liquidación todavía hay

procesos pendientes contra aquélla, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo que administra la fiducia, esto sin perjuicio de los casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley.

En el presente caso, la E.S.E. suscribió el día 3 de julio de 2009 con la Fiduprevisora el Contrato de Fiducia Mercantil 3-1-13236 (fls.296-321), liquidado el 15 de diciembre de 2011 (fls.336-340).

Así, si bien la fiduciaria no es la llamada a responder por la ilegalidad de los actos acusados, ya que su actividad se sujetó estrictamente a la acordada en el contrato de fiducia mercantil en el que a través de la constitución de un patrimonio autónomo se dieron instrucciones a la fiduciaria para la recuperación de cartera, gastos por honorarios profesional de los abogados externos, gastos judiciales, gastos correspondientes al manejo y administración del fideicomiso y pago de acreencias pendientes de pago; también lo es, que el reconocimiento de la indemnización objeto de la reclamación está a cargo de la institución de salud liquidada como empleadora del actor.

Empero, como se produjo la extinción de la E.S.E. demandada, opera la sucesión procesal según los términos del artículo 60 del Código de Procedimiento Civil y en consecuencia, la decisión que se adopta en la presente providencia produce efectos respecto del sucesor procesal, en este evento, el Departamento de Bolívar, a quien no le asiste deber alguno diferente al que le corresponde en razón de su calidad de depositario de los recursos remanentes del extinto hospital.

En conclusión, en esta oportunidad procederá la Sala a revocar la sentencia de fecha 31 de enero de 2013, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, mediante la cual negó las pretensiones de

la demanda, con excepción a lo decidido respecto a la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Fiduprevisora y del Departamento de Bolívar, la inexistencia de solidaridad y la improcedencia de la acción.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No.1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**REVOCAR** la sentencia del treinta y uno (31) de enero de dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las súplicas de la demanda, con excepción de los numerales primero y segundo; y en su lugar se dispone:

**TERCERO: DECLARAR** la nulidad parcial de la Resolución 051 del 19 de mayo de 2008, mediante la cual el Liquidador de la E.S.E. Hospital San Pablo de Cartagena en Liquidación, negó la existencia de la relación laboral que mantuvo el demandante con el ente accionado y el pago de las prestaciones sociales causadas.

**CUARTO: CONDENAR** al Departamento de Bolívar a pagar a favor del señor José Ulises Medina Berrío, identificado con cédula de ciudadanía 9.042.384 de San Onofre (Sucre), a título de indemnización el valor equivalente a las primas de servicio y navidad, bonificación de servicios y cesantías, que percibe el auxiliar administrativo del área financiera de la planta de la E.S.E, para el período comprendido entre el 1º de enero al 28 de febrero de 2007 y del 1º de agosto al 31 de diciembre de 2007.

**QUINTO: CONDENAR** a la entidad demandada a reconocer y pagar el equivalente de la cuota del empleador por concepto de salud y pensión, por los periodos reconocidos, esto es, entre el 1º de enero al 28 de febrero de 2007 y



del 1° de agosto al 31 de diciembre de 2007, la que deberá consignarse a la entidad prestadora del servicio de salud y al fondo de pensiones a que esté afiliado el demandante, de acuerdo con la normatividad vigente para la época de los contratos.

**SEXTO:** Para efectos de dar aplicación a los numerales CUARTO y QUINTO el valor que deberá tener en cuenta la entidad como base para liquidar las prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social, será el valor pactado por concepto de honorarios en el contrato celebrado, por el tiempo comprendido entre el 1° de enero al 28 de febrero de 2007 y del 1° de agosto al 31 de diciembre de 2007.

**SÉPTIMO:** La entidad demandada debe dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a lo establecido en esta sentencia y en los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

**OCTAVO:** Negar las demás suplicas de la demanda.

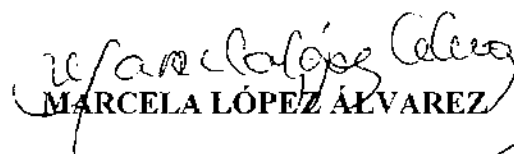
**NOVENO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.*

Los Magistrados,

  
JORGE ULISES FANDIÑO GALLO

  
MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

  
ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO



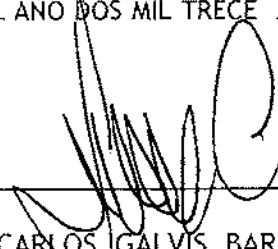
**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1282  
(ART. 323 C. P. C.)**

|   |  |
|---|--|
| <b>CLASE DE PROCESO</b>   | <b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>    |
| <b>MAGISTRADO PONENTE-DR</b>                                    | <b>: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO</b>             |
| <b>DEMANDANTE</b>   | <b>: CORPORACION COLOMBIANA DE LOGISTICA S-A</b> |
| <b>DEMANDADO</b>  | <b>: U-A-E DIAN</b>                              |
| <b>RADICADO J. XXI</b>  | <b>: 13-001-33-31-011-2010-00153-02</b>          |
| <b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: DOCE (12) DE SEPTIEMBRE DE 2013</b> |  |

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, DOCE (12) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

  
\_\_\_\_\_  
JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.  
Cartagena, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

\_\_\_\_\_  
JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:  
JBG

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR  
SALA DE DECISIÓN No. I**

Cartagena D.T. y C., doce (12) de septiembre de dos mil trece (2013)

Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Demandante: **Corporación Colombiana de Logística S.A.**  
Demandado: **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**  
Expediente : **13-001-33-31-011-2010-00153-02**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 2012, por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Corporación Colombiana de Logística S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

**ANTECEDENTES**

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos denominados Requerimiento Especial Aduanero 000189 de 31 de julio de 2009, por medio del cual, la DIAN propone una sanción contra la parte demandante; Resolución 001989 de 1º de octubre de 2009, mediante la cual, impone la sanción propuesta y, Resolución 002668 de 30 de diciembre de 2009, a través de la cual, fue resuelto el recurso de reconsideración interpuesto contra la anterior decisión; actos administrativos proferidos por el Grupo Investigaciones Aduaneras, la División de Gestión de

Liquidación y la División de Gestión Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena de Indias, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la entidad demandada desistir de toda acción sancionatoria en su contra.

## HECHOS

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

Señala la parte actora, que el día 06 de marzo de 2008 la Aduana de Cartagena de Indias le aceptó y autorizó la Continuación de Viaje 0600408M003247, sobre mercancías consistentes en trescientos trece (313) cartones, los cuales, venían embalados en el Contenedor BSIU9127117 debidamente sellado y precintado, procedente de Chongqing (China).

Afirma, que una vez concluido el régimen de tránsito aduanero el día 10 de marzo de 2008, el ente demandado suscribió el Acta de Inconsistencias sin número y la Planilla de Recepción 112008100003642, en la que insertó una inconsistencia referente a un faltante de bultos.

Con posterioridad, el Jefe del GIT de Control de Carga y Tránsito de la División de Gestión de la Operación Aduanera remitió a la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena de Indias, los preliminares del insumo 0140/2009, para que se adelantara procedimiento administrativo por la posible comisión de la infracción contemplada en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

En virtud de ello, profiere Requerimiento Especial Aduanero 000189 de 31 de julio de 2009, proponiendo la imposición de una sanción a la parte actora por valor de treinta y dos millones trescientos cinco mil pesos M/Cte (\$32.305.000,00).

Pone de manifiesto, que dio respuesta oportuna al referido requerimiento, pero no obstante la contundencia y claridad de los medios de prueba aportados, la DIAN optó por sancionarla a través de la Resolución 001989 de 1° de octubre de 2009, decisión contra la cual, interpuso recurso de reconsideración que fue desatado en forma desfavorable a sus intereses con la Resolución 002668 de 30 de diciembre de 2009.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, expone que al tener su domicilio en la ciudad Bogotá, es a la autoridad aduanera de dicha municipalidad a la que le correspondía adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio y, eventualmente, proferir los actos que ahora se demandan, de conformidad con lo establecido en la Resolución 7 de 04 de noviembre de 2008, situación que conlleva a declarar la nulidad de los mismos por falta de competencia de los funcionarios que los expidieron.

Arguye, que la aduana de Cartagena de Indias a pesar de que los bultos o las unidades de carga se encontraron en perfectas condiciones exteriores, con un menor peso de 1.620 kg frente a lo consignado en el documento de transporte y sin observar huellas de violación de sellos o precintos de seguridad, inexplicablemente resolvió romper el precinto original 756454, desocupando el Contenedor BSIU9127117, para inspeccionar, supervisar, pesar y hacer un conteo unitario de las mercancías, concluido lo cual, procedió a cerrar el contenedor colocándole un nuevo precinto identificado con el número 013498, al igual que aprobó la Continuación de Viaje 0600408M003247 de 06 de marzo de 2008, indicando en su columna 20 un peso de 13.180 kg, esto es, 1.620 kg menos en relación con el peso indicado en el BL EGLVI53701057310 de 14.800 kg, precisamente porque obtuvo certeza, seguridad y garantía de que las mercancías objeto del tránsito eran las mismas embaladas desde el puerto de origen, sin sustracciones ni introducción de otras.

Explica, que en virtud de ello, gestionó y realizó la continuación de viaje de la Unidad de Carga BSIU9127117 debidamente sellada con en el nuevo precinto identificado con el número 013498 colocado por la DIAN y esa misma unidad fue entregada a la aduana de destino Promotora de Zonas Francas Rionegro, en el mismo estado en que la recibió, lo cual, la exonera de toda responsabilidad por los supuestos faltantes endilgados de manera irregular y atípica.

Que concluido el régimen, el depósito habilitado procedió a desprecintar la unidad de carga número BSIU9127117, que contaba con el Precinto 013498 en perfectas condiciones; no obstante, dicho depósito levantó y suscribió el Acta de Inconsistencias sin número y la Planilla de Recepción 112008100003642 de 03 de octubre de 2008, registrando en la casilla denominada “*Peso Bruto*” la cantidad de 13.360 kg, o sea, un mayor peso de 180 kg, en relación con el peso validado por la aduana de partida que era de 13.180 kg, concluyendo que el precinto fue hallado intacto, sin hacer ninguna observación o reparo.

Frente a esto, considera pertinente cuestionar en donde se perdieron los doce (12) bultos que faltaron al tiempo de la conclusión del régimen, si como dan cuenta los documentos reseñados, el precinto colocado por la aduana de partida llegó en perfecto estado y, además, como puede ser posible que la Aduana de Cartagena de Indias aprobara la Continuación de Viaje 0600408M003247 sobre la totalidad de la mercancía que se decía embalada en el Contenedor BSIU9127117 después de haberla inspeccionado, pesado y contado unitariamente, pero con un menor peso de 1.620 kg, con relación al peso indicado en el documento de viaje.

Por otro lado, dice que las decisiones contenidas en los actos acusados desconocen la doctrina de la propia DIAN, según la cual, también se considera como “*bulto*” al contenedor remitido a un mismo consignatario y amparado con un solo documento de transporte, significando con ello que si el

transportador entrega la unidad de carga en el lugar de destino en el mismo estado en que la recibió, valga decir, cerrada, sellada o precintada, no puede hacerse responsable por el número de piezas, unidades o cantidad de mercancía que según los documentos de viaje dice hallarse embaladas o empacadas dentro del bulto o contenedor, pues la responsabilidad del transportador se limita a entregar el contenedor en el mismo estado en que lo recibió.

Concluye diciendo, que en el presente asunto se vulneró su derecho al debido proceso por falta de aplicación del silencio administrativo positivo en los eventos consagrados en los artículos 509 y 519 del Decreto 2685 de 1999, los cuales preceptúan, que si desde la iniciación del procedimiento transcurren más de doce (12) meses sin haberse desarrollado el mismo y proferido decisión de fondo, se configura el referido silencio administrativo, motivo por el cual, la actuación puesta a consideración de esta jurisdicción debe ser fallada a favor de ella, teniendo en cuenta que el procedimiento se inició el día 10 de marzo de 2008 y culminó el día 1º de octubre de 2009, es decir, diecinueve (19) meses después, con clara vulneración de lo establecido en las disposiciones mencionadas.

### **TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA**

La demanda inicialmente fue inadmitida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de 17 de junio de 2010 (fls.203 - 204). Acto seguido, luego de ser corregida la demanda, el juzgado procedió a admitirla por auto de 07 de julio de 2010 (fl.208), siendo notificada al Director General de la DIAN a través del funcionario de mayor jerarquía de la seccional en la ciudad de Cartagena de Indias (fl.213) y al Agente del Ministerio Público.

Dentro del término de fijación en lista, la entidad accionada contestó la demanda (fls.214 - 237), expresando que está plenamente demostrado que

respecto de la mercancía autorizada para su traslado conforme con la continuación de viaje, llegó menos cantidad que la autorizada, ya que llegaron trescientos un (301) bultos cuando los que salieron de la aduana de partida eran trescientos trece (313).

Alega, que la mercancía autorizada en el régimen de tránsito en estudio se encuentra amparado en un solo documento de transporte a nombre de varios consignatarios, cuales son, la Corporación Colombiana de Logística S.A., Unicargo de Colombia S.A. y la Zona Franca Rionegro Bodegar S.A. Bodega N° 5, de lo que se desprende que se incumple una de las condiciones para que el contenedor sea tenido como bulto.

En lo que concierne a la supuesta falta de competencia de la Aduana de Cartagena de Indias para expedir los actos enjuiciados, aduce que de acuerdo con el numeral 7.1 del artículo 1° de la Resolución 7 del 04 de noviembre de 2008, dicho ente si es competente, puesto que tal actuación la realizó en ejercicio del control previo o simultáneo de la operación aduanera.

Esgrime, que de conformidad con lo previsto en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 44 del Decreto 1232 de 2001, entregar la mercancía objeto del régimen de tránsito aduanero con menos cantidad constituye una infracción gravísima atribuible al transportador.

En cuanto a la configuración del silencio administrativo positivo, señala que el término establecido para proferir el requerimiento especial aduanero no fue incluido dentro de la legislación aduanera como término perentorio, por lo que su incumplimiento no da lugar al silencio administrativo positivo.

Finalmente, propone la excepción de "*Inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio*", basada en que los actos acusados tienen interés tanto para la sociedad accionante como para la Compañía Seguros Colpatria



S.A., ya que esta última fue quien expidió la póliza que garantizaba a la DIAN la entrega de la mercancía transportada y el pago de los tributos aduaneros y demás obligaciones a cargo de la primera en la ejecución del régimen de tránsito aduanero; no obstante lo anterior, la empresa aseguradora no ha sido vinculada al proceso, por lo que considera que se encuentra configurada la excepción propuesta.

Mediante auto de fecha 28 de septiembre de 2011 (fls.433 – 434), el juzgado decretó la apertura del periodo probatorio y, acto seguido, con proveído de 21 de marzo de 2012 (fl.460), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda (fls.461 – 474); la parte demandada hizo lo propio mediante memorial visible a folios 489 a 504; el Ministerio Público guardó silencio.

Luego, en virtud de lo establecido en el Acuerdo PSAA11-8377 de 2011, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el expediente fue repartido al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena (fl.512).

## **EL FALLO RECURRIDO**

**(fls.513 - 541)**

En la sentencia de primera instancia la juez *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, despacha desfavorablemente la excepción propuesta y, acto seguido, señala que la entidad demandada en los actos acusados expone que la infracción cometida por la empresa actora es la contemplada en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 44 del Decreto 1232 de 2001, esto es, entregar la mercancía objeto del régimen de tránsito aduanero con menos cantidad de la consignada en la declaración y,

además, la entidad demandada manifiesta que en cada uno de los documentos soportes de la continuación de viaje hasta su entrega en la aduana de destino, la mercancía registró una cantidad de cartones inferior a la declarada en el documento de viaje y en el formato de continuación de viaje, lo que indica que se encuentra configurada la infracción prevista en el artículo citado.

Plantea, que en aplicación de los parámetros de responsabilidad del operador de transporte multimodal, no quedan dudas de que la sociedad actora debió verificar el peso y las cantidades contenidas en las unidades de carga al momento de hacer el embarque y constatar que coincidía con lo declarado, lo cual compromete su responsabilidad en el incumplimiento del régimen aduanero que le fue autorizado.

En cuanto al cargo de violación de los derechos de defensa y debido proceso de la sociedad demandante por la ausencia de un trámite previo a la declaración del incumplimiento, explica que la DIAN declaró de oficio el incumplimiento de las obligaciones aduaneras respaldadas con póliza de seguro, para lo cual, no se encuentra establecido un trámite especial, lo que no quiere decir, que se vulneren los derechos constitucionales mencionados, dado que el declarante contó con la posibilidad de formular recursos en vía gubernativa.

A su vez, en lo que atañe al cargo de configuración del silencio administrativo positivo, plantea que la caducidad del término que tiene la administración aduanera para formular el requerimiento especial aduanero, se presenta como un fenómeno por el cual fenece la oportunidad para imponer la sanción correspondiente, sin embargo, la tardanza en la expedición de dicho acto no conlleva necesariamente a la configuración de la caducidad.

Que la parte actora sostiene que la conformidad entre la cantidad consignada en la declaración y la que arroje la mercancía en la verificación es responsabilidad del declarante, habida cuenta de que realizó el tránsito

aduanero de la mercancía en un contenedor cerrado, precintado y sin inventariar, que transportó y entregó cerrado, con el precinto aduanero intacto, con el peso que figuró en la Aduana de Cartagena de Indias.

Concluye, que no es válido el anterior argumento, pues fue precisamente esa omisión la que acarreó la sanción objeto de discusión, toda vez, que para que la sociedad demandante se pudiera exonerar de la responsabilidad por las faltantes advertidas, no bastaba que hubiese pesado la mercancía en la báscula de la aduana de partida, sino que era indispensable que pusiera en conocimiento de la autoridad aduanera en ese momento la diferencia presentada y que en la declaración de tránsito aduanero se registrara en forma expresa la cantidad real de la mercancía, para así corregir la inexactitud del dato consignado en relación con la cantidad.

### **SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN**

**(fls.543 – 560)**

Los motivos de inconformidad expuestos por la parte demandante, se contraen a los siguientes aspectos:

En primer lugar, expresa que el fallo de primera instancia debe ser revocado, ya que fue proferido con clara violación de las normas en que debía fundarse, teniendo en cuenta que el *a quo* guardó silencio acerca del medio de prueba consistente en la certificación del despachador en el exterior de la mercancía, lo que le condujo a adoptar decisiones completamente desacertadas. Que dicha prueba permite obtener certeza de que no se presentó faltante alguno de bultos al finalizar el régimen de tránsito aduanero, sino que simplemente doce (12) piezas nunca fueron despachadas por Chongqing Zenith Technologic Co., Ltd., en Shanghai (China).

Alega, que se le está imponiendo una obligación o carga que la ley no consagra, consistente en verificar no solamente el peso sino la cantidad de la

mercancía transportada, pero sin explicarle cómo, de qué manera, cuándo y dónde debe determinarla, siendo que para las mercancías sometidas a la modalidad de tránsito aduanero no se efectúa inspección física, salvo las excepciones legalmente consagradas.

Anota, que si aún la propia autoridad aduanera no puede abrir los contenedores en los que se encuentra embalada la mercancía procedente del extranjero, en la aduana de partida para inspeccionar y contar la mercancía, de acuerdo a lo dispuesto en el 2º inciso del artículo 364 del Decreto 2685 de 1999, resulta insólito que el juzgado haya resuelto que el operador del tránsito aduanero si pueda realizar dicha operación como lo exigió en el fallo apelado.

Reitera, que el material probatorio comprueba la inexistencia del faltante de bultos alegado por la DIAN. Que en el B/L EGLV15370105731G se insertó la cantidad de trescientos trece (313) cartones de mercancía con un peso de 14.800 kg, sin embargo, la resolución sancionatoria que ahora se demanda expresa que: *“En la aduana de partida se autorizó un contenedor de 40’ BSIU9127117 precintado con sello No. 13498, con 313 cajas y 13.180 kilos.”*, o sea, un menor peso de 1.620 kg. Por su parte, el deposito autorizado insertó en el Acta de Inconsistencias s/n y en la Planilla de Recepción 112008100003642 de 10 de marzo de 2008, un peso de 13.360 kg, o sea, 180 kg de más con relación al peso verificado por la aduana de partida de 13.180 kg, pero con un supuesto faltante de doce (12) bultos.

Insiste en el argumento referente a que las decisiones contenidas en los actos acusados desconocen la doctrina de la propia DIAN, según la cual, también se considera como *“bulto”* al contenedor remitido a un mismo consignatario y amparado con un solo documento de transporte, significando con ello que si el transportador entrega la unidad de carga en el lugar de destino en el mismo estado en que la recibió, valga decir, cerrada, sellada o precintada, no puede hacérsele responsable por el número de piezas, unidades o cantidad de mercancía que según los documentos de viaje dice hallarse embaladas o

empacadas dentro del bulto o contenedor, pues la responsabilidad del transportador se limita a entregar el contenedor en el mismo estado en que lo recibió.

Concluye diciendo, que la Administración Especial de Aduanas de Cartagena no podía apartarse de las obligaciones de tipo comercial contenidas en los artículos 1008, 1010, 1011, 1017, 1021, 1027, 1615 y 1637 del Código de Comercio, alusivas a la forma de contratación para el transporte de carga, antes de dar curso a la imposición de sanciones al declarante de una operación multimodal, no sólo en cumplimiento con su función pública de ente regulador y controlador del servicio aduanero, sino como representante del Estado frente a la administración de procesos administrativos, a fin de evitar excesos por indebida interpretación de la ley.

#### **TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue concedido por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante auto de fecha 22 de febrero de 2013 (fl.661).

Por medio de proveído del 12 de junio de 2013 (fl.668), fue admitido el recurso de apelación y, posteriormente, a través de auto de 18 de julio del mismo año (fl.670), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; término dentro del cual, la parte demandada reitera los argumentos expuestos en las distintas etapas procesales (fls.671 – 684); la parte demandante a su vez, mantiene las razones del recurso de alzada (fls.700 – 717). El Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es responsable el operador de transporte multimodal de incumplir el régimen de tránsito aduanero, cuando entrega la mercancía en la aduana de destino con un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos que desde el inicio amparan dicha operación?

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandante, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

La solución al debate planteado conlleva a establecer el alcance o contenido de la obligación que adquirió la parte actora en su calidad de operador de transporte multimodal de la mercancía sujeta al régimen de tránsito aduanero, objeto de debate.

El artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

*“Artículo 372. Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional. sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso.”* (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 374 *ibídem*, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

*“Artículo 374. Autorización de la continuación de viaje. Para la autorización de la Continuación de Viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.*

*La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los Operadores de Transporte Multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. La subcontratación que realice el Operador de Transporte Multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en el término autorizado por la Aduana de Partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía...* (Subrayado fuera de texto)

Se debe tener en cuenta, que el Capítulo II del Título VIII del Estatuto Aduanero, no reglamenta todo los aspectos concernientes al incumplimiento de las obligaciones aduaneras que se encuentran en cabeza del operador de transporte multimodal, razón por la cual, en su artículo 389 remite al Capítulo I del mismo título, que regula el régimen de tránsito aduanero. Dicha disposición reza:

*“Artículo 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”*

Por tanto, al remitimos al capítulo en comento, se observa, que en lo atinente a las responsabilidades de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, señala lo siguiente:

*“Artículo 356. Responsabilidades...”*

*...La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero ”*

En lo que respecta a las causales de finalización del régimen de tránsito aduanero, señala el decreto, lo siguiente:

*“Artículo 369.- Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza...*

*...Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la Aduana de Partida, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca elaborará y remitirá a la Aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero...” (Subrayado fuera de texto)*

Resulta pertinente también, traer a colación la disposición referente a las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, que en lo pertinente al caso bajo estudio, para la época de ocurrencia de los hechos, establecía:

*“Artículo 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes...*

*...3. En el Régimen de Tránsito Aduanero y en las operaciones de transporte multimodal:*

*3.1 Gravísimas...*



3.1.1 Entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero...” (Subrayado fuera de texto)

Luego de revisar las anteriores disposiciones, encuentra la Sala, que las responsabilidades de los operadores de transporte multimodal son las siguientes: i) el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional y, ii) la finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso de la mercancía procedente del extranjero.

Asimismo, responden como transportadores en el régimen de tránsito aduanero por la entrega de la mercancía con el cumplimiento de todas las exigencias legales dentro de los plazos autorizados.

Uno de esos deberes es precisamente entregar en la aduana de destino la mercancía que le ha sido encomendada, en las mismas condiciones que según la documentación aduanera que respalda la operación de tránsito, le fue proporcionada.

En virtud de lo anterior, corresponde a esta judicatura analizar el material probatorio contenido en el expediente, con el fin de verificar si la parte actora se encuentra incurso en la conducta sancionable que se le endilga o, si por el contrario, cumplió a cabalidad con los deberes propios de los operadores de transporte multimodal en el régimen de tránsito aduanero bajo análisis.

En el informativo se encuentra acreditado lo siguiente:

-fl.252: Continuación de Viaje 0600408M003247 de 06 de marzo de 2008, con número de aceptación 06090030112 de 03 de marzo de 2008, en la que figura como operador de transporte multimodal la Compañía Corporación

Colombiana de Logística S.A., además, se encuentra consignada la siguiente información:

| TIPO DE MERCANCÍA                               | CANTIDAD DE BULTOS | UNIDAD DE CARGA        | PRECINTO NÚMERO | PESO KILOGRAMOS    | PESO REGISTRADO EN EL DEPÓSITO O ZONA FRANCA |
|---|--------------------|------------------------|-----------------|--------------------|--|
| DICE<br>CONTENER<br>MOTOCICLETAS<br>Y REPUESTOS | 313<br>CARTONES    | 1 X 40'<br>BSIU9127117 | 013498          | 14 800<br>(13 180) | 13 360 kg                                    |

Además, se deja constancia de que la mercancía fue objeto de inspección en la aduana de partida.

-fl.255: Documento Andino de Transporte Multimodal CCL 202-2796, en el que se certifica que la mercancía importada consta de trescientos trece (313) cartones, tiene un peso de 14.800 kg y viene con Precinto 756454.

-fl.258: Documento de Viaje 1537010573 de 10 de marzo de 2008, en el que consta que la mercancía consta de trescientos trece (313) cartones, tiene un peso de 14.800 kg y viene con Precinto 756454.

-fl.261: Remesa Terrestre de Carga 0003634 de 03 de junio de 2008, expedida por la Compañía Corporación Colombiana de Logística S.A., en la que se señala como peso de la mercancía transportada 13.160 kg.

-fl.262: Planilla de Recepción 112008100003642, en la que se deja consignado que la mercancía llega con un peso bruto de 13.360 kg y trescientos un (301) bultos, indicando que arribó con un faltante de doce (12) cajas.

-fl.263: Acta de Inconsistencias s/n expedida por la Zona Franca de Rionegro, en la que señala que la mercancía en cuestión llegó con un peso bruto de

13.360, con una cantidad de trescientos un (301) cartones y Precinto 013498, anotando que existe un faltante de bultos.

-fl.264: Registro de Finalización de Cabotaje de la Autorización 0600408M003247, en el que se pone de manifiesto que la mercancía transportada llegó con un peso de 13.360 kg, Precinto 013498 y con trescientos un (301) bultos, es decir, con un faltante de doce (12) bultos.

-fl.329: Certificado cuyo encabezado sugiere que fue expedido por la Compañía Chongqing Zenith Technology Co., Ltd., en el que deja constancia de lo siguiente:

*“Con este documento certificamos que para el embarque en referencia sólo fueron despachadas 301 unidades y no 313 como informado en el BL.*

*Al momento de hacer el llenado del contenedor No. BSIU 9127117 notamos que no se contaba con suficiente inventario para cumplir con la orden. Esa fue la razón por la cual no fueron incluidas en todas las unidades...”*

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa, que la mercancía objeto de controversia fue objeto de inspección en la aduana de partida (Cartagena de Indias) y luego fue proferida la autorización de la Continuación de Viaje0600408M003247 de 06 de marzo de 2008, con número de aceptación 06090030112 de 03 de marzo de 2008, en la que quedó consignada que el número de piezas a transportar era de trescientas trece (313).

Este número de piezas concuerda con el registrado tanto en el Documento Andino de Transporte Multimodal CCL 202-2796, así como también con el que se señaló en el Documento de Viaje 1537010573 de 10 de marzo de 2008, lo que permite inferir a esta corporación que efectivamente la mercancía que ingresó a la aduana de partida estaba conformada por trescientos trece (313) bultos o piezas.

Sea del caso anotar que no es de recibo el argumento de la parte demandante referente a que todas las mercancías sometidas al régimen de tránsito aduanero no pueden ser objeto de inspección física, ya que si bien es cierto esa es la regla general que establece el inciso 2° del artículo 364<sup>1</sup> del Estatuto Aduanero, no lo es menos, que existen varias excepciones a esa regla, entre las que se cuenta la diferencia de peso de la mercancía presentada ante la autoridad aduanera y el consignado en el documento de transporte, tal como sucedió en el asunto de marras.

Ahora bien, respecto al valor probatorio de la certificación expedida presuntamente por el proveedor en el extranjero, considera la Sala que el mismo carece de cualquier capacidad demostrativa, toda vez, que no ofrece ninguna certeza acerca de si realmente fue expedido por dicha compañía.

En efecto, la mencionada certificación contiene un sello de una notaría del círculo de Bogotá, en el que consta que la misma es copia de del original que tuvo a la vista la notaria. No obstante ello, el referido manuscrito no cuenta con firma alguna que dé cuenta acerca de quien lo expide, solamente figura un sello con el nombre de la empresa con un escrito en idioma extranjero, el cual, no cumple con lo estipulado en los artículos 102<sup>2</sup> y 260<sup>3</sup> del Código de Procedimiento Civil, a los cuales se acude por remisión expresa del artículo 267<sup>4</sup> del Código Contencioso Administrativo.

Las anteriores pruebas, no dejan manto de duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Corporación

---

<sup>1</sup> "Artículo 364 Autorización de la modalidad de tránsito e inspección aduanera de las mercancías sometidas a la modalidad de tránsito y colocación de precintos aduaneros

( )  
*Para las mercancías sometidas a la modalidad de tránsito aduanero, no habrá inspección aduanera en la Aduana de Parada, salvo cuando la autoridad aduanera observe que los bultos o las unidades de carga se encuentren en malas condiciones exteriores, presenten diferencia de peso frente a lo consignado en el Documento de Transporte, o se observen huellas de violación de los sellos o precintos de seguridad en cuyo caso deberá efectuarse la inspección física correspondiente y se dejará constancia del resultado de la diligencia* " (Subrayado y negrilla fuera de texto)

<sup>2</sup> "Artículo 102 Idioma En el proceso deberá emplearse el idioma castellano "

<sup>3</sup> "Artículo 260 Documentos en idioma extranjero Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez, en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente "

<sup>4</sup> "Artículo 267 Aspectos no regulados En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo "

Colombiana de Logística S.A., pues salta a la vista que la mercancía objeto de esta modalidad aduanera fue entregada con menor cantidad de bultos a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada, configurándose la hipótesis normativa contenida en el inciso 2º del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como la establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 *ibídem*.

En un caso similar al *sub examine*, el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, hizo las siguientes precisiones<sup>5</sup>:

*“...En sentencias de 7 de marzo de 2002<sup>6</sup>, 22 de abril de 2004<sup>7</sup> y 2 de marzo de 2006<sup>8</sup> y, al decidir acciones análogas a la presente, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse respecto del cargo que vuelve a plantearse y lo desvirtuó con los razonamientos que reitera, por ser enteramente aplicables a la cuestión que en el sub-iudice se controvierte. Dijo la Sala:*

*«En el presente caso, si bien no puede imputarse a la empresa transportadora de manera directa el exceso del peso encontrado al arribar la mercancía a la ciudad de Medellín, que desde el embarque de la mercancía en la ciudad de Cartagena figuraba en 9.330 kilos, como consta en el Manifiesto de Carga expedido en la ciudad de partida, y aunque el artículo 1027 del C. de Co. establece que “Cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, éstas se considerarán como unidad de carga y deberán ser entregadas por el transportador en el mismo estado en que las recibe”, no lo es menos que el artículo 3 del Decreto 1909 de 1992 señala que son responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el propietario, o el tenedor de la mercancía e, igualmente, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, depositario, intermediario y el declarante.*

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 02 de diciembre de 2010, Exp. 2003-00302-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso

<sup>6</sup> Expediente 7165 M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barero.

<sup>7</sup> Expediente 7791 M.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade

<sup>8</sup> Expediente 8471 M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo

*De manera que no se puede exonerar de responsabilidad a las empresas de transporte respecto de la determinación del peso de la mercancía que transportan, pues, dentro del giro de la actividad que realizan, deben constatar los datos consignados en la respectiva declaración de tránsito aduanero, especialmente el peso de la mercancía, ya que se trata de mercancía sin nacionalizar: el hecho de recibir y de entregar el medio de transporte precintado no exonera de responsabilidad aduanera porque no se le está sancionando por introducir mercancías al vehículo que la transporta sino por la omisión de verificar el peso de la mercancía que se compromete a entregar a la aduana de destino.* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

*La Sala ya se había pronunciado sobre el tema aquí tratado de la siguiente manera:<sup>9</sup>*

*Recuérdese que las mercancías que se transportan bajo el régimen de Tránsito Aduanero son mercancías que no han sido inspeccionadas en la forma en que se requiere para efectuar la nacionalización, pues apenas llegadas al territorio nacional son conducidas hasta la Zona Franca o al Depósito autorizado, es decir, como no han cancelado los tributos aduaneros la aplicación de dicho régimen debe ser en todo estricto.*

*Por lo tanto, era obligación del transportador verificar qué era lo que transportaba, máxime si, como lo enseñan las normas que contienen las obligaciones aduaneras de las empresas transportadoras, constituye una falta administrativa transportar exceso de mercancía no nacionalizada, en cuanto al número de bultos o en cuanto a su peso. El hecho de que otras personas respecto de las cuales también se les exige el acatamiento de obligaciones aduaneras hayan omitido sus responsabilidades, o que otra persona diferente al transportador haya diligenciado la Declaración de Tránsito Terrestre no enerva la responsabilidad de la empresa actora, pues, si en el simple contrato de transporte de mercancías el transportador se obliga a desplazar de un lugar a otro, por el medio determinado y dentro del plazo fijado, y a entregarlas a su destinatario, a cambio de un precio llamado flete o porte, lo que implica que el transportador en todo momento conserva el*

<sup>9</sup> Expediente 7377, sentencia de abril 4 de 2002, Magistrada Ponente, doctora Olga Ines Navarrete Barrero

*poder de dirección, de control, de gestión de la operación del desplazamiento, dominio que justifica la responsabilidad que pesa sobre él a partir del momento en que se hace cargo de la mercancía, con mayor razón, como ya se ha precisado, cuando se trata de transporte de mercancías extranjeras que han ingresado al país y que se deben entregar en la Aduana de Destino o en el depósito autorizado, la obligación del transportista incluye la verificación de los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero, sin que sea de recibo el hecho de que entregó la mercancía en el mismo estado en que la recibió pues el contenedor que la condujo llegó con los precintos colocados por funcionarios de la aduana de partida.*

*Tanto es así, que la Declaración de Tránsito Aduanero ostenta el mismo valor del manifiesto de carga. Si bien es cierto que en el caso de éste último es la empresa transportadora quien expide el documento y, por ende, es responsable de la veracidad del contenido del mismo, aunque en el caso en estudio no fue la actora quien elaboró y presentó ante las autoridades aduaneras la Declaración, no por ello puede eximirse de responsabilidad frente a la contravención aduanera que se le imputa...»  
(negrilla fuera de texto)*

*Para la Sala, la circunstancia de que el transportador diligencie la DTA con base en la información que le suministra el declarante o importador de la mercancía, no lo exime de responsabilidad por las faltantes en el número de bultos advertida por parte de la DIAN al arribo de la mercancía a la aduana de destino, pues está obligado a verificar no solamente el peso de la mercancía sino la cantidad que en virtud del contrato de transporte se obliga a entregar en esta última.*

*La actora sostiene que la conformidad entre la cantidad consignada en la declaración y la que arroje la mercancía en la verificación es responsabilidad del declarante habida cuenta de que realizó el tránsito aduanero de la mercancía en un contenedor cerrado, precintado y sin inventariar, que transportó y entregó cerrado, con el precinto aduanero intacto, sin inventariar y con el peso que figuró en Cartagena*

*Para la Sala no es válido el argumento expuesto por la actora, pues fue precisamente esta la omisión que acarreó la sanción. Como quedó visto, para que la actora en su calidad de transportadora pudiera exonerarse de responsabilidad por las faltantes advertidas, no bastaba con que hubiese pesado la mercancía en la báscula de la Aduana de Partida (Cartagena). Era indispensable poner en conocimiento de la autoridad aduanera en ese momento, la diferencia advertida y que en la DTA se registrara en forma expresa la cantidad real de la mercancía, para así corregir la inexactitud del dato consignado en relación con la cantidad.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Teniendo en cuenta lo anterior, a juicio de la Sala, la DIAN actuó apegada a las disposiciones que regulan la materia, por ello, ante el incumplimiento probado de la parte actora de entregar la mercancía completa conforme la recibió en la aduana de partida, lógica conclusión es la actualización de las consecuencias de derecho que se derivan de dicho incumplimiento.

Por otro lado, debe precisarse que no le asiste razón a la parte actora cuando afirma que en la sentencia de primera instancia se desconoció la doctrina de la DIAN referente a que la mercancía transportada en un solo contenedor es considerada como un bulto, toda vez, que cuando la misma está soportada en documentos de transporte dirigidos a varios consignatarios dicha postura no es aplicable, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2685 de 1999, antes de la modificación introducida por el artículo 1° del Decreto 2101 de 2008:

*“Artículo 1. Definiciones para la aplicación de este decreto Las expresiones usadas en este Decreto para efectos de su aplicación, tendrán el significado que a continuación se determina...*

*...BULTO. Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*



Al revisar la documentación aportada al expediente de la referencia, se puede verificar, que en el Documento Andino de Transporte Multimodal CCL 202-2796 se señala claramente en la casilla 3 que la mercancía va consignada a orden de Wanxin Group Colombia, Promotora de Zonas Francas y Bodegar Bod #05 Zona Franca Rionegro, lo que pone de relieve que está dirigida a más de un consignatario. De igual manera, en la casilla 3 del Documento de Viaje 1537010573 se encuentra registrado que la mercancía está a nombre de Corporación Colombiana de Logística S.A., Unicargo de Colombia S.A. y Zona Franca de Rionegro Bodegar S.A., Bodega No. 5, lo cual, ratifica lo antes dicho.

En ese orden de ideas, se colige, que el contenedor en el que se transportaba la mercancía objeto de controversia no puede ser considerado como un bulto, puesto que no reúne los requisitos legales establecidos en la disposición en comento.

Por último, comparte la Sala la posición de la juez *a quo* respecto a la inaplicación de las disposiciones del Código de Comercio citadas por la parte recurrente en el *sub examine*, por existir disposiciones especiales sobre la materia en cuestión. En efecto, si bien el artículo 1027 del Código de Comercio establece que cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, éstas se considerarán como unidad de carga y deberán ser entregadas por el transportador en el mismo estado en que las recibe, también es cierto que el artículo 1º del Decreto 2685 de 1999 preceptúa que los contenedores dirigidos a varios consignatarios no pueden ser considerados como un solo bulto, tal como ocurrió en el asunto de marras.

Como corolario de lo anterior, se tiene, que la omisión en que incurrió la empresa transportadora en advertir desde un inicio el faltante de bultos en la mercancía transportada, hace colegir a la Sala, que la mercancía inicial si constaba de trescientas trece (313) cajas y de no de trescientas una (301) tal

como fue entregada, lo que denota que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de confirmarse la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### FALLA

**CONFIRMAR** la sentencia del 31 de octubre de 2012 emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Corporación Colombiana de Logística S.A., contra la DIAN, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

### LOS MAGISTRADOS

  
JORGE ELIÉCER FANDINO GALLO

  
MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

  
ARTURO MATSON CARBALLO

*Acto voto*



### SALA DE DESCONGESTIÓN

Cartagena de Indias D.T. y C., veinticinco (25) de octubre de dos mil trece (2013)

#### ACLARACIÓN DE VOTO

**Magistrada Ponente** : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ  
**Acción** : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**Radicación** : 13-001-33-31-011-2010-00153-02  
**Demandante** : Corporación Colombiana de Logística S.A.  
**Demandado** : DIAN

A continuación me permito exponer las razones por las que aclaro la decisión adoptada por la Sala mayoritaria de Descongestión, plasmada en sentencia del doce (12) de septiembre de 2013 en el asunto de la referencia, así:

Consideró la Sala entre otros argumentos, que dentro del presente asunto no había duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Corporación Colombiana de Logística S.A., puesto que la mercancía objeto de esta modalidad fue entregada con menor cantidad de bultos a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada. Así mismo, que la omisión en que incurrió la empresa transportadora en advertir desde un inicio el faltante de bultos en la mercancía transportada, hace colegir a la Sala, que la mercancía inicial si constaba de 313 cajas y no de 301 tal como fue entregada.

Pues bien en esencia la suscrita comparte lo decidido en la sentencia, sin embargo cabe precisar que la sociedad actora en su introductorio señaló entre otros argumentos que en este caso existe una ausencia de responsabilidad de la empresa transportadora, toda vez que la mercancía de referencia ingresó al territorio nacional mediante contenedor que tiene un tratamiento de bulto o consolidado, dado que la modalidad del transporte se dio en términos FCL (Full Container Load) por lo que, dicho transporte se dio bajo su propia cuenta, riesgo y cantidad, sin la participación del agente o del transportador, tal como proviene el artículo 871, 1010, 1011, 1615, 1616 del Cco.; Circular 0188 de 26 de julio de 1999.

De otro lado, argumentó que entregó la mercancía en el mismo estado en que la recibió, es decir, que la entregó en el Depósito Aduanero autorizado, el contenedor en buen estado, con el precinto de seguridad intacto y dentro del plazo autorizado en la Continuación de Viaje N° 0600408M003247 del 06 de marzo de 2008, por consiguiente, esta mercancía es considerada bulto.

Conforme a lo anterior, se tiene que el artículo 1° del Decreto 2685 de 1999, dispone que **BULTO** *"Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías*

*acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte”.*

Para la suscrita es claro de acuerdo con el Decreto 2685 de 1999 y la Circular 188 de 2000, el contenedor puede ser considerado como bulto siempre y cuando éste se encuentre amparado en un solo documento de transporte; dirigido a un solo consignatario y se trate de carga consolidada y el contenedor salga del puerto sin desconsolidar.

De las pruebas obrantes en el expediente se aprecia sin mayor duda que la mercancía en cita no cumple con los presupuestos para ser considerado como bulto el contenedor; como quiera que al revisar el documento transporte No. 1537010573 de 10 de marzo de 2008 (fl. 258); se observa que éste se suscribió a nombre de dos consignatarios y no de uno como lo estableció la norma.

En ese orden aclaro mi decisión en el sentido que indistintamente que la mercancía haya llegado con menos cantidad a la aduana de destino, igualmente el documento de transporte no cumplió con los lineamientos expuestos en el Dto. 2685 de 1999 y la Circular 0188 de 2000, para ser considerado el contenedor como bulto y en consecuencia aplicarle el beneficio que ésta contiene frente al transportador de la mercancía, cuando la misma llega a su destino con inconsistencias; por consiguiente, pese a que los sellos prensados estaban intactos, el documento transporte no se diligenció de forma que permita considerar el beneficio, por lo que en este caso la infracción administrativa impuesta a la actora está ajustada al ordenamiento, al entregarse menos cantidad de mercancía que la consignada en los documentos que amparaban la operación; sin lugar a dudas incurre en una transgresión de la norma aduanera.

En esas condiciones aclaro mi voto.

  
MARCELA LÓPEZ ALVAREZ

Magistrada No. 003 de Descongestión



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1283  
(ART. 323 C. P. C.)**

|   |   |
|---|---|
| <b>CLASE DE PROCESO</b>   | <b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b> |
| <b>MAGISTRADO PONENTE-DR</b>  | <b>: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO</b>          |
| <b>DEMANDANTE</b>   | <b>: ELIZABETH RODRIGUEZ DE TORRES</b>        |
| <b>DEMANDADO</b>  | <b>: CAJANAL</b>                              |
| <b>RADICADO J. XXI</b>  | <b>: 13-001-33-31-012-2011-00259-01</b>       |
| <b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICUATRO(24) DE OCTUBRE DE 2013</b> |   |

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, DOCE (12) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, CATORCE (14) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:  
JBG



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

---

-SALA DE DECISIÓN 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Fandiño Gallo**  
Clase de Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Demandante: **Elizabeth Rodríguez de Torres**  
Demandado: **Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL**  
Expediente: **13-001-33-31-012-2011-00259-01**

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia de fecha quince (15) de junio de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. LA ACCIÓN

La señora Elizabeth Rodríguez de Torres, por medio de apoderado judicial, concurrió ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra la Caja Nacional de Previsión Social-en adelante CAJANAL, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

## **2. PRETENSIONES**

Que se declare la nulidad de las Resoluciones PAP 016512 de 06 de octubre de 2010 y UGM 003813 de 12 de agosto de 2011, por medio de la cual CAJANAL, niega el reconocimiento de pensión gracia a la demandante y confirmó en su integridad la decisión denegatoria de la pensión, respectivamente.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó a título de restablecimiento el reconocimiento de su pensión gracia, con los respectivos retroactivos pensionales a los que tiene derecho desde el momento en que cumplió 20 años de servicio y 50 años de edad hasta la fecha en que se haga el pago.

Por último, pide que las sumas adeudadas sean liquidadas y actualizadas de conformidad con lo preceptuado en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

## **3. HECHOS**

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

La señora Elizabeth Rodríguez de Torres, nació el día 2 de abril de 1938.

Se desempeñó como docente del sector público hasta el 30 de julio de 2004, cumpliendo 20 años de servicio el 26 de marzo de 2002.

Que mediante Resolución PAP 016512 de 06 de octubre de 2010, CAJANAL negó el reconocimiento pensional a la demandante por considerar que los tiempos comprendidos entre 1993 y 2004, fueron prestados como docente del orden nacional.

Contra la decisión anterior, fue interpuesto recurso de reposición el cual fue resuelto mediante resolución UGM 003813 de 12 de agosto de 2011, en el que se resolvió confirmar el acto principal.

#### **4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA**

La demanda fue admitida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 25 de enero de 2012 (fl.179-180), dentro del término de fijación en lista, la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL presentó contestación a la demanda, y en su defensa se opone a cada uno de los hechos y pretensiones expuestas en el libelo de la demanda, aduce además que se trasgrediría el principio de solidaridad, pues la Ley 100 de 1993 estableció la obligación de efectuar aportes para así poder percibir una prestación como contraprestación.

Así mismo manifestó que el acto acusado se encuentra revestido de legalidad, habida cuenta que la actora no cuenta realmente con 20 años de servicio en la docencia oficial de carácter departamental, distrital, municipal o nacionalizada para poder acceder a la prestación solicitada, no es posible computar el tiempo de servicio de orden nacional ni los desempeñados en cargos de carácter administrativo. (fls. 195-201)

Posteriormente a través de auto de 19 de abril de 2012(fl.204-205) se prescindió del periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual las partes ratificaron los argumentos expuestos en la demanda y la contestación, por su parte el Ministerio Público guardó silencio.

#### **5. EL FALLO RECURRIDO**

En la sentencia de primera instancia él *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, basado en lo siguiente:



El a quo al avocar el análisis del caso puesto a su consideración, precisó inicialmente que según lo dispuesto en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, no puede limitarse a los maestros de escuelas primarias oficiales, como se concibió en un principio, sino que ella cobija a aquellos que hubieren prestado servicios como empleados y profesores de escuela normal o inspectores de instrucción pública o profesores de establecimientos de enseñanza secundaria, siempre que la vinculación sea de carácter municipal, departamental o regional.

En el caso concreto, estimó con fundamento en el caudal probatorio allegado al expediente que la demandante durante el periodo comprendido entre el 10 de febrero de 1978 hasta el 20 de diciembre de 1985 y desde el 6 de enero de 1994 hasta el 30 de julio de 2004 laboró como maestra municipal, lo que lo llevó a concluir que el tiempo de servicio prestado como docente del orden municipal si debe tenerse en cuenta para el computo de la pensión gracia. (fls. 220-231)

## **6. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN**

Los motivos de inconformidad expuestos por el apelante en calidad de demandado, se contraen a los siguientes aspectos:

Mediante escrito de 17 de septiembre de 2012 (fls.234-237), el apoderado especial de la entidad accionada interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado y solicitó su revocatoria. Como argumentos de la impugnación reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y adicionalmente alegó que la negativa al reconocimiento de la pensión gracia obedeció a la inadmisibilidad de computar el tiempo de servicios prestados cuyo nombramiento sea nacional por ser estos incompatibles con los prestados en un departamento, municipio o distrito,

razón por la cual los tiempos laborados como docente nacional se desestimaron.

De otro lado, sostiene que acceder a las pretensiones de la demanda implica la transgresión al principio de la sostenibilidad presupuestal consagrado en el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005, principio que llama al sistema pensional a la congruencia entre el monto cotizado y los valores reclamados por concepto de pensión gracia, dando lugar a que proceda en su contra la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4º de la Carta Magna.

## **7. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

El Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, concedió el recurso de apelación en audiencia de fecha 23 de octubre de 2012 (fl. 243) y fue admitido por esta corporación por medio de proveído de 5 de febrero de 2013 (fl. 258).

A través de auto de 11 de marzo de 2013 (fl. 260), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, término dentro del cual las partes ratificaron su argumentos de apelación y defensa; por su parte el Ministerio Público guardó silencio

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. PROBLEMA JURÍDICO**

**¿Procede el reconocimiento de la pensión gracia de jubilación de la demaudante teniendo en cuenta la acumulación de los**

## **tiempos laborados como docente nacionalizado y del orden nacional?**

A efectos de resolver el planteamiento propuesto la Sala precisará inicialmente el marco legal que regula la pensión gracia y en segundo lugar, revisará si le asiste derecho a la actora para la obtención del beneficio pensional reclamado.

La **pensión gracia** tiene un carácter especial y aparece reglada en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933. La primera creó el derecho y fijó sus parámetros: titulares, tiempo de servicio, edad, requisitos adicionales, cuantía y sujeto obligado a pagarla. La segunda y tercera ley ampliaron los titulares y el tiempo de servicio computable para esta prestación.

En efecto, la Ley 114 de 1913 consagró en su artículo 1º esta prestación excepcional en beneficio de los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte (20) años y completen la edad de cincuenta (50) años de servicios. En el artículo 3º se previó que los veinte (20) años de servicio a que se refiere el artículo 1º podrán contarse computando servicios prestados en diversas épocas y, se tendrán en cuenta los prestados en cualquier tiempo anterior a la presente ley.

La misma preceptiva en su artículo 4º, estableció los requisitos para acceder a la mencionada prestación, además de los consagrados en el artículo arriba transcrito, estos son los siguientes:

*"Artículo 4º.- Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:*

*1. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.*

*2. Que carece de medios de subsistencia en armonía con su posición social y costumbres.*

3. *Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento.*

4. *Que observa buena conducta.*

5. *Que si es mujer, está soltera o viuda.*

6. *Que hay (sic) cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento "*

De lo anterior, se deduce que la pensión gracia, inicialmente, estaba dirigida únicamente a los maestros de escuelas oficiales primarias; sin embargo, el artículo 6º de la Ley 116 de 1928, extendió el beneficio de la pensión gracia a los empleados y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública. La norma expresamente dice:

*"Los empleados y profesores de las Escuelas Normales y los inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a esta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección".*

Consagró ésta norma, que para el cómputo de los años de servicio, se podrán sumar los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en la normalista, al igual que el laborado en la inspección.

Posteriormente, el artículo 3º (inciso 2º) de la Ley 37 de 1933, amplió nuevamente el reconocimiento de la pensión gracia, a los maestros que hayan completado los años de servicio señalados en la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria, así:

*“Artículo 3º (...)*

*Hácese extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicio mencionados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria”.*

El crecimiento de la población y la extensión cada vez mayor de la cobertura del servicio educativo, llevó a los departamentos a una casi imposibilidad de cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales del personal docente, razón por la cual el Estado, mediante la Ley 43 de 1975, optó por lo que se denominó la “nacionalización” de la educación primaria y secundaria, proceso que se llevó a cabo entre el 1º de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980. En virtud de tal nacionalización, el pago de los docentes oficiales, se realiza a través de los Fondos Educativos Regionales (FER), con dineros provenientes del situado fiscal, bajo la consideración de que la educación primaria y secundaria oficial es un servicio público a cargo de la Nación.

La pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba retribución alguna de la nación por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por lo tanto, los únicos beneficiarios de tal prerrogativa eran los educadores locales o regionales.

Para atender lo relacionado con las prestaciones económicas del personal docente oficial, con la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo artículo 15 es del siguiente tenor:

*“A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

*1º. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional. Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*

*2º. Pensiones.*

*A.- Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.*

*B.- Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional”.*

De la norma transcrita, surge entonces que a los docentes vinculados con posterioridad al 1º de enero de 1981, tanto nacionales como nacionalizados, al igual que para los nombrados a partir del 1º de enero de 1990, se les reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año, con sujeción al “régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional”. Es decir, que la Ley 114 de 1913 y las que posteriormente la modificaron o adicionaron (Leyes 111 de 1928 y 37 de 1933) que ampliaron su radio de acción, fueron derogadas por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la cual reguló íntegramente la materia relativa a las prestaciones sociales del magisterio y creó para el efecto un

Fondo Nacional cuyo objeto es, precisamente, el atender lo relativo, entre otras cosas, al pago de pensiones del sector docente.

Como puede apreciarse, conforme al numeral 2º literal a) del artículo 15 *ibidem*, los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos, pensión ésta que será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

En efecto, la pensión gracia como se dijo precedentemente tiene un carácter especial, pues constituye una dádiva que la Nación concedió a ciertas personas por su calidad de docentes, que prestan o prestaron sus servicios en entidades territoriales, por lo que el legislador entendió que ese beneficio no podía otorgarse indefinidamente. Por esa razón se dispuso un tope en el tiempo, consistente en que solamente se les reconocería a aquellos maestros, que previo cumplimiento de los requisitos de ley, estuvieren vinculados hasta antes del 31 de diciembre de 1980.

Resulta claro entonces, que por expresa voluntad del legislador, la Ley 114 de 1913 continúa teniendo vigencia en el tiempo pese a su derogación por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues, como acaba de verse, el legislador expresamente dispuso que a los docentes “*vinculados hasta 31 de diciembre de 1980*” que “*tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia. se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos*”. Ello significa, a *contrario sensu*, que esta no rige para los vinculados a partir del 1º de enero de 1981, pues éstos docentes “*nacionales y nacionalizados*”, tendrán derecho sólo a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.

## 2. CASO CONCRETO

La señora Elizabeth Rodríguez de Torres presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con la finalidad de que sean declaradas nulas las Resoluciones PAP 016512 de 06 de octubre de 2010 y UGM 003813 de 12 de agosto de 2011, emanadas de la Gerencia General de la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación; mediante las cuales, se le negó el reconocimiento y pago de la pensión gracia que reclama.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que le sea reconocida y pagada la pensión gracia a la que asegura tiene derecho, a partir del 26 de marzo de 2002 y en cuantía equivalente al 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos para pensionarse, junto con los reajustes legales que correspondan.

Como sustento de su solicitud esboza que cumplió veinte (20) años de servicio y cincuenta (50) años de edad, lo que a su parecer conforme a la normatividad relativa a la pensión gracia, la hace acreedora de este derecho.

Del contexto de los actos administrativos enjuiciados se advierte que las razones tenidas por la entidad demandada para negar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión gracia a la accionante, comprenden las siguientes:

*“Que de acuerdo con las normas antes transcritas se advierte que para el reconocimiento de la pensión gracia consagrada en la Ley 114 de 1913, no es admisible completar o computar tiempos de servicios prestados en la nación cuyo nombramiento provenga del Ministerio de Educación por ser estos incompatibles con los prestados en un departamento, municipio o distrito, razón por la cual los tiempos laborados en el municipio del Carmen de Bolívar (Bolívar) entre 1993 y el 2004 tiene carácter de docente del orden nacional y se deben*



*desestimar.*" (Resolución PAP 016512 de 6 de octubre de 2010 – fls.21-26)

*"Que respecto a este tema de los docentes del orden Nacional, la ley 91 de 1989 en su artículo aclara que todos los nombramientos realizados a partir del 01 de enero de 1990 son del orden NACIONAL, igualmente para los casos que se presenta renuncia y posterior vinculación a partir del 01 de enero de 1990, siguen siendo nombramientos del orden NACIONAL, independientemente de lo que esté en el certificado del ente nominador o pagador.*

*Cuando un docente presenta retiro y posterior vinculación, pierde el tipo de vinculación inicial y al realizar un nuevo nombramiento de igual manera tiene un nuevo tipo de vinculación."* (Resolución UGM 003813 de 12 de agosto de 2011-fls. 14-18)

Visto lo anterior, se obtiene, que la razón fundamental por la cual el ente accionado negó la solicitud elevada por la parte actora, obedeció a que el tiempo de servicio acreditado comprendió la prestación de sus servicios como docente nacionalizada del 2 de febrero de 1974 al 1 de diciembre de 1982 y como docente del orden nacional adscrita al municipio desde 1993 a 2004, siendo computable para la pensión gracia el tiempo laborado en calidad de docente nacionalizada.

A fin de precisar si le asiste razón al apelante al desestimar el tiempo de servicio prestado como docente de carácter nacional en ~~D~~ departamento, ~~M~~ municipio o ~~D~~ distrito, por ser inadmisibles su cómputo con los períodos laborados en virtud de nombramientos como docente nacionalizado, es menester revisar el acervo probatorio recopilado en el interregno procesal.

A folio 12 del plenario reposa acta de cedula de ciudadanía de la señora Elizabeth Rodríguez de Torres, en el que consta que nació el día 2 de abril de 1938.

Obra también Resolución PAP 016512 de 6 de octubre de 2010, mediante la cual el Gerente General de Cajanal denegó el reconocimiento y pago de la pensión gracia a la actora (fls.21-26).

Así mismo obra Resolución UGM 003813 de 12 de agosto de 2011, por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución PAP 016512 de 6 de octubre de 2010. (fls. 14-18)

A folios 29 a 30 del expediente, obra certificación expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de el Carmen de Bolívar, en el que consta que la demandante laboró en la Escuela Gabriela Mistral para los años 1974 a 1976, en la Escuela Luis Malo Alandete en el año 1977, en el Colegio Adventista Los Andes desde 1978 hasta 1985, en la Institución Educativa Gabriel García Taboada para el año 1993, en la Institución Promoción Social desde 1995 hasta 1996 y, en la Institución Educativa Gabriel García Taboada desde 1997 hasta 2002.

La certificación reposante a folios 37 a 38 del expediente, emitida por la Secretaría de Educación de Bolívar, da cuenta de que la demandante laboró en la Institución Nacional de Promoción Social desde el 6 de enero de 1994 hasta el 3 de febrero de 1997, en el Instituto Gabriel García Taboada desde el 4 de febrero de 1997 hasta el 14 de julio de 2003, y en la Institución Educativa Técnica Agropecuaria y Participación Comunitaria Julio Cesar Turbay desde el 1 de abril de 2003 hasta el 30 de julio de 2004.

Las documentales relacionadas dan muestra entonces, de que la demandante en el período comprendido entre los años 1974 hasta 1985, se encontraba vinculada como docente nacionalizada (fl. 29) y, desde 1993 laboró como docente del orden nacional.

Dadas las circunstancias fácticas probadas, conviene establecer si quien venía siendo docente del orden nacionalizado, por haber suspendido su labor con posterioridad al 31 de diciembre de 1980, continua siendo docente del orden nacionalizado, o ante la nueva vinculación pasa a ser docente del orden nacional.

Como quiera que dicho aspecto fue analizado por la Sala Plena del H. Consejo de Estado, en el que señaló la importancia de la prestación del servicio a entidades del orden territorial, sin que se permita la acumulación de tiempos servidos a entidades de otros órdenes, se reseña a continuación apartes de dicha providencia, así:

*“De lo anterior se desprende que para los docentes nacionalizados que se hayan vinculado después de la fecha a que se acaba de hacer referencia, no existe la posibilidad del reconocimiento de tal pensión, sino de la establecida en el literal B del mismo precepto, o sea la “...pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año”, que se otorgará por igual a docentes nacionales o nacionalizados (literal B. No. 2. artículo 15 Ib.) hecho que indica que el propósito del legislador fue ponerle fin a la pensión gracia. También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de haber estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 “tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia ...siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos”. Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2. de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley.*

*(...)*

*Debe advertir la Sala que dado el carácter excepcional con que fue instituida la pensión gracia, para su reconocimiento y pago es indispensable acreditar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos, como que el interesado haya prestado los servicios en planteles departamentales o municipales.”<sup>1</sup>*

En el mismo sentido, y acogiendo la tesis expuesta por la Sala Plena, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en sentencia de 31 de mayo de 2012, dentro del proceso radicado 63001-23-31-000-2010-00047-01(2410-11), señaló:

*“De conformidad con la normatividad que dio origen a la pensión gracia, y la interpretación jurisprudencial efectuada en la materia, es válido concluir que esta prestación se causa únicamente para los docentes que cumplan 20 años de servicio en Colegios del orden Departamental, Distrital o Municipal, sin que sea posible acumular tiempos del orden Nacional*

*Ahora bien, el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispuso que “Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubiere desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos”. Es decir, que esta norma impuso un límite en el tiempo para efectos de acceder al beneficio pensional en referencia, en el sentido que el docente debía estar vinculado al 31 de diciembre de 1980, pues la misma se orientó a derogar la vigencia de la aludida prestación especial.*

*(...)*

*En este orden de ideas, el literal a) del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos*

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Agosto veintinueve (29) de mil novecientos noventa y siete (1997), Radicación número S-699 CP NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA.

*en el proceso de nacionalización iniciado con la ley 43 de 1975 de la educación primaria como de la secundaria. A ellos, por haberseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre **que reunieran la totalidad de los requisitos** y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad "...con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación"; hecho que modificó la ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera "... otra pensión o recompensa de carácter nacional".*

Con base en el anterior precedente se tiene que los docentes del orden departamental o regional y municipal que entraron en el proceso de nacionalización establecido por la Ley 43 de 1975, tienen la oportunidad de solicitar el reconocimiento de la pensión gracia, siempre y cuando se hayan vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980, es decir, es limitada a aquellos docentes departamentales y municipales que a la fecha señalada en tal disposición quedaron comprendidos en el proceso de nacionalización iniciado con la citada ley, que deberán a su vez reunir los requisitos contemplados en la Ley 114 de 1913.

De lo expuesto hasta ahora se colige, que la accionante se encontraría cobijada por la norma traída a colación, toda vez, que la misma entró en el proceso de nacionalización mencionado, ya que a la fecha de expedición y entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975, esto es, 11 de diciembre del referido año, se encontraba vinculada como docente del orden nacionalizado.

Ahora, en lo referente al hecho de haberse desvinculado del servicio y reingresado al mismo como docente después del 31 de diciembre de 1980, es decir, al no tener continuidad como docente, implica que pierda el derecho a

reclamar la pensión gracia. Sobre este aspecto, el Consejo de Estado se pronunció en otra ocasión, siendo del siguiente criterio<sup>2</sup>:

*“En cuanto a los SERVICIOS DOCENTES, prestados antes del 31 de diciembre de 1980, y la continuidad de la Parte Actora que fuera considerada por el A-quo para aplicarle el régimen de transición para las plazas que se incluyeron en el proceso de nacionalización, basta anotar que el Consejo de Estado, ha sostenido que la expresión “(...) docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980”, contenida en el Art. 15 numeral 2º literal a) de la Ley 91/89, no exige que en esa fecha el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculado, es decir, tiene derecho a la pensión de jubilación gracia, cuando cumplan los requisitos de ley. En ese sentido, se recuerda, entre otras, la Sentencia de Sep. 20/01 de la Sección 2ª de esta Corporación dictada en el Exp. No. 00095-01 del M. P. Alejandro Ordóñez Maldonado, que dice:*

*“(...) El segundo argumento que expuso el juzgador de primera instancia para denegar las súplicas de la demanda, lo concretó en que por la “... pérdida de la continuidad no podía aplicarse al régimen de transición para las plazas que se incluyeron en el proceso de nacionalización, pues el demandante tan sólo reasumió funciones el 27 de julio de 1981.”.*

*(...)*

*Para la fecha de expedición de la Ley 91 de 1989 –diciembre 29- el señor HECTOR BAENA ZAPATA ya había prestado sus servicios como docente nacionalizado, durante algo más de 15 años, y para 1980, por más de 6 años, circunstancia que en sentir de la Sala, le permite acceder a la pensión gracia, pues la expresión “...docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980”, contemplada en la norma antes transcrita, no exige que en esa fecha el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculado, toda vez que lo que cuenta para efectos pensionales es el tiempo servido; por lo tanto, la pérdida de continuidad, no puede constituirse en una causal de pérdida del derecho pensional como lo estimó el Tribunal. (...)”*

*En efecto, esta Honorable Corporación, ha sostenido que de conformidad con lo previsto en el Art. 15 de la Ley 91/89, la pensión gracia dejó de ser un derecho para aquellos educadores territoriales o nacionalizados, que por primera vez se hayan vinculado a la*

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Sentencia del 2 de febrero de 2006 Exp.: 25000-23-25-000-2002-00528-01(3710-05). C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

*administración a partir de enero 1º/81; pero aquellos educadores territoriales o nacionalizados que hubiesen tenido una experiencia docente apta para acceder a la pensión gracia, laborada con anterioridad a la precitada fecha, no se le puede desconocer, y en consecuencia, si a Dic. 31/80 no se encontraba vinculado como docente al servicio de la administración, pero tenía una experiencia anterior, se le puede adicionar al prestado con anterioridad a 1981. (...)”.*

La sentencia del Consejo de Estado es clara y concisa al explicar que el hecho determinante para gozar del beneficio de la pensión gracia es el de haberse vinculado como docente departamental o regional y municipal hasta el 31 de diciembre de 1980, o lo haya tenido con anterioridad<sup>3</sup>. Empero, se reitera que dicha experiencia docente debe ser apta para acceder a los beneficios de la pensión gracia.

En el caso de marras se advierte, que si bien se encuentra demostrado que la actora laboró hasta el año 1985 como docente nacionalizada, también lo es que el tiempo de servicio prestado fue de doce (12) años, lo que es insuficiente para crear la expectativa en la demandante de acceder a la pensión gracia, en otras palabras, a juicio del *ad quem* la experiencia docente de la demandante no le otorga la aptitud para hacerse beneficiaria de la pensión reclamada.

Así las cosas, no comparte la Sala los argumentos vertidos por el *a quo* para acceder a las pretensiones de la demandante, pues contrario a lo considerado en la providencia recurrida, es improcedente contabilizar la totalidad del tiempo laborado por la actora, independientemente de si su vinculación se realizó como docente nacionalizada o docente del orden nacional vinculada a un municipio. La norma es clara al distinguir que tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia, los maestros de enseñanza

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Exp. 0095-01. C.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado. Se precisó que: "la expresión 'docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980' contemplada en la norma antes transcrita, no exige que en esa fecha el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculado, toda vez que lo que cuenta para efectos pensionales es el tiempo servido; por lo tanto, la pérdida de continuidad, no puede constituirse en una causal de pérdida del derecho pensional".

primaria oficial, empleados y profesores de escuelas normales e inspectores de instrucción pública y maestros, quienes a 31 de diciembre de 1980 hubiesen completado los servicios en establecimientos de enseñanza secundaria que tuviesen el carácter de planteles municipales, distritales o departamentales y, no tienen derecho a ella, aquellos que hubieran servido en centros educativos de carácter nacional.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### III. FALLA

**REVOCAR** la sentencia de quince (15) de junio de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante el cual accedió a las súplicas de la demanda y, en su lugar se dispone:

**PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda, de acuerdo a lo expresado en el aparte considerativo de esta providencia.

**SEGUNDO:** Abstenerse de condenar en costas.

**TERCER:** Notificar personalmente esta decisión al Agente del Ministerio Público Delegado ante este Despacho.

Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Elizabeth Rodríguez de Torres  
Demandado: Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL  
Expediente: 13-001-33-31-012-2011-00259-01

Los Magistrados,

  
JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO

  
MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

  
ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-012-2011-00259-01)