



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 024

Asunto:	Sentencia de única instancia
Acción:	Validez de Acuerdo Municipal
Radicación:	17001-23-33-000-2023-00013-00
Accionante:	Sandra Milena Ramírez Vasco (Secretaria Jurídica del Departamento de Caldas)
Accionado:	Artículos 10 y 11 del Acuerdo 025 del 21 de noviembre de 2023, emanado del Concejo Municipal de Pensilvania, Caldas.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 008 del 10 de marzo de 2023

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 119 y 121 –numeral 3– del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), en concordancia con el numeral 4 del artículo 151 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, corresponde a esta Sala de Decisión, en sede de única instancia, pronunciarse sobre la validez de los artículos 10 y 11 del Acuerdo 025 del 21 de noviembre de 2023, emanado del Concejo Municipal de Pensilvania, Caldas, por solicitud impetrada por la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas, y en uso de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 305 de la Carta Política y los artículos 119 y 120 del Decreto 1333 de 1986.

ANTECEDENTES

La solicitud de invalidez

El 30 de enero de 2023, a través de escrito que obra en medio digital, la Secretaria Jurídica del Departamento de Caldas, en virtud de la delegación efectuada por el señor Gobernador del Departamento de Caldas, radicó demanda ante este Tribunal impugnando la validez de los artículos 10 y 11 del Acuerdo 025 del 21 de noviembre de 2023, *“Por medio del cual se fija el*

presupuesto general de rentas y gastos del municipio de Pensilvania para la vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2023”, emanado del Concejo Municipal de Pensilvania, Caldas.

Expresó que en ejercicio del control de legalidad establecido en el artículo 305 numeral 10 de la Constitución Política, el Departamento de Caldas encontró que el acuerdo mencionado quebranta los artículos 313 numerales 3 y 5, 315 numerales 3, 6 y 9, artículos 345, 346, 347, 352 y 353 de la Constitución Política, los artículos 18 numeral 9 y 29 literal g de la Ley 1551 de 2012, y los artículos 83, 84 y 109 del Decreto 111 de 1996.

Indicó que para la expedición del Artículos 10 y 11 del Acuerdo 025 del 21 de noviembre de 2023, el Concejo de Pensilvania no tuvo en cuenta que es función de esa Corporación dictar las normas de presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos, el cual deberá corresponder al plan municipal o distrital de desarrollo, función que delegó en el ejecutivo municipal.

Mencionó que solo en estados de excepción el ejecutivo municipal puede modificar el presupuesto general de rentas y gastos, a través de un Decreto Legislativo que así se lo permita.

Refirió que es el Concejo Municipal la entidad que debe dictar las normas orgánicas de presupuesto y expide el presupuesto de rentas y gastos para la vigencia fiscal siguiente en cada municipio.

Explicó que el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en providencia del 5 de junio de 2008, estableció que *“en el nivel territorial no existe posibilidad normativa alguna para asimilar los estados de excepción a situaciones locales, de manera que tampoco el alcalde municipal podrá asumir competencia para modificar el presupuesto municipal.”*.

Afirmó que se pudo precaver la inconsistencia en el Acuerdo mencionado, agregando en los artículos 10 y 11 la expresión *“(…) sin afectar las partidas presupuestales globales aprobadas”* lo que garantizaría la limitación que se debía imponer al ejecutivo en esta materia.

Expresó que el ejecutivo municipal de Pensilvania, Caldas, sancionó los artículos 10 y 11 del Acuerdo 025 del 21 de noviembre de 2023 sin tener en cuenta el principio de planeación y omitiendo la aplicación de otros medios ordinarios e idóneos como la convocatoria a sesiones extraordinarias para discutir este tipo de proyectos.

Por las razones expuestas, el Departamento de Caldas solicitó revisar la validez del acuerdo expedido por el Concejo de Pensilvania a la luz de la norma vigente.

Municipio de Pensilvania

La entidad territorial municipal refirió que el Departamento de Caldas no tuvo en cuenta que la Constitución Política en su artículo 313 otorgó a los Concejos Municipales la facultad de autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo.

Afirmó que en este caso, el Concejo Municipal de Pensilvania, Caldas, tenía la facultad constitucional de autorizar al ejecutivo para ejercer funciones que le corresponden a la institución, siendo una de ellas, la modificación del presupuesto municipal en aras de aligerar y facilitar el traslado presupuestal que solicite el Municipio.

Adujo que en los artículos 10 y 11 se precisó con claridad las facultades otorgadas al Alcalde Municipal, cumpliendo lo dispuesto en la sentencia C-050 de 1997 de la Corte Constitucional respecto de facultades precisas, puntuales, ciertas y exactas.

Manifestó que no hay duda alguna frente a la facultad otorgada por el Concejo Municipal, pues la misma no interpreta facultades distintas ni deja en el aire planteamientos que no guarden relación con la facultad pro tempore que tiene el Alcalde Municipal de ejercer las facultades propias del Concejo Municipal.

Expresó que en el caso concreto, los artículos 10 y 11 del Acuerdo 005 de 2023 establecieron un límite temporal para ejecutar las facultades del Concejo Municipal en cabeza del Alcalde, esto es, solamente durante la vigencia del año 2023, con el fin de agilizar los traslados de presupuesto necesarios para ejecutar funciones sociales dentro de la Administración Municipal y ha sido la única vez en donde el Concejo lo ha facultado para tal fin.

Por último, no existe en el ordenamiento jurídico disposición alguna que limite las facultades otorgadas a los Concejos Municipales mediante el artículo 313 de la Constitución Política, tendientes a prohibir la concesión de funciones al Ejecutivo de atribuciones que constitucionalmente le corresponden al Concejo Municipal.

Concepto Ministerio Público

El señor Procurador Judicial refirió en su concepto que la Corte Constitucional en sentencias como la C-442 de 2001, ha precisado el concepto de legalidad presupuestal o legalidad del gasto que se deriva de las normas contenidas en los artículos 345 y 346 de la Constitución Política, relativas al presupuesto, y que consagran dicho concepto según el cual, *“corresponde al Congreso, como órgano de representación plural, decretar y autorizar los gastos del Estado, pues ello se considera un mecanismo necesario de control al Ejecutivo y una expresión inevitable del principio democrático”*.

Refirió que la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha precisado que, *“en tiempos de paz”*, y en virtud de este principio la programación, aprobación, modificación y ejecución del presupuesto de los departamentos, municipios y distritos le corresponde a las corporaciones públicas de elección popular y, específicamente, a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales, mientras que en materia presupuestal las facultades de los gobernadores y alcaldes son, por regla general, de mera ejecución.

Explicó que solo en los casos del supuesto previsto en el literal g) del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, puede el Alcalde Municipal modificar el presupuesto sin la autorización previa del Consejo Municipal, en el sentido de incorporar por decreto al presupuesto los recursos que haya recibido el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional y adelantar su respectiva ejecución, y en caso de darse este supuesto, debe el alcalde informar al Consejo Municipal dentro de los diez (10) días siguientes.

Adujo que en virtud del principio de legalidad presupuestal según lo señalado en la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, las modificaciones del Presupuesto General de Rentas y Gastos que se requieran deben ser autorizadas por la Corporación Pública de elección popular que corresponda y, por estar involucradas garantías constitucionales como el principio democrático, no puede la corporación municipal desprenderse de manera general o integral de dicha atribución, así sea mediante un acuerdo municipal.

Explicó que en caso de verificarse actuación del Concejo en ese sentido, como se observa en el acusado artículo 10 del Acuerdo 025 de 2023, el Consejo Municipal de Pensilvania está sobrepasando sus atribuciones constitucionales y legales e incurriendo en una clara extralimitación de funciones por lo que

coincide con el Departamento de Caldas en que la redacción de los artículos 10 y 11 del Acuerdo 025 de 2023 no fue la más afortunada, por cuanto se le concedieron al alcalde municipal autorizaciones y facultades generales, amplias y plenas en una materia especial reglada por claros preceptos constitucionales y legales que solo permiten la intervención del alcalde en supuestos excepcionales y expresamente contemplados.

Concluyó que esta imprecisión de los artículos impugnados comporta un vicio de formación del acto administrativo por la violación de los actos administrativos en que debían fundarse que afecta su validez y, por consiguiente, debe llevar a la declaratoria de nulidad del mismo.

TRÁMITE PROCESAL

El expediente fue repartido a este Tribunal el 30 de enero de 2023 y allegado al Despacho del Magistrado Ponente en la misma fecha.

El 2 de febrero de 2023 la solicitud de validez fue admitida, ordenando su fijación en lista y la notificación personal al Ministerio Público (archivo 04).

Dentro del término de fijación en lista, intervino el Municipio de Pensilvania y el señor Agente del Ministerio Público.

En providencia del 3 de marzo de 2023 el Despacho Sustanciador decretó pruebas (archivo 12). Finalmente, según constancia secretarial del 10 de marzo de 2023, el trámite pasó a Despacho para resolver lo pertinente (archivo 14).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para pronunciarse en el presente asunto son necesarias las siguientes consideraciones:

1.- Competencia

La revisión de la validez de un Acuerdo Municipal por su oposición a la Constitución o a la ley, comporta un trámite judicial que tiene como génesis la potestad conferida por el numeral 10 del artículo 305 de la Carta Política al Gobernador del Departamento correspondiente, y que se encuentra regulado por los artículos 117 a 121 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), los cuales disponen lo siguiente:

ARTICULO 117. *Dentro de los tres (3) días siguientes al de la sanción, el alcalde enviará copia del acuerdo al Gobernador del Departamento para su revisión jurídica. La revisión aquí ordenada no suspende los efectos de los acuerdos.*

ARTICULO 118. *Son atribuciones del Gobernador:*

8a. Revisar los actos de los Concejos Municipales y de los alcaldes y por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez (Artículo 194, ordinal 8o., de la Constitución Política).

ARTICULO 119. *Si el Gobernador encontrare que el acuerdo es contrario a la Constitución, la ley o la ordenanza, lo remitirá, dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que lo haya recibido, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida sobre su validez.*

ARTICULO 120. *El Gobernador enviará al Tribunal copia del acuerdo acompañado de un escrito que contenga los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). El mismo día en que el Gobernador remita el acuerdo al Tribunal, enviará copia de su escrito a los respectivos alcaldes, personero y Presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso.*

ARTICULO 121. *Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite:*

- 1. Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magistrado sustanciador ordenará que el negocio se fije en lista por el término de diez (10) días durante los cuales el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.*
- 2. Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez (10) días.*
- 3. Practicadas las pruebas pasará el asunto al despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de diez (10) días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros diez (10) días para decidir. Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno.*

Por su parte, el numeral 5 del artículo 151 del CPACA establece la competencia en única instancia de los Tribunales Administrativos para conocer de las observaciones que los gobernadores formulen acerca de la constitucionalidad y legalidad de los acuerdos municipales.

Con la modificación que la Ley 2080 de 2021 introdujo al artículo 151 del

CPACA, la competencia mencionada quedó establecida en el numeral 2 de dicha disposición (art.151).

Así entonces, vista la competencia asignada a esta Corporación para conocer en única instancia de la presente controversia, establecido el marco legal para su admisión, trámite y decisión, y toda vez que la solicitud de revisión fue presentada por el Departamento de Caldas dentro de los 20 días que contempla la norma (el Acuerdo 025 del 21 de noviembre de 2023 fue radicado vía correo electrónico en la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas el 16 de diciembre de 2023 y la solicitud de revisión fue presentada ante este Tribunal el 30 de enero de 2023), procede el Tribunal a decidir el presente asunto.

2.- Problema jurídico

El problema que se debe resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

¿Son contrarios a la Constitución Política y a la ley los artículos 10 y 11 del Acuerdo Municipal n° 025 del 21 de noviembre de 2023, por el cual se fija el presupuesto general de rentas y gastos del municipio de Pensilvania para la vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2023?

3.- El acuerdo sometido a análisis de validez

El 21 de noviembre de 2023 el Concejo Municipal de Pensilvania, Caldas, expidió el Acuerdo n° 025, *“por medio del cual se fija el presupuesto general de rentas y gastos del municipio de Pensilvania para la vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2023”*, el cual fue sancionado por el Alcalde de la entidad territorial el 02 de diciembre de 2022, y cuyo texto en los artículos 10 y 11 es del siguiente tenor:

“ARTICULO DECIMO: Autorícese al Alcalde Municipal para que mediante acto administrativo se ajuste el Presupuesto General de Rentas y Gastos de la vigencia 2023 y se puedan realizar traslados, adiciones, reducciones e incorporaciones al Presupuesto General del Municipio de Pensilvania – Caldas durante la vigencia 2023 de manera integral.

ARTICULO DECIMO PRIMERO: Facúltese al señor alcalde Municipal para efectuar los movimientos presupuestales relacionados con el pago de vigencias expiradas en el evento de requerirse el pago de compromisos asumidos en vigencias anteriores y que no se encuentren en la reserva presupuestal de apropiación”.

El proyecto fue aprobado en dos debates llevados a cabo los días 9 y 21 de noviembre de 2022 (archivo 002).

4.- Marco Normativo

Respecto de las funciones de los concejos municipales los numerales 3 y 5 del artículo 313 de la Constitución Política disponen que:

ARTICULO 313. *Corresponde a los concejos:*

(...)

3. *Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo.*

(...)

5. *Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.*

Por su parte, el artículo 345 ibidem establece que:

“Artículo. 345. *En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos.*

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto”.

A su vez, el artículo 352 superior dispone: *“Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar”.*

De otro lado, y respecto de las atribuciones de los concejos el numeral 9 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, establece:

"ARTÍCULO 32. ATRIBUCIONES. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes.

(...)

9. Dictar las normas de presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos, el cual deberá corresponder al plan municipal o distrital de desarrollo, teniendo especial atención con los planes de desarrollo de los organismos de acción comunal definidos en el presupuesto participativo y de conformidad con las normas orgánicas de planeación.

A su turno, el Estatuto Orgánico del Presupuesto –EOP–, esto es, el Decreto 111 de 1996, en los artículos 76 a 88 establece las reglas para la modificación del presupuesto:

ARTÍCULO 76 *En cualquier mes del año fiscal, el Gobierno Nacional, previo concepto del consejo de ministros, podrá reducir o aplazar total o parcialmente, las apropiaciones presupuestales, en caso de ocurrir uno de los siguientes eventos: que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estimare que los recaudos del año puedan ser inferiores al total de los gastos y obligaciones contraídas que deban pagarse con cargo a tales recursos; o que no fueren aprobados los nuevos recursos por el Congreso o que los aprobados fueren insuficientes para atender los gastos a que se refiere el artículo 347 de la Constitución Política; o que no se perfeccionen los recursos del crédito autorizados; o que la coherencia macroeconómica así lo exija. En tales casos el gobierno podrá prohibir o someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos y obligaciones (L. 38/89, art. 63; L. 179/94, art. 34).*

ARTÍCULO 77. *Cuando el gobierno se viere precisado a reducir las apropiaciones presupuestales o aplazar su cumplimiento, señalará, por medio de decreto, las apropiaciones a las que se aplican unas u otras medidas.*

Expedido el decreto se procederá a reformar, si fuere el caso, el programa anual de caja para eliminar los saldos disponibles para compromisos u obligaciones de las apropiaciones reducidas o aplazadas y las autorizaciones que se expidan con cargo a apropiaciones aplazadas no tendrán valor alguno. Salvo que el gobierno lo autorice, no se podrán abrir créditos adicionales con base en el monto de las apropiaciones que se reduzcan o aplacen en este caso (L. 38/89, art. 64; L. 179/94, art. 55, inc. 6ª).

ARTÍCULO 78. *En cada vigencia, el gobierno reducirá el presupuesto de gastos de funcionamiento cuando las reservas constituidas para ello, superen el 2% del presupuesto del año inmediatamente anterior. Igual operación realizará sobre las apropiaciones de inversión, cuando las reservas para tal fin excedan el 15% del presupuesto de inversión del año anterior.*

Al determinar el valor de las reservas de gastos de funcionamiento y del presupuesto del año inmediatamente anterior para estos gastos, se excluirán el situado fiscal, la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, las participaciones giradas a los resguardos indígenas que para este efecto sean considerados como municipios y la participación de las antiguas intendencias y comisarías en el impuesto a las ventas.

PARÁGRAFO TRANS. *El Gobierno Nacional reducirá el presupuesto de los próximos 4 años así:*

- 1. Para el año de 1996, la reducción será equivalente al 40% del monto de las reservas presupuestales constituidas sobre el presupuesto de 1995 que exceda el 2% de las apropiaciones de funcionamiento y el 15% de las de inversión del presupuesto de dicho año.*
- 2. Para el año de 1997, la reducción será equivalente al 60% del monto de las reservas presupuestales constituidas sobre el presupuesto de 1996 que exceda los porcentajes indicados del presupuesto de dicho año.*
- 3. Para el año de 1998, la reducción será equivalente al 80% del monto de las reservas presupuestales constituidas sobre el presupuesto de 1997 que exceda los porcentajes indicados del presupuesto de dicho año.*
- 4. Para el año de 1999, la reducción será equivalente al 100% del monto de las reservas presupuestales constituidas sobre el presupuesto de 1998 que exceda los porcentajes indicados del presupuesto de dicho año (L. 225/95, art. 9º).*

ARTÍCULO 79. *Cuando durante la ejecución del presupuesto general de la Nación se hiciere indispensable aumentar el monto de las apropiaciones, para complementar las insuficientes, ampliar los*

servicios existentes o establecer nuevos servicios autorizados por la ley, se pueden abrir créditos adicionales por el Congreso o por el gobierno, con arreglo a las disposiciones de los artículos siguientes (L. 38/89, art. 65).

ARTÍCULO 80. *El Gobierno Nacional presentará al Congreso Nacional, proyectos de ley sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto por concepto de gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión (L. 38/89, art. 66; L. 179/94, art. 55, incs. 13 y 17).*

ARTÍCULO 81. *Ni el Congreso ni el gobierno podrán abrir créditos adicionales al presupuesto, sin que en la ley o decreto respectivo se establezca de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para su apertura y con el cual se incrementa el presupuesto de rentas y recursos de capital, a menos que se trate de créditos abiertos mediante contra créditos a la ley de apropiaciones (L. 38/89, art. 67).*

ARTÍCULO 82. *La disponibilidad de los ingresos de la Nación para abrir los créditos adicionales al presupuesto será certificada por el contador general. En el caso de los ingresos de los establecimientos públicos la disponibilidad será certificada por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces.*

La disponibilidad de las apropiaciones para efectuar los traslados presupuestales será certificada por el jefe de presupuesto del órgano respectivo (L. 38/89, art. 68; L. 179/94, art. 35).

ARTÍCULO 83. *Los créditos adicionales y traslados al presupuesto general de la Nación destinados a atender gastos ocasionados por los estados de excepción, serán efectuados por el gobierno en los términos que éste señale. La fuente de gasto público será el decreto que declare el estado de excepción respectivo (L. 38/89, art. 69; L. 179/94, art. 36).*

ARTÍCULO 84. *De conformidad con lo establecido en la Constitución Política, cuando se declaren estados de excepción, toda modificación al presupuesto general de la Nación deberá ser informada al Congreso de la República, dentro de los ocho días siguientes a su realización. En caso de que no se encuentre reunido*

el Congreso, deberá informarse dentro de los ocho días de iniciación del siguiente período de sesiones (L. 179/94, art. 57).

ARTÍCULO 85. *El Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público-dirección general del presupuesto nacional, elaborarán conjuntamente para su presentación al Conpes la distribución de los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas.*

De los excedentes financieros, distribuidos por el Conpes a la Nación, el gobierno sólo podrá incorporar al presupuesto un monto que no supere el 1% del presupuesto vigente. En los demás casos, el gobierno hará los ajustes presupuestales necesarios para darle cumplimiento a la distribución de los recursos a que se refiere el inciso anterior. También los hará una vez determinado el excedente financiero de la Nación.

Cuando los excedentes destinados por el Conpes a la Nación superen el 1% del presupuesto vigente, su incorporación al presupuesto se hará por ley de la República (L. 179/94, art. 21; L. 225/95, art. 21).

ARTÍCULO 86. *Cuando se fusionen órganos o se trasladen funciones de uno a otro, el Gobierno Nacional, mediante decreto, hará los ajustes correspondientes en el presupuesto para dejar en cabeza de los nuevos órganos o de los que asumieron las funciones, las apropiaciones correspondientes para cumplir con sus objetivos, sin que puedan aumentar las partidas globales por funcionamiento, inversión y servicio de la deuda aprobadas por el Congreso de la República (L. 179/94, art. 59).*

ARTÍCULO 87. *Créase el fondo de compensación interministerial, en cuantía anual hasta del uno por ciento (1%) de los ingresos corrientes de la Nación, cuya apropiación se incorporará en el presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con sujeción a los reglamentos que al respecto expida el Gobierno Nacional, con el propósito de atender faltantes de apropiación en gastos de funcionamiento de los órganos en la respectiva vigencia fiscal, y para los casos en que el Presidente de la República y el consejo de ministros califiquen de excepcional urgencia. El Ministro de Hacienda ordenará efectuar los traslados presupuestales con cargo a este fondo, únicamente con la expedición previa del certificado de disponibilidad presupuestal (L. 38/89, art. 70; L. 179/94, art. 55, inc.*

3º). (Declarado EXEQUIBLE condicionalmente, con excepción de la expresión subrayada mediante Sentencia de la Corte Constitucional [C-442](#) de 2001)

ARTÍCULO 88. Los créditos adicionales al presupuesto de gastos no podrán ser abiertos por el Congreso sino a solicitud del gobierno, por conducto del Ministro de Hacienda y Crédito Público (L. 38/89, art. 71; L. 179/94, art. 55, inc. 2º).

Es preciso destacar que esta normativa que regula el tema presupuestal es aplicable a las entidades territoriales en virtud de lo dispuesto en el artículo 109 del Decreto que se comenta:

ARTÍCULO 109. Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la ley orgánica del presupuesto en lo que fuere pertinente.

Si el alcalde objeta por ilegal o inconstitucional el proyecto de presupuesto aprobado por el concejo, deberá enviarlo al tribunal administrativo dentro de los cinco días siguientes al recibo para su sanción. El tribunal administrativo deberá pronunciarse durante los veinte días hábiles siguientes.

Mientras el tribunal decide, registrará el proyecto de presupuesto presentado oportunamente por el alcalde, bajo su directa responsabilidad (L. 38/89, art. 94; L. 179/94, art. 52).

A su vez los artículos 352 y 353 constitucionales establecen:

ARTICULO 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

ARTICULO 353. Los principios y las disposiciones establecidos en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las

entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto.

Conforme a la normativa en cita, es claro para esta Sala de Decisión que las modificaciones que pueden hacerse al presupuesto son de tres tipos: reducción o aplazamiento de las apropiaciones presupuestales, adiciones al presupuesto o créditos adicionales y traslados presupuestales. El Consejo de Estado¹, al referirse a estas figuras ha señalado:

*a. **La reducción o el aplazamiento de las apropiaciones presupuestales**, total o parcialmente, porque los recaudos del año pueden ser inferiores a los compromisos; o no se aprobaron nuevos recursos; o los nuevos recursos aprobados resultan insuficientes; o no se perfeccionan los recursos de crédito autorizados; o por razones de coherencia macroeconómica. El Gobierno Nacional, por decreto y previo concepto del Consejo de Ministros, señala las apropiaciones que deben reducirse o aplazarse. La competencia se radica en el Gobierno Nacional pues la jurisprudencia ha interpretado que las reducciones o aplazamientos no modifican el presupuesto, en sentido estricto; pero sí deben tomarse en forma razonable y proporcionada y a través de un acto administrativo sujeto a control judicial.*

*b. **Las adiciones al presupuesto** o créditos adicionales, para aumentar el monto de las apropiaciones o complementar las insuficientes, o ampliar los servicios existentes, o establecer nuevos servicios autorizados por la ley. **La jurisprudencia distingue los créditos suplementales, que corresponden al aumento de una determinada apropiación, y los créditos extraordinarios, cuando se crea una partida. En ambos casos la competencia es del Congreso a iniciativa del Gobierno Nacional, porque se están variando las partidas que el mismo Congreso aprobó. El Gobierno Nacional asume esta competencia cuando las adiciones sean única y exclusivamente para atender gastos ocasionados por la declaratoria de estados de excepción.***

*c. **Los movimientos presupuestales consistentes en aumentar una partida (crédito) disminuyendo otra (contracrédito)**, sin alterar el monto total de los presupuestos de funcionamiento, inversión o servicio de la deuda, en cada sección presupuestal, o sea, que sólo afectan el anexo del decreto de liquidación del presupuesto, se denominan “traslados presupuestales internos”. Competen al jefe del órgano respectivo, mediante*

¹ Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Radicación No. 1.889; 11001-03-06-000-2008-0022-00

resolución que debe ser refrendada por la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para su validez, y concepto previo favorable del Departamento de Planeación Nacional si se trata del presupuesto de inversión.

Por su parte, en relación con el artículo 110 del mismo Decreto Ley 111 de 1996, con base en el cual se pregunta si el alcalde podría realizar traslados presupuestales sin autorización del concejo (pregunta 4), la Sala observa que dicho artículo no modifica ni crea excepciones respecto de las reglas antes mencionadas. En ese sentido, la capacidad para contratar que se regula en esa disposición legal, no se extiende a la posibilidad de modificar el presupuesto por fuera de lo previsto en las normas presupuestales aplicables en cada caso particular.

Valga aclarar que en el nivel territorial no existe posibilidad normativa alguna para asimilar los estados de excepción, a situaciones locales, de manera que tampoco el alcalde municipal podrá asumir competencia para modificar el presupuesto municipal...". (Negrillas de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, los ajustes presupuestales que servirán de base para realizar traslados, adiciones, reducciones e incorporaciones, necesariamente deben ser tramitados por el concejo municipal, de forma que no puede el alcalde directamente ejercer una atribución que de manera exclusiva y excluyente le corresponde al cabildo municipal.

Se excepciona de esta regla el supuesto contemplado en el artículo 29 literal g) de la Ley 1551 de 2012, *"Por la cual se dictan normas para la organización y el funcionamiento de los municipios"*, que modificó el artículo 91 de la Ley 136 de 1994, el cual consagra las funciones a cargo de los alcaldes:

"g) Incorporar dentro del presupuesto municipal, mediante decreto, los recursos que haya recibido el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional y adelantar su respectiva ejecución. Los recursos aquí previstos así como los correspondientes a seguridad ciudadana provenientes de los fondos territoriales de seguridad serán contratados y ejecutados en los términos previstos por el régimen presupuestal..."

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia en cita, la Sala concluye que: (i) la competencia para adicionar el presupuesto es exclusiva del Concejo Municipal, a iniciativa del alcalde y, en consecuencia, (ii) al alcalde le está

vedado adicionar el presupuesto directamente, (iii) y tampoco el Concejo está facultado para autorizar *pro tempore* al mencionado mandatario para tal fin.

5.- Examen del caso concreto

Según se observa en el texto del acuerdo cuya revisión es solicitada por la Secretaria Jurídica del Departamento de Caldas, el Concejo Municipal de Pensilvania, Caldas, autorizó de manera general al Alcalde Municipal para realizar ajustes, reducciones, adiciones, incorporaciones, modificaciones y traslados presupuestales durante la ejecución del Presupuesto de rentas, Gastos e Inversiones de la vigencia fiscal 2023.

Así mismo, el Concejo facultó al señor alcalde Municipal para efectuar los movimientos presupuestales relacionados con el pago de vigencias expiradas en el evento de requerirse el pago de compromisos asumidos en vigencias anteriores y que no se encuentren en la reserva presupuestal de apropiación, supuesto que se enmarca en la modificaciones, traslados, adiciones, reducciones e incorporaciones que necesariamente deben ser tramitados por el concejo municipal.

En criterio de este Tribunal dicha autorización general y sin ninguna especificidad dada por el concejo al alcalde para realizar traslados, reducciones, modificaciones, incrementar o disminuir partidas del presupuesto municipal contraviene el artículo 345 de la Constitución conforme al cual ello es facultad exclusiva y reservada del Concejo.

Ahora bien, respecto de las adiciones o incorporaciones, se tiene que estas constituyen un tipo de modificación al presupuesto de rentas, y operan cuando se requiere incorporar recursos inicialmente no contemplados en el presupuesto aprobado y que servirán de base para abrir créditos (gastos) adicionales o para aumentar los existentes, y como se señaló en líneas anteriores, esta facultad es del concejo municipal a iniciativa del alcalde.

Esto significa que, en principio, el ejecutivo no puede hacer directamente la adición de recursos al presupuesto, excepto en el evento contemplado en el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012 referente a la incorporación *“dentro del presupuesto municipal, mediante decreto, los recursos que haya recibido el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional y adelantar su respectiva ejecución (...)”*.

Por lo tanto, para la modificación del presupuesto por la incorporación de recursos recibidos por el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos

provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional, no se requiere autorización del Concejo para su incorporación, pues basta que se le informe dentro de los 10 días siguientes a la fecha de expedición del decreto por parte del alcalde, como también lo prevé la norma citada.

6.- Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra que prosperan los cargos formulados por el Departamento de Caldas, por cuanto:

- A nivel municipal, corresponde al concejo expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.
- Las adiciones o traslados del presupuesto que modifiquen los montos aprobados por el concejo municipal, deben ser efectuados por acuerdo municipal.
- Si el gobierno municipal considera necesario que se modifique el presupuesto decretado por el concejo, debe presentar a esa corporación el proyecto de acuerdo respectivo, toda vez que como lo ha señalado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, tales decisiones no pueden ser adoptadas por el Alcalde Municipal, ya que la Constitución Política no le atribuye esa facultad. Lo anterior, salvo que se trate de la incorporación de recursos recibidos como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional, pues en ese caso el alcalde los puede incorporar mediante decreto, de lo cual debe informar al Concejo dentro de los 10 días siguientes.

Por lo analizado, como los artículos 10 y 11 del Acuerdo n° 025 del 21 de noviembre de 2023, *“Por medio del cual se fija el presupuesto general de rentas y gastos del municipio de Pensilvania para la vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2023”*, quebrantaron el ordenamiento jurídico por cuanto el Concejo Municipal de Pensilvania, Caldas, se extralimitó en sus funciones, esta Sala encuentra procedente declarar su invalidez.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. DECLÁRASE la invalidez de los artículos décimo y décimo primero del Acuerdo Municipal n°025 del 21 de noviembre de 2023, *“Por medio del cual se fija el presupuesto general de rentas y gastos del municipio de Pensilvania para la vigencia fiscal comprendida entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2023”*, emanado del Concejo Municipal de Pensilvania, Caldas.

Segundo. COMUNÍQUESE esta determinación al señor Gobernador del Departamento de Caldas, al Alcalde del Municipio de Pensilvania, Caldas, al Presidente del Concejo Municipal de Pensilvania, Caldas, y al señor Agente del Ministerio Público.

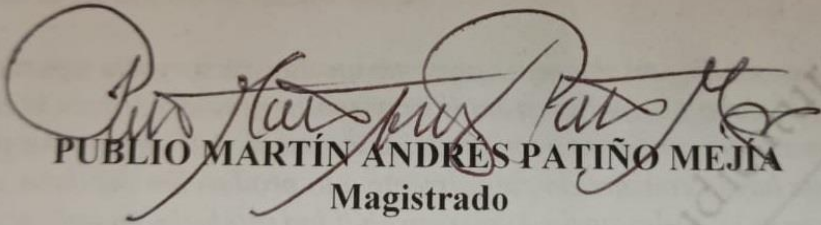
Tercero. Contra la presente decisión, no procede recurso alguno.

Cuarto. Por la Secretaría **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

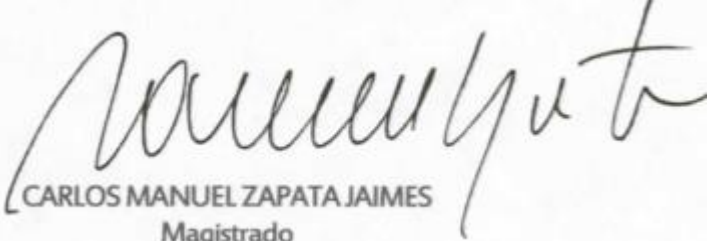
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 043

FECHA: 13/03/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17-001-23-33-000-2015-00149-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	ALONSO BUITRAGO MARÍN
DEMANDADO	MUNICIPIO DE NEIRA, CENTRAL DE SACRIFICIO DEL MUNICIPIO DE NEIRA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 47 del expediente digitalizado se procede a fijar fecha para continuación de audiencia inicial.

De conformidad con el artículo 180, inciso inicial y numeral 1, de la Ley 1437/11, **CONVOCASE A AUDIENCIA INICIAL** para el **VEINTINUEVE (29) DE MARZO DE LA PRESENTE ANUALIDAD A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA**, en el proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **Alonso Buitrago Marín** contra el **municipio de Neira y la Central de Sacrificio del municipio de Neira**.

La audiencia se realizará a través de la plataforma DIGITAL, para lo cual se enviará la respectiva invitación al correo electrónico de las partes, los apoderados, y al Ministerio Público, quienes deberán conectarse desde un equipo con micrófono y cámara de video.

SE EXHORTA, en atención a la posibilidad de conciliación consagrada en el artículo 180 del CPACA, para que realicen los trámites al interior de la entidad a efectos de convocar al Comité de Conciliación con la finalidad de establecer una posible fórmula de arreglo.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que en caso que requieran allegar sustituciones o renunciaciones de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos **a más tardar el día anterior a la celebración de la audiencia, únicamente al correo**

sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.

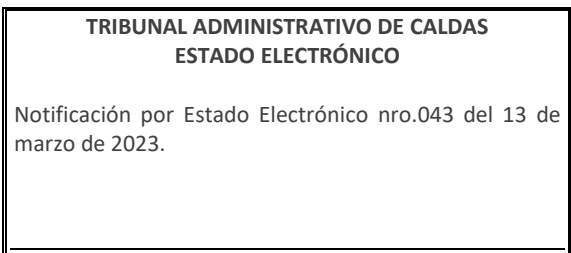
Se recomienda a las partes y a los demás intervinientes que antes de ingresar a la plataforma Digital verifiquen la conexión a internet, así como el correcto funcionamiento de la cámara y el micrófono del dispositivo a través del cual ingresarán a la audiencia. De igual forma se recomienda que la conexión se haga a través de un computador y 15 minutos antes de la hora fijada para llevar a cabo la audiencia.

Se les solicita a las partes que en caso de tener alguna dificultad lo comuniquen con antelación al Despacho a fin de tomar las decisiones que sean oportunas.

Link de acceso a la audiencia <https://call.lifesizecloud.com/17543318>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



Firmado Por:
Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 7359c0951cc1740f63e17fe65728f4125126fd923c236f7ba0b9dfab5fca26d5

Documento generado en 10/03/2023 09:05:21 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES**

Lina María Hoyos Botero
Conjuez Ponente

A.I. 184

Asunto:	Pruebas
Medio Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17-001-23-33-000-2017-00896-01
Demandante:	Angela Patricia Giraldo Márquez.
Demandados:	Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Manizales, diez (10) de marzo del año dos mil veintitrés (2023).

Mediante el Acuerdo PCSJA20-11567 del día 5 de Junio de 2020, se adoptaron las medidas para el levantamiento de los términos judiciales con ocasión de la pandemia de la pandemia del COVID – 19.

Conforme a lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 182A, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011-, y al tratarse el presente asunto de un asunto de puro derecho, se procede a fijar las pruebas, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso, y a su vez, se fija el objeto del litigio o de la controversia.

FIJACIÓN DEL LITIGIO

El artículo 180 numeral 7 dice que se establecerán los hechos sobre los cuales hay acuerdo, con el fin de fijar el litigio.

LOS HECHOS SOBRE LOS CUALES NO HAY CONTROVERSIA PARA ESTE DESPACHO POR ENCONTRAR DEBIDO SOPORTE PROBATORIO SON:

La Doctora **ANGELA PATRICIA GIRALDO MÁRQUEZ**, laboró al servicio de la Rama Judicial, en calidad de Juez desde el 14 de Mayo de 2013 hasta el día 7 de Junio de 2017.

Que fue agotada la reclamación administrativa ante la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**, solicitando el pago del 30% del salario básico, así como la reliquidación de todas las prestaciones sociales incluyendo el 30% de la denominada prima especial de servicios, petición que fuera negada por medio de las Resoluciones **DESAJMZR16-13 del 7 de Enero de 2016, por medio de la cual se resuelve un derecho de petición; DESAJMZR16-124** suscrita el día 1 de febrero de 2016, “por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede un recurso de apelación”., acto administrativo ficto o silencio negativo del recurso de apelación, el cual fue interpuesto y sustentado el día 20 de Enero de 2016 contra la Resolución No DESAJMZR16-13 suscrita el 7 de Enero de 2016.

HECHOS DE LA CONTROVERSIA:

- Que la Doctora Angela Patricia Giraldo Marquez, laboró al servicio de la Rama Judicial como Juez de la República, desde el día 14 de Mayo de 2013 hasta el día 7 de junio de 2017.
- Por disposición de la Carta Política de 1991, artículo 150 numeral 19, se estableció entre otras, como función del Congreso, dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.
- El Consejo de Estado ha determinado que la interpretación de las normas sobre salarios y prestaciones sociales de los destinatarios de la prima especial correspondiente al 30%, tuvo una interpretación equivocada por parte del Gobierno Nacional, por cuanto en lugar de sumarle al salario el 30% correspondiente a la prima especial para el cálculo de las prestaciones sociales, indemnizaciones y demás, le restó este porcentaje al salario básico, modificando de manera integral la remuneración en menoscabo de los derechos de los trabajadores.
- Desde 1993 la entidad demandada liquidó la prima de vacaciones, la prima de servicios, la prima de navidad, el auxilio de cesantías, la

bonificación por servicios, y demás emolumentos prestacionales, tomando como base salarial no el 100% de la remuneración mensual básica, sino el 70% de ésta al deducirle el equivalente del 30% que consideraba como prima especial no salarial.

- Desde 1993 la entidad demandada liquidó la prima de vacaciones, la prima de servicios, la prima de navidad, el auxilio de cesantías, la bonificación por servicios y demás emolumentos prestacionales, tomando como base salarial no el 100% de la remuneración mensual básica, sino el 70% de ésta al deducirle el equivalente del 30% que consideraba como prima especial no salarial.
- En cada una de las liquidaciones efectuadas de las prestaciones sociales de su mandante, en calidad de Juez de la República de Colombia, no se ha tenido en cuenta la denominada “prima especial de servicios”, para el cálculo de las acreencias laborales en un cien por ciento, la cual mensualmente se recibe, circunstancia que ha afectado considerablemente su patrimonio toda vez que daría un mayor valor a las prestaciones percibidas por su prohijsada si se incluyera en su totalidad este componente salarial en la liquidación.

PRETENSIONES (EXTREMOS):

- **Se declare** de la nulidad de la **RESOLUCIÓN No DESAJMZR16-13 del 7 de Enero de 2016**, expedida por la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Manizales, por medio de la cual se resuelve un derecho de petición”; de la Resolución **DESAJMZR16-124** suscrito el día 1 de febrero de 2016, por medio del cual se resuelve un recurso de reposición y se concede un recurso de apelación” y del acto administrativo ficto o silencio negativo del recurso de apelación, el cual fue interpuesto y sustentado el día 20 de Enero de 2016, contra la Resolución No DESAJMZR16-13, suscrita el día 7 de enero de 2016.
- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a:
- Reintegrar y pagar a la Doctora Angela Patricia Giraldo Márquez, el mayor valor de la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado a título de salario, bonificación por servicio, prima de servicios, prima de navidad,

auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, y demás emolumentos prestacionales desde el momento en que su mandante es Juez de la República, hasta que permanezca vinculada a la Rama Judicial en dicho cargo, por tal motivo, deberá reliquidar teniendo en cuenta como base la totalidad de la remuneración básica mensual de cada año y los demás factores salariales, esto es, sin deducir o descontar de esta remuneración el 30% o más, por la denominada prima especial de servicios.

- Seguir liquidando a su mandante la bonificación por servicios, la prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales, teniendo como base el 100% de la remuneración básica mensual de cada año y los demás factores salariales, sin deducir o descontar de esta remuneración el 30% o más por la denominada prima especial de servicios.
- Pagar la indexación monetaria de la mayor diferencia de los anteriores valores prestacionales y salariales reliquidados y dejados de percibir, de forma continua según el índice de precios al consumidor, desde el momento de su ingreso como Juez de la República hasta su pago total.
- Incluir en nómina y seguir pagando la asignación básica mensual más la prima especial de servicios equivalente al 30% o más, dejado de percibir por su mandante, el cual tendrá efectos directos y consustanciales en las vacaciones, prestaciones sociales, la bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales, seguridad social integral, salud, pensión y riesgos laborales, y demás acreencias laborales.
- Ajustar dichas sumas de conformidad con las normas adjetivas y sustanciales del CPACA, y demás preceptos jurídicos que tratan la materia.

**EN CONSECUENCIA
EL LITIGIO SE CIRCUNSCRIBE A DETERMINAR:**

1. ¿La Doctora Angela Patricia Giraldo Márquez, tiene derecho a la remuneración básica mensual percibida desde el 14 de Mayo de 2013 hasta el 7 de junio de 2017, en razón del 100% de la asignación básica mensual establecida en el respectivo decreto salarial?

2. Fue liquidado en debida forma el salario devengado por la Doctora Angela Patricia Giraldo Márquez, en calidad de Juez de la República, o bien se descontó del mismo la prima especial de servicios, equivalente al 30% del salario, generando una disminución en los salarios devengados?

3. ¿Es procedente la reliquidación y pago de las prestaciones sociales devengadas por la demandante con base en el 100 % de la remuneración básica mensual designada para cada año, es decir, adicionando en el 30% que le hizo falta cuando se le liquidó?

4. ¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento de la prima especial de servicios como factor salarial y en consecuencia, a la reliquidación y pago de sus prestaciones sociales?

5. ¿Se debe declarar la existencia del fenómeno de la prescripción trienal laboral, acorde con los postulados legales que a esta figura regulan?

En los anteriores términos **SE ENTIENDE FIJADO EL LITIGIO**, para la presente controversia.

DECRETO DE PRUEBAS

En estos términos y dando aplicación al artículo 180-10, y de conformidad con la fijación en litigio, este Despacho ordena incorporar como pruebas, las siguientes:

PRUEBAS PARTE DEMANDANTE

Hasta donde la Ley lo permita, téngase como prueba el material documental allegado con el escrito de la demanda y con la contestación a las excepciones, siempre que tenga relación directa con los puntos controversiales fijados en el litigio.

PRUEBAS SOLICITADAS:

Se NIEGA la prueba formulada por el señor apoderado de la parte accionante mediante la cual solicita certificado de la asignación mensual devengada, así como los factores salariales devengados por la accionante, así como sus actos de nombramiento y posesión como Juez de la República, por cuantos éstos fueron allegados por el señor apoderado de la parte accionada en la respectiva contestación de la demanda.

PRUEBAS PARTE DEMANDADA

Hasta donde la Ley lo permita, téngase como prueba el material documental allegado con el escrito de la contestación de la demanda y la contestación a las excepciones, siempre que tenga relación directa con los puntos controversiales fijados en el litigio.

La parte demandada no realizó petición especial de pruebas.

Al abogado **CARLOS FERNANDO GONZÁLEZ GUARÍN**, identificado con la cédula de ciudadanía 1.053.840.094 de Manizales y T.P. 307.741 del CSJ, se le **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en nombre y representación de la parte demandada, de conformidad con el poder a él conferido.

Finalmente, y al vislumbrarse que no existen pruebas por decretar, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 181 y 182A de la Ley 1437 de 2011, se corre **TRASLADO COMÚN** a las partes y al Ministerio Público, por el término de **DIEZ (10) DÍAS**, para que presenten sus alegatos de conclusión.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, reading "Lina María Hoyos B." with a stylized flourish at the end.

LINA MARÍA HOYOS BOTERO

Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación el Estado Electrónico nº. 043 del 13 de Marzo de 2023.

A handwritten signature in black ink, reading 'Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas'.

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

A.I. 57

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001-33-39-007-2017-00095-02
Clase:	Nulidad Y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Gloria Stella Sánchez Manrique
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Asunto

Previo a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, el Despacho se pronunciará sobre la solicitud de pruebas efectuada por aquella.

I. Antecedentes

Encontrándose el proceso para el trámite del recurso de apelación promovido contra la sentencia de primera instancia, la parte demandante radicó memorial con solicitud de pruebas en segunda instancia con fundamento en el artículo 212 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En el referido recurso, se aportaron las siguientes pruebas para que fueran decretadas en sede de segunda instancia:

*“- Historia clínica de la señora Gloria Stella Sánchez.
- Certificado de estudios superiores de la joven MARIA ANTONIA SANCHEZ MANRIQUE.”*

II. Consideraciones

El artículo 212 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que cuando se trate de apelación de la sentencia, el decreto de pruebas en segunda instancia es procedente en los siguientes eventos:

“(…) En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia,

en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

- 1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.*
- 2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.*
- 3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos. /Líneas fuera del texto/*
- 4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.*
- 5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta. (...)"*

Conforme con la norma transcrita, el decreto de pruebas en segunda instancia es excepcional, pues sólo procede en los casos allí señalados.

En el sub examine, la parte actora invoca la causal tercera del precepto normativo en cita; sin embargo, si bien es cierto que los hechos que se pretenden probar a partir de los documentos mencionados (estado de salud de la señora Gloria Stella Sánchez e incapacidad para trabajar de la joven María Antonia Sánchez Manrique en razón de los estudios que adelanta) surgieron con posterioridad a la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, también lo es que, es la demostración de la calidad de cónyuge o compañera permanente del causante y la convivencia efectiva durante el tiempo exigido en la ley lo que determina en últimas el derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes y no las condiciones de salud de quien alega tal calidad. Por otro lado, aunque la incapacidad para trabajar sí tiene incidencia en el reconocimiento de tal derecho pensional, no se observa que la joven María Antonia Sánchez Manrique actúe en el proceso en calidad de demandante o vinculada.

Así las cosas, aunque en principio puede sostenerse que la prueba es procedente al amparo de la causal tercera del artículo 212 del CPACA, la misma será denegada por impertinente e inútil de cara al objeto mismo del proceso, cual es el de acreditar la calidad de cónyuge supérstite para acceder al derecho a una pensión de sobrevivientes.

En mérito de lo expuesto, este Despacho negará las pruebas solicitadas en segunda instancia por la parte demandante.

III. Resuelve

- 1. Se niega** la solicitud de prueba efectuada por la parte demandante en segunda instancia.
- 2. Ejecutoriado** el presente auto, continúese con el trámite del proceso.

Notifíquese y Cúmplase

Firmado Por:
Fernando Alberto Alvarez Beltran
Magistrado
Despacho 02
Tribunal Administrativo De Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **057f728c2e8a609c153a14e9a8ce243959c3784709309bc01c8cec5109d4d5e9**

Documento generado en 10/03/2023 02:12:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO NO.	17001-33-33-004-2017-00373-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARÍA DOLLY SERNA
ACCIONADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, en virtud de recurso de apelación interpuesto por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 08/11/2021, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Se suplica por la parte nulidiscente que se hagan los siguientes pronunciamientos:

- Declarar la nulidad del acto ficto originado por la no respuesta a la petición del 14 de marzo de 2017, que solicitaba el reconocimiento y pago de la pensión gracia a la demandante, María Dolly Serna Salazar.
- Ordenar a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribución Parafiscales de la Protección Social -U.G.P.P., que a título de restablecimiento del derecho, reconozca la pensión gracia a la que tiene derecho la demandante, María Dolly Serna Salazar, por cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 114 de 1913.
- Ordenar a la UGPP que indexe las sumas debidas.
- Ordenar a la UGPP que cancele los intereses moratorios.
- Condenar a la demandada al pago de costas.

HECHOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

El 14 de marzo de 2017, la señora María Dolly Serna de Salazar, solicitó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -U.G.P.P-, el reconocimiento de la pensión gracia a la que tiene derecho, por reunir los requisitos de ley, es decir, tener más de 50 años de edad, más de 20 años de servicio en el magisterio y haber sido nombrada con anterioridad al 31 de diciembre de 1980 por el Departamento de Caldas como profesora vocacional, sin obtener respuesta al momento de interponer la presente demanda.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señala como normas transgredidas: Artículo 4 de la Ley 4 de 1966; Artículo 4º y ss de la Ley 114 de 1913; Ley 37 de 1933; Ley 91 de 1989; Artículo 10 de la Ley 43 de 1975; Artículos 1, 2, 13, 25, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; Ley 100 de 1993; Ley 797 de 2003.

Afirmó que de la información laboral se puede determinar con claridad sobre las funciones de profesora vocacional en una entidad territorial; que de conformidad con las normas citadas, la demandada desconoce flagrantemente su contenido al negar a la accionante el reconocimiento y pago de la pensión gracia a la cual tiene derecho por reunir los requisitos exigidos en la norma, convirtiéndose en una dilación injustificada, ya que la ley 114 de 1913 creó la pensión gracia para los maestros de las escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de 20 años, y los requisitos es que no haya recibido ni reciba actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional; por lo tanto, no obsta que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación o por un Departamento.

Trae antecedente jurisprudencial del Consejo de Estado, por medio del cual se revocó fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, donde se planteó un caso igual.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP: manifestó que, de acuerdo a la documentación contenida en el expediente administrativo, la accionante prestó sus servicios como promotora e instructora no como docente, por lo que dichos tiempos no se le pueden contabilizar para el reconocimiento de la pensión gracia. Por otro lado, se opone la entidad demandada a todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda, ya que, según la entidad, al negar el reconocimiento de la pensión gracia al accionante, se obró de acuerdo a la ley.

La demandada propone como excepciones *"inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido"* argumentando que, el demandante no cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión gracia ya que, no se encuentra registro alguno que los tiempos de servicios prestados hubieren sido prestados como docente.

Propone la excepción de *"buena fe"* expresando que, se evidencia un buen actuar por parte de la entidad al expedir las resoluciones respectivas frente a las solicitudes que la demandante hizo sobre la solicitud de reconocimiento de pensión gracia.

Propone también la demandada como excepción *"la genérica"*.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 08 de noviembre de 2021 el Juzgado Cuarto Administrativo profirió sentencia dentro del proceso de la referencia, accediendo a las pretensiones de la parte actora.

En la parte resolutive del fallo se ordenó:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y COBRO DE LO NO DEBIDO y probada parcialmente la de PRESCRIPCIÓN propuestas por la UGPP.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto ficto negativo originado con la petición presentada el 14 de marzo de 2017 por medio del cual la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL** negó el reconocimiento y pago de la Pensión Gracia a la señora **MARÍA DOLLY SERNA DE SALAZAR o MARÍA DOLLY SERNA AGUDELO**.

TERCERO: ORDENAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL**, que a título de restablecimiento del derecho, reconozca y pague a la señora **MARÍA DOLLY SERNA DE SALAZAR o MARÍA DOLLY SERNA AGUDELO**, la Pensión Gracia a la que tiene derecho, a partir del **1 de agosto de 1993**, con efectos fiscales a partir del **14 de marzo de 2014**, por haber operado el fenómeno de la prescripción; en cuantía del 75% del promedio de todos los factores devengados en el último año en que adquirió el status.

CUARTO: ORDENAR a la **UGGPP** que actualice las sumas que resulten de la condena anterior, en la forma que se indica en la parte motiva de esta providencia y devengarán intereses en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en la normatividad precitada.

QUINTO: A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SEXTO: CONDENAR en costas a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL**, y a favor de la demandante, las cuales serán liquidadas por Secretaría conforme al C.G.P.

SEPTIMO: EXPEDIR copias de la sentencia una vez en firme (Art. 114 del C.G del Proceso).

OCTAVO: LIQUIDAR los gastos del proceso; **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI, una vez en firme esta decisión.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la UGPP luego de transcribir apartes jurisprudenciales referente al reconocimiento de la pensión gracia, y de las normas que regulan dicha prestación, arguye que la señora Dolly Serna prestó sus servicios como promotora vocacional, por lo que el tiempo de servicio no puede computarse para el reconocimiento de la pensión gracia, toda vez que, no corresponden al cargo de docente.

En consideración de lo anterior solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones incoadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 04 las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

No observando esta Sala irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí rituado procederá en consecuencia a tomar una decisión de fondo en el presente litigio.

PROBLEMA JURÍDICO

El asunto se contrae a dilucidar el siguiente interrogante:

¿Demostró la señora María Dolly Serna cumplir con los requisitos legales y jurisprudenciales para que se le reconozca y pague la pensión gracia de jubilación?

LO PROBADO:

- Conforme a la fotocopia de la cedula la señora María Dolly Serna de Salazar nació el 26 de enero de 1936, por lo que cumplió los 50 años el 26 de enero de 1986.
- Conforme a la certificación expedida por la Profesional Especializada del grupo de Gestión de la Secretaria de Educación del Departamento, la accionante fue vinculada en la Secretaría de Educación Departamental como Profesora Catedrática, el 1 de marzo de 1973; La aludida docente fue trasladada de Profesora Catedrática a Profesora de Nivel B en Enseñanza Vocacional mediante Decreto No. 355 del 30 de abril de 1975.
- Conforme a los certificados de Información Laboral formato 1 del 18/10/2016 y el Certificado nro. 0661, expedidos por el Departamento de Caldas, la accionante laboró en el sector público Departamental o Distrital en el cargo de Profesora Catedrática desde el 1/03/1973 hasta el 28/05/1975 y el de Profesora Nivel B de Enseñanza Vocacional del 26/05/1975 al 31/12/1993.

I. MARCO JURÍDICO DE LA PENSIÓN GRACIA

La pensión gracia tuvo su origen en la expedición de la Ley 114 de 1913, que dispuso reconocer a los maestros de Escuelas Primarias Oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no inferior a veinte años, el derecho a una pensión de jubilación vitalicia (pensión gracia), previo cumplimiento de los requisitos de edad, tiempo de servicios y calidades personales previstos en el artículo 4º de la citada ley.

Posteriormente, la Ley 116 de 1928 extendió el aludido beneficio a los empleados y profesores de las Escuelas Normales y a los Inspectores de Instrucción Pública, en tanto que su artículo 6º autorizó a los docentes completar el tiempo requerido para acceder a la pensión, sumando a los servicios prestados en diversas épocas en la enseñanza primaria como en la normalista, asimilando para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

La Ley 37 de 1933, con el artículo 3º, hizo extensivo ese beneficio de los maestros de escuela, a aquellos que hubieran completado el tiempo de servicios señalado por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.

Por su parte, la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, reiteró la vigencia del derecho a la pensión gracia sólo para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, y siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales. En efecto, estableció *ad pedem litterae* el citado aparte normativo:

“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 de 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”.

Es preciso indicar aquí, que la declaratoria de exequibilidad que sobre la vinculación hasta el 31 de diciembre de 1980 dispuso el precepto, en sentencia C-489 de 2000, la H. Corte Constitucional refirió que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes del 29 de diciembre de 1989 (fecha de vigencia de esa regulación), quedaban a salvo de la nueva normativa al constituir los derechos adquiridos que el Legislador no podía desconocer.

En cuanto al alcance del aludido precepto, el H. Consejo de Estado¹ de manera uniforme ha expuesto que:

“...La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por habérseles 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

¹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 29 de agosto de 1997. Exp. S-699. C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Criterio reiterado por el Alto Tribunal, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de agosto de 2009, Rad. 25000-23-25-000-2006-03436-01(0019-09), Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

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”.

5. La norma pretranscrita, sin duda, regula una situación transitoria, pues su propósito, como se ve, no es otro que el de colmar las expectativas de los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 e involucrados, por su labor, en el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales...”.

También es importante señalar respecto al proceso de nacionalización de la educación, que con la entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975, la primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los departamentos, municipios y distritos, pasó a ser un servicio público a cargo de la Nación, desarrollándose paulatinamente entre el 1° de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980; este proceso de nacionalización de la educación oficial implicó que las remuneraciones salariales y prestacionales de la planta docente territorial fueran asumidas directamente por la Nación.

Posteriormente con la expedición de la Ley 60 de 1993, la cual determinó la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, entre otras regulaciones, estableció que el sector educativo estaría a cargo de las entidades territoriales para que asumiera la prestación del servicio público de educación.

De acuerdo a los postulados de la Ley 114 de 1913 para acceder a la pensión gracia se deben cumplir una serie de requisitos, los cuales se centran en que el docente tenga 50 años de edad; que esté vinculado antes del 31 de diciembre de 1980; que sea una vinculación municipal, departamental, distrital o nacionalizada; que acredite 20 años continuos o discontinuos de servicio docente; y que el empleo se haya desempeñado con honradez, consagración y buena conducta.

II. CASO CONCRETO

Según las pruebas relacionadas, la demandante nació el 26 de enero de 1936, por lo que el día 26 de enero de 1986 cumplió sus 50 años, encontrando que la petición de solicitud de pensión gracia se radicó el 21 de julio de 2017, es decir, cuando ya había alcanzado la edad requerida en la ley para obtener la prestación periódica.

En cuanto a que la vinculación se haya realizado antes del 31 de diciembre de 1980, efectivamente se encuentra que la señora Dolly Serna ingresó a laborar en propiedad en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas como Profesora Catedrática desde el 1/03/1973 hasta el 28/05/1975 y el de Profesora Nivel B de Enseñanza Vocacional del 26/05/1975 al 31/12/1993, siendo que dichos nombramientos fueron realizados por parte de la Gobernación de Caldas.

Lo anterior significa, al tenor del artículo 1º de la Ley 91 de 1989, que los nombramientos realizados tuvieron el carácter de territoriales, ya que la disposición en cita consagró lo siguiente:

“Artículo 1. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:

Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.

Parágrafo. Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad (Subrayado Sala de Decisión).

Ahora, en este punto se debe verificar si el tiempo de servicio que tiene la accionante, efectivamente puede servir para el reconocimiento de la pensión gracia.

Retomando el tema de los nombramientos de la demandante, se tiene que la misma fue designada como profesora catedrática y luego como profesora de Enseñanza Vocacional nivel “B”.

De acuerdo a lo anterior, las funciones desarrolladas lo fueron en educación para adultos, en este caso, en la Sección de Educación no formal e informal, y sobre dicho tema la Ley 115 de 1994 determinó lo siguiente:

“ARTÍCULO 36. DEFINICIÓN DE EDUCACIÓN NO FORMAL. La educación no formal es la que se ofrece con el objeto de complementar, actualizar, suplir conocimientos y formar, en aspectos académicos o laborales sin sujeción al sistema de niveles y grados establecidos en el Artículo 11 de esta Ley.

[...]

ARTÍCULO 43. DEFINICIÓN DE EDUCACIÓN INFORMAL. Se considera educación informal todo conocimiento libre y espontáneamente adquirido, proveniente de personas, entidades, medios masivos de comunicación, medios impresos, tradiciones, costumbres, comportamientos sociales y otros no estructurados.

[...]

ARTÍCULO 50. DEFINICIÓN DE EDUCACIÓN PARA ADULTOS. La educación de adultos es aquella que se ofrece a las personas en edad relativamente mayor a la aceptada regularmente en la educación por niveles y grados del servicio público educativo, que deseen suplir y completar su formación, o validar sus estudios.

El Estado facilitará las condiciones y promoverá especialmente la educación a distancia y semipresencial para los adultos.

ARTÍCULO 51. OBJETIVOS ESPECÍFICOS. Son objetivos específicos de la educación de adultos:

- a) Adquirir y actualizar su formación básica y facilitar el acceso a los distintos niveles educativos;
- b) Erradicar el analfabetismo;
- c) Actualizar los conocimientos, según el nivel de educación, y
- d) Desarrollar la capacidad de participación en la vida económica, política, social, cultural y comunitaria.

ARTÍCULO 52. VALIDACIÓN. El Estado ofrecerá a los adultos la posibilidad de validar la educación básica o media y facilitará su ingreso a la educación superior, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley.

Las instituciones educativas autorizadas podrán reconocer y validar los conocimientos, experiencias y prácticas de los adultos, sin la exigencia de haber cursado determinado grado de escolaridad formal, o los programas de educación no formal del arte u oficio de que se trate, cumpliendo los requisitos que

para tal fin establezca el Gobierno Nacional, y con sujeción a la Ley 30 de 1992, o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan”.

Debe destacarse que, de conformidad con el artículo 2 de la misma ley en comento, la educación no formal, y también la informal, hacen parte del servicio educativo, y por dicha razón los educadores que presten allí sus servicios, están cobijados por el estatuto docente, lo que hace que sus tiempos de servicios puedan computarse para la pensión gracia.

Sobre este tema, el Máximo Tribunal Administrativo en sentencia de la Sección Segunda – Subsección “B” del 7 de marzo de 2013, radicación 05001-23-31-000-2008-00794-01(1255-12), Magistrado Ponente: Gerardo Arenas Monsalve explicó:

“Sobre el ejercicio de la profesión docente se refirió el artículo 2 del Decreto 2277 de 1979 en los siguientes términos:

“ARTICULO 2o. PROFESION DOCENTE. Las personas que ejercen la profesión docente se denominan genéricamente educadores.

Se entiende por profesión docente el ejercicio de la enseñanza en planteles oficiales y no oficiales de educación en los distintos niveles de que trata este Decreto. Igualmente incluye esta definición a los docentes que ejercen funciones de dirección y coordinación de los planteles educativos, de supervisión e inspección escolar, de programación y capacitación educativa, de consejería y orientación de educandos, de educación especial, de alfabetización de adultos y demás actividades de educación formal autorizadas por el Ministerio de Educación nacional, en los términos que determine el reglamento ejecutivo”

A su vez el Decreto 3011 de 1997, por el cual se establecen normas para el ofrecimiento de la educación de adultos, señala:

“Artículo 1º. La educación de adultos, ya sea formal, no formal o informal hace parte del servicio público educativo, y se regirá por lo dispuesto en la Ley 115 de 1994, sus decretos reglamentarios, en especial los Decretos 1860 de 1994, 114 de 1996 y las normas que los modifiquen o sustituyan y lo previsto de manera especial, en el presente decreto.

Se regirá igualmente por las disposiciones que para el efecto dicten las entidades territoriales según sus competencias.

.....

Artículo 5º. La educación de adultos ofrecerá programas de:

- 1. Alfabetización.*
- 2. Educación básica.*

3. Educación media.
4. Educación no formal.
5. Educación informal.

Artículo 6º.....

El proceso de alfabetización hace parte del ciclo de educación básica primaria y su propósito fundamental es el de vincular a las personas adultas al servicio público educativo y asegurar el ejercicio del derecho fundamental a la educación y la consecución de los fines de la educación consagrados en el artículo 5º de la Ley 115 de 1994"

De lo anterior se deduce que la educación para adultos, ya sea formal, no formal o informal hace parte del servicio público educativo, por lo que los educadores oficiales que prestan allí sus servicios en sus diferentes niveles o modalidades (alfabetización, educación básica, educación media. etc, incluyendo los cargos relativos a funciones distintas a la estrictamente educativa, según voces del inciso segundo del artículo 2º del comentado Decreto 2277 de 1979) están cobijados enteramente por el Estatuto Docente².

Descendiendo al caso en examen, y de acuerdo con la certificación expedida por el Jefe de Personal del Instituto Tecnológico Metropolitano, en dicho ente educativo se imparte educación formal, lo que desvirtúa el argumento expuesto en la resolución que negó el reconocimiento pensional del actor, al sustentar su decisión en que el docente laboró en una institución educativa de educación no formal.

De otra parte debe señalarse que así el Instituto fuera de educación no formal, los tiempos servidos por los docentes allí debe contabilizarse para efectos del reconocimiento de la pensión graciosa en los términos del Decreto 3011 de 1997, el cual ya fue transcrito".

Lo expuesto permite determinar, que puede tenerse en cuenta el tiempo laborado por la señora María Dolly Serna como Profesora Catedrática de Escuela Vocacional y como Profesora de Enseñanza Vocacional nivel "B", para verificar si cumple los 20 años necesarios para reconocer el derecho.

De acuerdo a ello, encontrando que laboró en el sector público Departamental o Distrital en el cargo de Profesora Catedrática desde el 1/03/1973 hasta el 28/05/1975 y el de Profesora Nivel B de Enseñanza Vocacional del 26/05/1975 al 31/12/1993, es claro que

² Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, C.P. Dr. Jaime Moreno García, Radicación número: 76001-23-31-000-2001-03755-01(8533-05).Actor: Eduardo Gutiérrez Nuñez. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social

acreditó el tiempo de servicio para efectos de la pensión gracia, pues tenía más de 20 años de servicios.

Por último, se encuentra además que probó que prestó su labor con idoneidad, toda vez que, en la actuación administrativa aportada por la entidad demandada, obra declaración juramentada de la accionante en la que así lo manifestó, circunstancia que no fue desvirtuada dentro del trámite procesal.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada, pues es claro que el acto ficto negativo originado con la petición presentada el 14 de marzo de 2017, ya que la accionante acreditó los supuestos de ley para tener derecho a la pensión gracia, a partir del 01 de marzo de 1993.

Finalmente, frente a la prescripción, debe confirmarse también la decisión de primera instancia, pues de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 Decreto 1848 de 1969, al haberse consolidado el derecho el 01 de marzo de 1993, y radicar la reclamación solicitando el reconocimiento de la pensión gracia el día 14 de marzo de 2017, se configura dicho fenómeno, por lo que la pensión debe ser reconocida con efectos fiscales a partir del 14 de marzo de 2014.

Costas

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió actuación alguna por las partes en la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

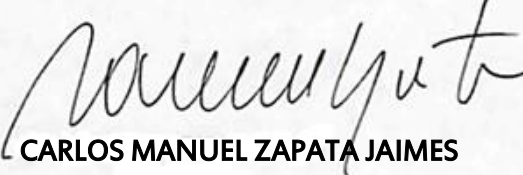
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 08 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora **MARÍA DOLLY SERNA DE SALAZAR** (apellidos de casada) O **SERNA AGUDELO** (apellidos de soltera) contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, conforme a la parte considerativa.

SEGUNDO: SIN COSTAS

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 09 de marzo de 2023, conforme acta nro. 012 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico nro. 043 del 13 de marzo de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado.	17-001-33-33-008-2018-00587-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	María Rocío Gómez de Sánchez
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento de Caldas
Providencia:	Sentencia No. 37

Asunto

Decide la Sala Segunda el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 27 de noviembre de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

“Que se declare la NULIDAD TOTAL de la Resolución 7112-6 DEL 15 DE AGOSTO DE 2018 emitida por la Secretaría de Educación Departamental de Caldas en representación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

...

1.1 Que mediante acto administrativo se corrija de manera parcial la RESOLUCION 0728-6 DEL 10 DE JUNIO DEL 1999, mediante la cual se reconoce pensión ordinaria de jubilación y como consecuencia de ello se ordene la devolución de los dineros correspondientes a los aportes de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, correspondiente al 12% del valor de la pensión de derecho y se ordene el cese definitivo de dichos pagos.

1.2 Que en caso de que en la RESOLUCION 0728-6 DEL 10 DE JUNIO DEL 1999 que reconoce una pensión ordinaria de jubilación esté aplicando la ley 1122 de 2007 y no la ley 1250 del 2008 mediante acto administrativo se corrija parcialmente y se ordene el cese del descuento de los dineros correspondientes

al 0.5% del valor de la mesada pensional, correspondientes a los aportes en salud efectuados anualmente, dicha devolución se deberá hacer desde la entrada en vigencia de ley 1250 de 2008 hasta la fecha actual.

1.3 Solicito la indexación de todos los valores solicitados.

2. Declarar la NULIDAD PARCIAL de la parte resolutive de la resolución RESOLUCION 0728-6 DEL 10 DE JUNIO DEL 1999 que reconoce pensión Ordinaria de Jubilación al señor(a) MARÍA ROCÍO GÓMEZ DE SÁNCHEZ emitidas por la secretaria de educación departamental de caldas en representación del FOMAG, donde se haga la aclaración en el numeral que ordena descuentos obligatorios por aportes de salud equivalentes al 12% y/o 12.5% no opera sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada 13 y 14- primas).

CONDENATORIAS

3. CONDENAR a la NACIÓN MINISTERIO EDUCACIÓN -FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MATEMO - SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE CALDAS (demandados) responsables de los perjuicios causados al señor(a) MARÍA ROCÍO GÓMEZ DE SÁNCHEZ (demandante), con ocasión de los descuentos por aportes de salud realizados sobre las mesadas adicionales sobre la pensión de derecho y la devolución de cualquier otro porcentaje de cotización a salud que haya cobrado fuera de lo legal.

4. CONDENAR a los DEMANDADOS a que el pago de los valores resultantes de las condenas Impuestas se ajuste a lo preceptuado en los artículos 187, 192 y 195 del CPACA, para lo cual deberán indexarse los valores conforme a la fórmula de reajuste con el IPC establecida según el artículo 192 del CPACA. 5. CONDENAR los demandados a pagar conforme el artículo 88 de la ley 1564 del 2012 (CGP pagar las prestaciones periódicas que se llegue a causar entre la presentación de la demanda y el cumplimiento de la sentencia definitiva.

6. CONDENAR a los demandados a pagar gastos procesales, agencias de derecho y costas procesales.

7. CONDENAR a los demandados a título de restablecimiento del derecho al pago de los perjuicios causados al demandante [...]"

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas actuando en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció una pensión ordinaria de vejez a la parte demandante.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Fiduciaria encargada de su administración, viene realizando descuentos correspondientes al 12% como aportes al servicio de salud sobre las mesadas pensionales percibidas por la demandante, incluyendo las mesadas de junio y diciembre.

La mesada pensional que percibe la accionante viene siendo reajustada con base en el porcentaje certificado por el DANE para el índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior.

La parte actora presentó reclamación ante las entidades demandadas, con el fin de que se aplique como aporte al sistema de salud, el valor equivalente al 5% sobre la mesada pensional percibida; exigiendo en consecuencia la devolución de los valores pagados en exceso.

La anterior solicitud fue despachada de forma desfavorable a través de Resolución No. 7112-6 del 15 de agosto de 2018.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Ley 91 de 1989 artículo 15; Decreto 3135 de 1968 artículo 37; Decreto 1848 de 1969 artículo 90; Decreto 1045 de 1978; Ley 100 de 1993, artículo 279; Ley 812 de 2003, artículo 81 inciso 4; Decreto 3752 de 2003; Ley 42 de 1982, Ley 797 de 2003, Decreto 1073 de 2002, ley 1250 de 2007.

Arguye que los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran dentro de los regímenes exceptuados de la Ley 100 de 1993, por lo que las normas del Sistema Integral de Seguridad Social no les resultan aplicables. Añade además que, los regímenes exceptuados no son objeto de regulaciones establecidas en materia de incremento pensional y aportes en salud dentro del régimen general de pensiones.

Expone seguidamente que las normas aplicables a los afiliados y pensionados por el mencionado fondo dependen de la fecha vinculación al servicio docente y en razón a ello, la demandante no se encuentra sujeta a las disposiciones normativas contenidas en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

Respecto a la norma especial aplicable en materia de aportes en salud a los pensionados por el FOMAG, señala que dicho Fondo tomó como excusa artículo 81 de la Ley 812 de 2003, para incrementar el aporte que en salud deben realizar los pensionados, sin atender las precisiones respecto al régimen aplicable de acuerdo a su vinculación al servicio, lo cual se ha traducido en un perjuicio digno en ser superado por los mecanismos judiciales. Como norma especial aplicable en materia de aportes de los pensionados, se tiene el numeral 5º del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, el cual establece

un porcentaje del 5% de todas las mesadas pensionales.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación – FNPSM.

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante y planteó las siguientes excepciones: “*Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad*”, “*Inexistencia de la obligación*”, “*Cobro de lo no debido*” y “*Sostenibilidad financiera*”.

.

4.2. Departamento de Caldas.

Manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, señalando que la gestión a cargo de las Secretarías de Educación se centra básicamente en recibir y radicar en orden cronológico las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales de los docentes que pertenezcan a la entidad territorial de acuerdo a los parámetros fijados por la fiduciaria administradora de los recursos del fondo.

Respecto al reintegro de los dineros por concepto de aportes en salud realizados a la accionante, indica que dicha pretensión carece de fundamento legal, concluyendo que para el legislador, el pensionado tiene la obligación de cancelar un aporte en salud del 12%, aporte que en su totalidad está a cargo de éstos.

5. Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 27 de noviembre de 2020, negó las pretensiones de la parte demandante.

Adujo que, si bien las disposiciones del Sistema General sobre las mesadas adicionales, no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas, la Ley 91 de 1989, especial y posterior, sí lo permitió de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8°; por lo tanto, las previsiones de la Ley 812 de 2003 que extendió el régimen de cotización en materia de salud establecido en la Ley 100 de 1993 a los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12% establecido en el Régimen General, más no tiene la virtualidad de derogar ni expresa ni tácitamente el aparte establecido en la precitada norma especial que permite el descuento por concepto de salud en las mesadas adicionales pagadas a todos los

docentes, por cuanto se encuentra vigente, regula expresamente una situación que no fue prevista en la norma general, y obedece a la libre configuración legislativa.

6. Recurso de Apelación

Considera que se debe aplicar la norma más favorable en relación con los descuentos al sistema de salud sobre las mesadas pensionales.

Aduce que el artículo 8 numeral 5 de la Ley 91 de 1989, quedó derogado tácitamente con la Ley 100 de 1993; en gracia de discusión, dicha norma debe someterse a la excepción contenida en la misma ley en su artículo 15. Así las cosas, considera que, los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Y los docentes de carácter nacional que se vinculen a partir del 10 de enero de 1990, se les respetará lo contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978. Lo anterior, a tono con la sentencia CE-SUJ2 No. 001-16. Estima que la sentencia referida debe tomarse como referente para salvaguardar los derechos adquiridos de los docentes de conformidad con regímenes anteriores a la misma Ley 91 de 1989, entre ellos, la prohibición de que se efectuaran descuentos sobre sus mesadas adicionales; recalcando con ello que la aplicación de la Ley 91 no debe ser absoluta.

Advierte que los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 no se contempla el descuento para salud sobre las mesadas adicionales, con excepción del Decreto 3135 que lo limita al 5% pero sobre la mesada ordinaria y en ningún caso sobre mesadas adicionales. Mediante un cuadro comparativo deja ver que las normas anteriores y las posteriores a la Ley 91 de 1989, no contemplan y algunas prohíben, el descuento de aportes a salud sobre las mesadas adicionales; indica que esta posición ha sido acogida por varios tribunales del país.

Reclama un pronunciamiento sobre las sumas mal descontadas en el año 2009.

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

Las partes no intervinieron en esta etapa procesal.

II. Consideraciones de la Sala

1. Problema jurídico.

A fin de resolver el fondo de la controversia y teniendo en cuenta lo planteado por la parte demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia es el siguiente:

¿De conformidad con el régimen legal aplicable, tiene derecho la parte demandante a que se le reembolsen los valores descontados por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, de las mesadas adicionales de junio y diciembre?

2. Lo probado en el proceso.

Del material probatorio que reposa en el expediente, se destaca lo siguiente:

Mediante la Resolución 0728 del 10 de junio de 1999, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la pensión de jubilación a la demandante, a partir del 30 de abril de 1999, ordenando descontar de cada mesada pensional el 5%.

A través de la solicitud con radicación SAC2018PQR10756 del 9 de julio del 2018, elevada ante la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la parte demandante solicitó la devolución de los dineros correspondientes a los aportes de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre (mesada trece y catorce) correspondiente al 12% del valor de la pensión y lo que excediere a dicho porcentaje por aplicación indebida de la norma.

Por medio de la Resolución 7112-6 del 15 de agosto de 2018, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el cese y devolución de los aportes a salud sobre las mesadas adicionales pagadas a la parte demandante.

Igualmente, obra en el expediente, la certificación expedida por la Fiduprevisora S.A. en donde se observan extractos de pagos de 2001 y 2018, en donde constan las mesadas percibidas y los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas ordinarias y adicionales.

Una vez observadas las pruebas aportadas en el presente asunto, procede esta Sala a resolver el problema jurídico formulado.

3. Régimen de seguridad social en salud.

El artículo 48 de la Carta Política concibe la seguridad social como un servicio público obligatorio que debe prestarse bajo la dirección coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, lo

consagra como un derecho irrenunciable de garantía universal para todos los administrados y el artículo 49 ibidem, alude a la atención en salud y el saneamiento ambiental como servicios públicos a cargo del Estado, que se debe garantizar a todas las personas conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

El artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que son afiliados al SGSS en salud todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al régimen contributivo o al subsidiado y los vinculados temporalmente. Al régimen contributivo pertenecen los afiliados con capacidad de pago, como cotizantes están los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobreviviente, tanto del sector público como del privado.

Por su parte, el artículo 143 ibidem, previó para los pensionados antes del 1 de abril de 1994, el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de dicha norma, así mismo dispuso, la cotización para salud a cargo de los pensionados, quienes podrían cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral.

A su vez, el artículo 280 de la Ley 100 de 1993, dispuso sobre la obligación sin excepción, de aportar a los fondos de solidaridad en los regímenes de salud y pensiones, a partir del 1 de abril de 1994, en las instituciones, regímenes y con respecto también a las personas que por cualquier circunstancia gocen de excepciones totales o parciales previstas en esta Ley.

4. Aplicación del régimen en salud - afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La Ley 4 de 1966¹, determinó para los afiliados a la Caja Nacional de Previsión Social, el deber de cotizar el porcentaje del 5%, a favor de la entidad de previsión, sobre la mesada pensional.

Lo anterior es reiterado por el Decretos 3135 de 1968², en cuyo artículo 37, se dispone:

"A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión".

¹ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/Mantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=1573>

² "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales"

Posteriormente la Ley 91 de 1989³, por el cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 8 numeral 2, señaló como objetivos de dicho fondo, garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, y fue constituido entre otros: “...El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.”

El artículo 15 de la citada disposición, determinó el régimen aplicable para el personal docente, dependiendo de la vinculación así:

“ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

(Ver art. 6 Ley 60 de 1993)

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

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 de enero de 1990, para efectos 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.”

Por su parte, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁴, estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados antes de la vigencia de esta ley, es el señalado en las normas establecidas con anterioridad a la misma y los vinculados a partir de la entrada en vigencia de la citada norma, afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tendrán los derechos del régimen prestacional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres, norma declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-369-04.

Adicionalmente, en los incisos tercero y cuarto de dicha normativa se precisó que, los servicios de salud para los afiliados a dicho Fondo, serán prestados conforme lo estipula la Ley 91 de 1989 **y el valor de las cotizaciones por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003**, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores.

³ https://www.mineduccion.gov.co/1621/articles-85852_archivo_pdf.pdf

⁴ http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0812_2003.html#1

Posteriormente, el primer párrafo transitorio del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que: *“El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de ésta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.”*

En cuanto al monto de la contribución de cotizaciones el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, establecía:

*“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo **del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.** Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”.*
(Resalta la Sala)

Dicha preceptiva fue modificada por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que dispuso:

“Artículo 204. Monto y distribución de las cotizaciones. La cotización al Régimen Contributivo de Salud será, a partir del primero (1°) de enero del año 2007, **del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado.** Las cotizaciones que hoy tienen para salud los regímenes especiales y de excepción se incrementarán en cero punto cinco por ciento (0,5%), a cargo del empleador, que será destinado a la subcuenta de solidaridad para completar el uno punto cinco a los que hace referencia el presente artículo. El cero punto cinco por ciento (0,5%) adicional reemplaza en parte el incremento del punto en pensiones aprobado en la Ley 797 de 2003, el cual sólo será incrementado por el Gobierno Nacional en cero punto cinco por ciento (0,5%).” /Negrilla de la Sala/

Y finalmente, por virtud de la Ley 1250 de 2008, artículo 1°, se adicionó el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de que la cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

De las normas señaladas se evidencia que el objetivo del Legislador se encaminó a efectuar aportes para salud tanto en los regímenes especiales como del Sistema

General de Seguridad Social, incluidos los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En lo atinente al porcentaje de la cotización para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se dispuso inicialmente con la Ley 91 de 1989, una cotización del 5% y posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, se habilitó un valor total de la cotización correspondiente a la suma de aportes que para salud y pensiones establecieron las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

En consonancia con lo anterior, las cotizaciones que se deducen de la mesada pensional de los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio equivalen al mismo porcentaje que se debe descontar en el Régimen General de Seguridad Social.

Por su parte, la máxima Corporación Constitucional en sentencia T-835 de 2014, sobre la obligación de cotizar al Sistema General de Salud por parte de los pensionados, tanto en los regímenes especiales - como la pensión gracia -, y el ordinario, dispuso:

*“Entonces, **incluso los regímenes de excepción** tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en la sentencia C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:*

“(…) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

*En conclusión, **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución.** (...) Rft”*

Respecto al monto de las cotizaciones que deben realizar los docentes pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por concepto de salud, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2018⁵, precisó:

*“3. Por otro lado, la Ley 91 de 1989, fijó como otro de los objetivos del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**: Garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales, para lo cual contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo. Entonces, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene a cargo las prestaciones sociales de los afiliados al Magisterio, entre estas, (i) la pensión ordinaria y (ii) **garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales. Lo que indica que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios, por disposición de la ley, tienen un régimen especial de seguridad social en salud.***

(...)
*Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber **que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993).** Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria)***

(...)
6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterios

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 6, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del

⁵ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA -SUBSECCIÓN B- Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS- Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)
⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general.

(...)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, y **teniendo en cuenta que los docentes gozan de un sistema de salud, especial**, señaló:

“22. Ahora bien, bajo el entendido que **los docentes gozan de un sistema de salud diferente al señalado en la Ley 100 de 1993**, corresponde al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio prestarle los servicios de salud a que tienen derecho y a la Caja Nacional de Previsión Social hoy UGPP, **efectuar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud** al Fondo de Seguridad y Garantía - FOSYGA como lo determina el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, “Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”, según el cual:

“Artículo 14. Régimen de excepción. Para efecto de evitar el pago doble de cobertura y la desviación de recursos, las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán utilizar simultáneamente los servicios del Régimen de Excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen de excepción tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, su empleador o administrador de pensiones deberá efectuar la respectiva cotización al Fosyga en los formularios que para tal efecto defina el Ministerio de Salud. Los servicios asistenciales serán prestados, exclusivamente a través del régimen de excepción; las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, serán cubiertas por el Fosyga en proporción al Ingreso Base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes. Para tal efecto el empleador hará los trámites respectivos...”.

De conformidad con el anterior artículo es completamente válido -y legal que quien se encuentra percibiendo una pensión de vejez, y a su vez recibe pensión gracia, cotice sobre las dos pensiones en materia de salud. Una cotización será girada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la otra al FOSYGA, recursos con los cuales se financia el Sistema de Seguridad Social en Salud.

23. Como se puede observar ni el artículo 52 del Decreto 806 de 1998, ni en el artículo 14 de Decreto 1703 de 2002, excluyeron de la obligación de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud a los beneficiarios de la pensión gracia, por lo tanto, los mismos se encuentran obligados a efectuar aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los términos señalados en la ley y en las normas reglamentarias aplicables.

24. Sobre el monto del aporte a salud con anterioridad a la Ley 100 de 1993, los pensionados del sector oficial, incluyendo los beneficiarios de la pensión gracia, cotizaban sobre el 5% de su mesada pensional, con fin que se les prestaran los servicios médico asistenciales; porcentaje diferenciado respecto al establecido para los pensionados del sector privado afiliados al Instituto de Seguros Sociales.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, artículo 143, se estableció de manera general que la tasa de cotización para financiar el Sistema General de Seguridad Social en Salud sería hasta del 12 %, motivo por el cual, con el fin de no afectar los ingresos efectivos de los pensionados, y mantener el poder adquisitivo de sus mesadas, se consagró un incremento en el monto de las pensiones equivalente a la

diferencia entre el valor de la cotización establecida en la Ley 100 de 1993 (12%), y el valor del aporte que se le venía efectuando al beneficiario de la pensión gracia (5%).

De esta manera, por virtud de la misma disposición, a los beneficiarios de la denominada pensión gracia también se les incrementó correlativamente el valor de su mesada en el monto del incremento de su aporte a salud, con el fin de no afectar los ingresos reales que venían percibiendo.

*25. En conclusión, no existe disposición que excluya a los regímenes de excepción del deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, por el contrario se encuentra demostrado, que a través del tiempo los beneficiarios de la pensión gracia han estado obligados a efectuar los aportes correspondientes al sistema de salud para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. **El pago de las cotizaciones en salud es obligatorio**, independientemente de que se preste o no el servicio de salud, en acatamiento del principio de solidaridad que rige el sistema de Seguridad Social en Colombia, conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución, definido en el literal c) del artículo 2 de la Ley 100 de 1993,*

...

*26. De lo expuesto se puede concluir que **todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad** y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, **sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes** a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. ..."-sft-*

De las normas anotadas y los postulados jurisprudenciales esgrimidos, se colige que los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, aunque son beneficiarios de un régimen especial, no están exonerados de realizar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud en el porcentaje establecido en la Ley 812 de 2003.

5. Descuento de salud sobre las mesadas adicionales.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud no establece descuento alguno sobre las mesadas adicionales, sin embargo, la Ley 91 de 1989 que hace parte del régimen especial de los docentes afiliados al FNPSM, sí lo permite de manera expresa en el numeral 5° del artículo 8°; luego entonces, aun cuando la Ley 812 de 2003 extendió el régimen de cotización en materia de salud a los pensionados afiliados al FNPSM, ello sólo conllevó a que se incrementara el porcentaje de cotización de los docentes, del 5% al 12%, más no tiene la virtualidad de derogar expresa ni tácitamente lo previsto en el régimen especial en punto a la posibilidad de hacer los descuentos de salud sobre las mesadas adicionales.

De igual manera, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia de tutela del 14 de septiembre de 2017, denegó la solicitud sobre la devolución de aportes de salud sobre las mesadas adicionales de los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, basado en los siguientes argumentos:

*“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de **los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.***

*En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, **estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.***

*En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó **en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.***

En suma, concluye esta Sala de decisión que en la providencia cuestionada no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela, pues como se demostró, no fue producto de un actuar caprichoso del Colegiado demandado, sino de la conjunción en la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto.”

En ese orden de ideas, considera la Sala que los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre fueron previstas en la Ley 91 de 1989, para los afiliados del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y, a pesar de no mencionarse taxativamente en la Ley 812 de 2003, no significa que hubiese cesado la obligación de cotizar sobre dichas mesadas, pues en atención al principio de solidaridad que erige el Sistema de Seguridad Social, y en aras de preservar la contribución al sistema para lograr la sostenibilidad, eficacia y financiación del mismo, es procedente realizar los descuentos sobre la mesadas adicionales recibidas por los pensionados afiliados a dicho Fondo.

6. Solución al problema jurídico.

Los argumentos esbozados por la parte demandante se contraen a indicar que a ésta le aplica la preceptiva contenida en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que señala que quienes figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, conforme a los normas vigentes, y por ende se debe dar aplicación a los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978; sin embargo, dichas preceptivas no previeron los descuentos de las mesadas adicionales, ni tampoco un descuento por concepto de salud sobre la mesada ordinaria, del 5%.

Considera la Sala, que no le asiste razón al impugnante al indicar que la parte actora es beneficiaria de los mencionados decretos en virtud del artículo 15 de la Ley 91 de 1989,

toda vez que, en materia pensional, los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 se rigen por la Ley 33 de 1985.

En este sentido, se tiene que los descuentos aplicados a los pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, sobre la mesada ordinaria y adicionales de los meses de junio y diciembre, por concepto de salud, deben hacerse aplicando los porcentajes previstos por las normas anteriormente señaladas.

Finalmente, dado que la parte actora reclama un pronunciamiento sobre las sumas mal descontadas en el año 2009, la Sala encuentra frente a dicho cargo que, pese a su confusa redacción, para resolverlo debe tenerse presente en primer lugar, que fue con la Resolución 0728 del 10 de junio de 1999, que el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la pensión de jubilación a la demandante, con efectos a partir del 30 de abril de 1999, ordenando descontar de cada mesada pensional el 5%.

Ahora bien, revisada la reclamación SAC2018PQR10756 del 9 de julio del 2018, no se observa que la parte actora hubiese efectuado una reclamación puntual sobre las supuestas sumas mal descontadas en el año 2009; es por ello que, frente a ese cargo específico no se advierte la debida reclamación en sede administrativa ni el agotamiento de los recursos obligatorios. En gracia de discusión habría de decirse que, frente a las alegadas deducciones en exceso durante el año 1999, operaría la prescripción trienal en tanto y comoquiera que la petición ante la entidad data del año 2018.

Por lo anterior, se denegarán las pretensiones de la demanda y se confirmará la sentencia de primera instancia.

7. Costas en segunda instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁷ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Teniendo en cuenta lo anterior, debido a la ausencia de actividad de la parte demandada en esta instancia, se negará la condena en costas.

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

8. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. Falla

1. Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el 27 de noviembre de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora María Rocío Gómez de Sánchez contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y departamento de Caldas.

2. Sin condena en costas en esta instancia.

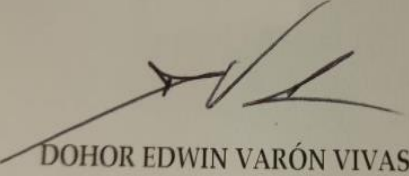
3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17001-33-33-003-2019-00180-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUIS ERNESTO HENAO BUITRAGO
ACCIONADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia, en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que accedió a las pretensiones, proferida por el Juzgado Tercero administrativo del Circuito de Manizales el 15 de septiembre de 2020, en cuanto al periodo por el cual se reconoció la sanción moratoria.

PRETENSIONES

La parte accionante solicito:

1. Declarar la nulidad del acto ficto surgido con ocasión de la no respuesta a la petición de fecha 16 de agosto 2018, que solicitaba el reconocimiento y pago de la sanción por mora a la parte actora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

Declarar que el actor tiene derecho a que, la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

A título de Restablecimiento del Derecho:

1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los SETENTA (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que de cumplimiento en lo que corresponda al fallo, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 CPACA.

3. Condenar en costas a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, en los términos del artículo 188 del CPACA.

4. En el evento de que se disponga la citación a trámite a la entidad territorial de la cual hace parte la Secretaría de Educación que expidió el acto administrativo demandado en nombre de la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, se resuelva su situación jurídica frente al tema debatido en la respectiva sentencia.

HECHOS

El demandante labora en los servicios educativos estatales en el Departamento de Caldas, en fecha 26 de julio de 2017, solicitó a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el reconocimiento y pago de las cesantías.

Mediante la Resolución nro. 8281-6 del 30 de octubre de 2017 le fue reconocida la cesantía a la demandante, la cual le fue pagada el 7 de mayo de 2018, cuando el término para pagarla venció el 23 de octubre de 2017

Mediante petición, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora a la entidad demandada, sin embargo, no dio respuesta al mismo, configurándose el silencio administrativo negativo

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

La parte actora invocó como vulneradas, las siguientes disposiciones:

Ley 91 de 1989 en sus artículos 5, 9 y 15, artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, artículos

4 y 5 de la Ley 1071 de 2006 y el Decreto 2831 de 2005.

Argumentó que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia sobre el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, incurriendo en mora injustificada en el pago de la prestación solicitada. Tal contingencia fue regulada por las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, las cuales establecieron un término perentorio de 15 días para el reconocimiento y 45 días para el pago de las cesantías de los docentes.

Señaló que, las leyes mencionadas al establecer un término perentorio para la liquidación de la cesantía buscaron que la administración expidiera la resolución en forma oportuna. Indicó que la jurisprudencia ha interpretado que el reconocimiento y pago de las cesantías no debe superar los 70 días hábiles después de haberse radicado la solicitud. Pese a ello, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos, lo que genera una sanción para la entidad, equivalente a un día de salario del docente, con posterioridad a los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud, contada hasta cuando se efectúe el pago de las cesantías solicitadas. Se refirió finalmente a distintos pronunciamientos del Consejo de Estado para concluir que no cabe duda sobre el derecho que le asiste a la parte demandante, debiéndose atender de manera favorable las pretensiones de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: conforme a la constancia secretarial del juzgado de conocimiento la entidad accionada no contestó la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 15 de septiembre de 2020 el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, tras plantearse como problema jurídico, la procedencia de la sanción moratoria por concepto de no consignación oportuna de cesantías, contemplada en la Ley 244 de 1994 y modificada por la Ley 1071 de 2006, accedió a pretensiones.

Señala que, si bien los docentes del sector público tienen una regulación en materia de cesantías prevista en la Ley 91 de 1989, esta norma no contempla dentro de su articulado la sanción que reclama la actora, y que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, sí fijan los

términos del pago oportuno de la prestación para los servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política, entre los que se encuentran los docentes.

Apoyada entonces en las anteriores normas, resalta que, a partir del momento de radicación de la solicitud, la entidad dispone de un término de 15 días hábiles para emitir el acto administrativo, más 10 días de ejecutoria, y una vez en firme el mismo, tiene un plazo de 45 días adicionales para realizar el pago, so pena de causar la sanción moratoria.

Concluyó el *A quo*, que la entidad deberá cancelar a la demandante la indemnización moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

En cuanto a la prescripción, afirmó que, no se configura la misma, teniendo en cuenta que entre la fecha en que se hizo el pago y la fecha de radicación de la petición de reconocimiento no transcurrieron más de tres años.

De otro lado, establece que la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el 8 de noviembre de 2017, inclusive, hasta el 25 de diciembre de 2017, inclusive.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

Parte demandante indicó que, la fecha a tener en cuenta para establecer la sanción moratoria es el 07 de mayo de 2018, toda vez que, solo hasta esa fecha fue posible el retiro de las cesantías, debido a la mala información suministrada por el banco, de suerte que no puede endilgársele responsabilidad en el no retiro de las cesantías desde la primera consignación, ya que la devolución de las mismas no tuvo origen en una actitud negligente de la actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: en el escrito manifiesta que se ratifica en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada: en el escrito de alegatos señaló que, lo pretendido por la parte demandante en su recurso de alzada deviene en improcedente, pues es claro que, la entidad no puede asumir el pago de una moratoria que no es de su competencia, máxime

cuando el retiro de las cesantías es de orbita exclusiva y personal del docente, circunstancia que de no ser así afectaría seriamente el erario de manera por demás injustificada.

CONSIDERACIONES.

Cuestión previa.

Para el Tribunal Administrativo de Caldas resulta importante indicar, que conforme a la sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018¹**, relacionada con el pago tardío de cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso sub – examine:

“193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley² para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto,

¹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda¹ ; Sentencia de unificación por Importancia jurídica; Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018; SUJ-012-S2; Bogotá D.C., 18 de julio de 2018; 73001-23-33-000-2014-00580-01-4961-2015

² Artículos 68 y 69 CPACA.

los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

Problemas jurídicos.

Teniendo en cuenta el recurso de apelación los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

- 1) ¿Cuál es el período en que se causa la sanción moratoria?

LO PROBADO

En el cartulario se encuentra probado que:

- Mediante la Resolución nro. 8281-6 del 30 de octubre de 2017 se reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a favor del señor Henao Buitrago, en virtud de la petición elevada por la misma el 26 de julio de 2017. (PDF nro. 01 expediente de primera instancia)
- Conforme a certificación expedida por la Fiduprevisora al señor Henao Buitrago le fueron consignadas las cesantías el 26 de diciembre de 2017 debiendo ser reprogramado el pago por no cobro al 07 de mayo de 2018 (Ibidem).
- El 16 de agosto de 2018 se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías (Ibidem).

Primer Problema Jurídico

Teniendo en cuenta la sentencia de unificación del Consejo de Estado, debe esta Sala poner de presente que, al presentarse la solicitud de reconocimiento de las cesantías parciales el 26 de julio de 2017 siendo proferida la resolución de reconocimiento el 30 de

octubre de 2017, el reconocimiento de las cesantías se efectuó por fuera del término de ley.

En este orden de ideas se debe aplicar para el caso concreto, la sub regla establecida por la Alta Corte que indica : “3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago”.

Descendiendo al caso concreto, encuentra acreditado el Tribunal que, el señor Henao Buitrago solicitó el reconocimiento y pago de cesantías parciales el día 26 de julio de 2017 ello teniendo en cuenta el sello de recibido de la secretaria de educación que aparece en la solicitud (PDF nro. 01 del expediente digitalizado de primera instancia); aunado a ello, se encuentra probado que, esta prestación social se puso a disposición de la parte actora el 26 de diciembre de 2017 debiendo ser reprogramado el pago por no retiro para el 07 de mayo de 2018 a través del BBVA Colombia (ibídem).

Bajo ese entendimiento, concluye la Sala que, los 70 días hábiles posteriores a la fecha en que fue radicada la solicitud, previstos para el reconocimiento y pago de la multicitada prestación social se cumplieron el 07 de noviembre de 2017. Por ende, como quiera que aquella fue puesta a disposición para retiro del actor el 26 de diciembre de 2017, se infiere que, entre el 08 de noviembre de 2017, inclusive, y el 25 de diciembre de 2017, inclusive, se hizo exigible la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, se insiste, corolario del pago tardío de la cesantía definitiva reclamada.

En este punto debe señalarse que, los dineros fueron puestos a disposición de la actora el 26 de diciembre de 2017, por lo que contrario a lo expuesto por la demandante en el recurso de apelación es dicha fecha la que determina el extremo final de la sanción moratoria, y no la fecha de reclamo por parte de la actora de las mismas.

Costas en segunda instancia

El artículo 188 del CPACA, dispone:

ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá*

sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

Como se puede observar de la redacción del apartado adicionado por el art. 47 de la Ley 2080 de 2021, el juez solo dispondrá, esto es, procederá a estudiar lo relativo a las costas, cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, esto es, que si el juzgador encuentra que la demanda se presentó con sustento jurídico o fundamento legal, a pesar de que la misma resulte en contra de sus pretensiones, no hay lugar a disponer sobre las costas, *verbi gratia*, cuando la demanda se presente bajo el amparo de un precedente judicial que le reconocía el derecho, pero posteriormente y antes de que se resuelva su caso, hay un cambio de jurisprudencia que conlleva a la negación del derecho, sentencia que al tenerse que aplicar conlleva a negar las pretensiones de la parte actora.

En el caso bajo estudio, evidentemente la parte actora al presentar la demanda y el recurso de apelación reunía ciertas características que le permitían interpretar que los extremos en los cuales se causó la mora son distintos a los establecidos en la sentencia de primera instancia.

Es por lo anterior que teniendo en cuenta que la demanda no se presentó con carencia de fundamento legal no se condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

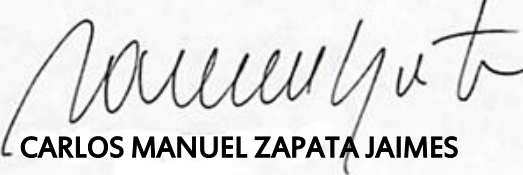
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero administrativo del Circuito de Manizales el 15 de septiembre de 2020 en el proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por **LUIS ERNESTO HENAO BUITRAGO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.
Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 09 marzo de 2023,
conforme acta nro. 012 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico nro. 043 del 13 de marzo de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda de Decisión
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-33-33-001-2019-00421-02
Demandante	Martha Liliana Castaño Giraldo
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia	Sentencia No. 38

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 16 de diciembre de 2020, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto, surgido con ocasión de la petición de fecha 5 de febrero de 2019, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta(70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

1. Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que se le

reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta(70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma

2. Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA referida en el numeral anterior, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A., tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

3. Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que dé cumplimiento en lo que corresponda al fallo, en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A.

4. En el evento de que se disponga la citación al trámite a la entidad territorial de la cual hace parte la Secretaría de Educación que expidió el acto administrativo demandado en nombre de la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se resuelva su situación jurídica frente al tema debatido en la respectiva sentencia.

2. Hechos.

La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías el 26 de octubre de 2017.

Por medio de la Resolución No. 1019 del 29 de diciembre de 2017 y su modificatoria 394 del 15 de mayo de 2018 le fue reconocida la cesantía solicitada.

El pago parcial de la referida prestación, según se dice en la demanda, se produjo el día 27 de marzo de 2018 a través de entidad bancaria. Y el 3 de mayo de 2018 la parte demandante solicitó la corrección de un error contenido en la resolución primigenia y el consecuente pago del saldo pendiente de la referida prestación. Luego de varios trámites y pasados varios meses, logró que el día 22 de octubre de 2018 se le efectuara el desembolso respectivo a través de entidad bancaria.

Finalmente, afirma que la solicitud de pago de sanción mora fue respondida mediante acto ficto administrativo negativo.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Constitución Política

Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Consideró que las entidades obligadas a responder por dicha prestación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, al incurrir en una mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales.

Sostuvo que la Ley 1071 del 2006 fue desconocida por parte de las entidades demandadas tanto en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, como en la negativa y pago de los intereses moratorios, que a su vez, se desconoció el artículo 4 que habla de un término de quince (15) días para el reconocimiento de las cesantías y los cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar dicha prestación social; recalcando que se desconocieron tales términos a pesar de su perentoriedad.

4. Contestación de la Demanda

La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Considera que las pretensiones carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para que las mismas prosperen. En lo que concierne al reconocimiento y pago de las cesantías, estima que es la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, a través de la cual se establecen los términos para el pago oportuno de cesantías de los servidores públicos. Advierte que no es posible para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio utilizar sus propios recursos para pagar condena alguna derivada del pago tardío de las cesantías, puesto que la norma prohíbe claramente la utilización de éstos para el pago de indemnizaciones económicas. En todo caso, en caso de que se llegare a acceder a las pretensiones, solicita que la condena se imponga a la entidad territorial en razón a la expedición extemporánea del acto de reconocimiento de las cesantías.

5. Fallo de primera instancia.

El Juzgado Primero Administrativo, mediante sentencia del 16 de diciembre de 2020, resolvió la litis en los siguientes términos:

PRIMERO: NEGAR las excepciones propuestas por el Ministerio de Educación Nacional, vocero del Fondo Nacional del Magisterio en el proceso identificado al inicio de esta providencia, excepto la siguiente que SE DECLARA PROBADA PARCIALMENTE "NO CAUSACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO TARDÍO DE PARTE DE LAS CEANTÍAS AL SERVIDOR PÚBLICO. y la de IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN, en lo que ella ataca ACCEDER PARCIALMENTE a las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado contra el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En consecuencia, DECLARAR LA

NULIDAD del acto presunto, derivado de la petición presentada el 05/02/2019 por Martha Liliana Castaño Giraldo.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se condena al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que reconozca, liquide y pague la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo con base en el salario que la parte actora devengó en el año de causación de la sanción, incluyendo los días citados a continuación a Martha Liliana Castaño Giraldo. Desde el 13/02/2018 hasta el 24/04/2018 para un total de 70 días de sanción moratoria, de los 252 pedidos. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas por la prosperidad parcial inferior al 60% de las pretensiones económicas de la demanda.

[...]

Itera que se causa la sanción por mora en el pago de las cesantías luego de transcurridos los quince días que tiene la entidad para resolver la petición del pago de las mismas, más los cuarenta y cinco días que la norma fija como plazo que tiene a la entidad pagadora para cancelar la prestación, sumado el tiempo que debe transcurrir para que el acto administrativo que reconoce la cesantía quede en firme, todo ello a la luz de la sentencia de La Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, cuyo entendimiento en este proceso debe ser ajustado a (i) el contenido normativo del artículo 76 de la ley 1437, según el cual la firmeza del acto administrativo se alcanza pasados 10 días desde su notificación, (ii) a la fecha de la solicitud de reconocimiento de la cesantía, y (iii) si hubo renuncia a términos para interponer recursos por parte del docente, frente al acto liquidatorio de la prestación reconocida, que produjera efectos prácticos. Por otra parte, para ese juzgado la disponibilidad de dineros en el banco para el retiro por la parte interesada no se constituyen en un acto administrativo que deba ser comunicado o notificado por cualquiera de las formas previstas en el ordenamiento jurídico, ya que justamente este a través del decreto 2831 de 2005 en su artículo 2 parte final dispone que la Sociedad Fiduciaria cuente con un sistema de radicación único que permita a los solicitantes conocer el estado de su trámite, lo que de contera impone al docente reclamante de la cesantía la carga de informarse en dicho sistema sobre la disponibilidad del dinero. Y para el conteo de la cantidad de días que se causa la sanción moratoria, el despacho se atuvo a las reglas fijadas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 18 de julio de 2018.

En el caso concreto, el a quo estableció que la Resolución de reconocimiento de las cesantías debió ser expedida el 21 de noviembre de 2017 pero la entidad territorial la expidió el 29 de diciembre de 2017. Así mismo, indicó que el término de 70 días con que contaba la entidad para el pago, se cumplieron el 14 de diciembre de 2017 pero el pago se produjo el 26 de enero de 2018. Aunado a lo anterior, advierte que la solicitud de corrección de la Resolución de reconocimiento de la cesantía fue realizada el 3 de mayo de 2018 y que, por lo tanto, la sanción moratoria se generó desde el 13/02/2018 hasta el 24/04/2018 para un total de 70 días de sanción moratoria, de los 252 pedidos.

Acto seguido aduce que *“Lo anterior si se tiene en cuenta que la misma actora indica que la primera parte del pago de su prestación se desembolsó al beneficiario designado el 24 de abril de 2018 y solo después de ello se elevó la solicitud de corrección de la resolución inicial. Además, como lo vienen resolviendo el Consejo de Estado y el H. T.C.A. de Caldas, la falta de pago de parte de las cesantías no genera la sanción moratoria.”*

En cuanto a las costas hizo una larga disertación para luego concluir que, la condena en costas, conforme al art. 365 del CGP, se debe imponer a la parte vencida -criterio objetivo- y por tal razón no hay lugar a la analizar la actuación de las partes para deducir su buena o mala fe, o temeridad (criterio subjetivo). Entonces el juzgador primero resuelve si condena o no en costas. El criterio valorativo alude a la cantidad y calidad de la gestión.

Frente a las agencias en derecho estima que, solo debe aparecer comprobado que hubo gestión procesal, pues el monto de las mismas no se rige por la tarifa de honorarios profesionales o por los honorarios pactados, sino por los parámetros fijados en los Acuerdos del CSJ y en el artículo 366 del CGP.

El a quo recalcó que la condena en costas debe ajustarse al criterio objetivo valorativo y teniendo presente que, cuando las pretensiones salen avante parcialmente *“el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”* (CGP art. 365-5). Por lo anterior, se abstuvo de condenar en costas en favor de la parte actora en razón a la prosperidad parcial inferior al 60% de las pretensiones económicas de la demanda.

6. Recurso de apelación.

6.1. Parte demandante.

Aduce que la Fiduprevisora aportó oficio donde aparece que hubo una reprogramación para el pago de las cesantías, pero dicha entidad no demostró que ello hubiese tenido como causa una omisión por parte de la beneficiaria de la prestación. Reprocha que la entidad pagadora no haya informado oportunamente sobre el desembolso del dinero.

Considera demostrado que por parte de la entidad pagadora se expidió una resolución aclaratoria de la Resolución 1019 de 29 diciembre 2017 - por error en la cédula de la beneficiaria -; circunstancia que según dice, impidió que se pudiera reclamar la cesantía en la primera fecha programada para pago en la entidad bancaria.

Usando la teoría del pago de las obligaciones advierte que, quien debe demostrar el pago oportuno de una deuda u obligación, es el deudor; y en el caso concreto, lo que quedó claro fue que el pago de la cesantía reconocida a la demandante mediante Resolución No. 1019 de

29 diciembre 2017, se efectuó el día 22 de octubre de 2018, según el recibo de pago expedido por el banco BBVA, allegado al expediente y con base en el cual se fundó la pretensión de restablecimiento del derecho. A su juicio, se encuentra demostrado que la negligencia en dicho trámite no fue de la parte aquí demandante sino de la entidad que por error en la Resolución dividió el pago y luego tuvo que emitir una resolución aclaratoria. En consecuencia, colige que debe accederse al reconocimiento de la sanción moratoria por valor reclamado en la pretensión de restablecimiento del derecho formulada con la demanda, esto es, el valor de 252 días calculado con el salario que devengaba la accionante en los años en que se causó la mora.

6.2. Parte demandada.

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM se muestra en desacuerdo con el fallo de primera instancia en tanto en él se desconoce que el dinero por concepto de cesantías fue puesto a disposición de la docente el día 27 de marzo de 2018, fecha hasta la cual es posible realizar el computo de la sanción moratoria; dice que la renuencia en el cobro o retiro del dinero consignado por parte de la demandante, no puede ser generadora de más días de mora, puesto que la entidad cumplió con dicha obligación legal, si bien tardíamente, no en el número de días reconocidos en el fallo que se recurre.

Así las cosas, solicita la modificación del numeral segundo de la citada providencia, teniendo como fecha final de causación de la sanción moratoria el día 27 de marzo de 2018, conforme con el certificado de pago expedido por la Fiduprevisora S.A.

7. Alegatos de Conclusión en segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Itera los argumentos jurídicos expuestos en primera instancia.

7.2. Parte demandada.

Aduce que es la entidad Fiduciaria quien deberá proceder con los pagos de las prestaciones, luego de contar con el acto administrativo emitido por la respectiva secretaria, previo el trámite legal para su concesión que compromete el reporte de todos los entes comprometidos dentro del salario del docente conforme a derecho y a la mayor brevedad posible, razón por la que se hace indispensable determinar la fecha en la cual fue remitido el mentado acto administrativo a la Fiduprevisora S.A. para el pago de dicho emolumento, con el fin de determinar a partir de la cual se generó para éste último, la obligación de pagar las cesantías solicitadas por el demandante.

De otro lado, considera que la condena en costas debe atender a un criterio subjetivo; y que la indexación de la sanción moratoria no es procedente.

7.3. Ministerio Público.

No emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

Resulta importante indicar que, en asuntos similares al aquí estudiado, existen pronunciamientos por parte de este Tribunal Administrativo – Sala Oral, en sentencias de primera instancia proferidas en audiencia simultánea llevada a cabo el día 07 de marzo de 2013¹, relacionadas con el pago tardío de las cesantías parciales, y se llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se tendrán como precedente para el análisis del caso sub-examine:

- 1) Es aplicable por identidad o analogía la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia de Jesús María Lemus², y por tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe y puede conocer de la presente controversia, a la luz del artículo 104 del CPACA, y en sede de juicio ordinario declarativo, medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.
- 2) La Ley 1071 de 2006 es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, se debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.
- 3) Acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, “(...) *el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (...)*”. Claro está, previo descuento de un total de 65 días³ hábiles, transcurridos los cuales, se causará la sanción moratoria.

¹ Sala Oral del Tribunal Administrativo de Caldas. Ponente: William Hernández Gómez. Radicados 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00 demandado Nación-Ministerio de Educación – FNPSM – Ver también la sentencia del veintiséis (26) de agosto de 2015 M.P. William Hernández Gómez Rad: 2015-189.

² Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz.

³ O de 70 días si la solicitud fue presentada en vigencia del C.P.A.C.A., pues en estos casos el término de ejecutoria de la Resolución de reconocimiento es de 10 días.

2. Problemas Jurídicos.

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala determinar conforme a los recursos de apelación interpuestos, los siguientes interrogantes:

- 2.1. ¿A partir de qué fecha se causa la sanción moratoria en el sub iudice?
- 2.2. ¿Debe la entidad territorial asumir el pago de la sanción moratoria por la expedición extemporánea del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías?
- 2.3. ¿La condena en costas impuesta a la parte demandada en primera instancia está acorde con el criterio fijado por el Consejo de Estado vía jurisprudencial?

3. Primer problema jurídico.

El Tribunal invoca como precedente altamente persuasivo, la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, denominada de interés jurídico, del 27 de marzo 2007, con ponencia del doctor Jesús María Lemos⁴, en la que se argumentó que si el reconocimiento y pago de las cesantías es tardío, entonces se debe contabilizar el término para efectos de la sanción moratoria, desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo de las cesantías.

Las principales razones expuestas por el Consejo de Estado, y que comparte plenamente el Tribunal Administrativo de Caldas, son las siguientes:

Se recalca que la regla jurídica de acción, con enunciados deónticos regulativos, contenidos en la Ley 1071, tiene como teleología establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas o parciales. Por ello la administración debe expedir la resolución en forma oportuna. La falta de respuesta o las respuestas evasivas acarrearán perjuicio al peticionario.

ice la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 (léase L. 1071), el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el

⁴ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria. [...]” (Subrayado fuera de texto)

Más adelante precisa la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante. [...]”

Ahora bien, el reconocimiento de las cesantías comprende varias sub etapas a saber: expedición del acto administrativo de reconocimiento, para lo cual la administración dispone de un término de 15 días; notificación de dicho acto administrativo, dentro del término que corresponda según se trate de notificación personal, por aviso o por medios electrónicos; ejecutoria del acto administrativo que será de 5 días si la petición de cesantías se hizo en vigencia del C.C.A., o de 10 días si lo propio de hizo en vigencia del CPACA; Si se interponen recursos en vía gubernativa, la administración cuenta con un término de 15 días para resolverlos; finalmente, ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, comienza a correr el término de 45 días para el pago efectivo de la cesantía, sea esta parcial o definitiva.

Mediante sentencia de unificación, el Consejo de Estado se ha encargado de precisar el modo en que han de computarse los términos en cada subetapa, a efectos de establecer el momento a partir del cual se genera la mora por parte de la Administración.

Resulta importante entonces indicar que, conforme a la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018⁵, relacionada con el pago tardío de cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso:

193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. **De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.** /Resaltado de la Sala/

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

En la referida sentencia, la Alta Corporación condensó su análisis sobre el tema en el siguiente cuadro:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación

ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ¹⁴	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

En el caso concreto se tiene acreditado:

- i) La solicitud de pago de las cesantías se presentó el día 26 de octubre de 2017, tal y como se desprende del libelo introductor y del acto de reconocimiento prestacional. La entidad reconoció la cesantía parcial mediante Resolución No. 1019 del 29 de diciembre de 2017, por valor de \$10´352.759; dicha resolución, por lo tanto, fue expedida por fuera del término legal previsto para dicho efecto, el cual se venció el 20 de noviembre de 2017.
- ii) Dado lo anterior y atendiendo la sentencia de unificación ya referida, en este caso se contabilizan los términos así:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

Cuando el acto administrativo de reconocimiento se expide de manera extemporánea, la notificación del mismo aplica, pero no se tiene en cuenta para el cómputo del término de pago. De igual manera se debe tener en cuenta que, aunque haya habido renuncia al término de notificación o de ejecutoria, *“el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste”* pero *“en ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria”*. Es por esa razón que la regla de los 70 días no se altera en razón a la renuncia de términos de notificación y/o de ejecutoria del acto administrativo.

Precisado lo anterior se tiene que, dado que la solicitud de las cesantías se hizo el 26 de octubre de 2017, el plazo de 70 días se cumplió el 9 de febrero de 2018. Luego, la mora comenzó a partir del **10 de febrero de 2018**.

En relación con el extremo final de la sanción por mora ha de considerarse lo siguiente:

- Obra en el expediente una certificación de pago de cesantía expedida por la Fiduprevisora, en la cual se hace constar lo siguiente:

“En atención a su solicitud de la referencia, cordialmente nos permitimos certificar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó pago de cesantía PARCIAL reconocida por la Secretaría de Educación de MANIZALES, al docente CASTAÑO GIRALDO MARTHA LILIANA identificada con CC No 24434726 Mediante Resolución No 1019 de fecha 29 de Diciembre de 2017, quedando a disposición a partir del 27 de Marzo de 2018, el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el 22 de Octubre de 2018 por valor de \$10.352.759”

- Las razones que expone la parte actora para no haber acudido a partir de aquella fecha (27 de marzo de 2018) a la entidad bancaria a efectos de retirar la cesantía parcial reconocida mediante la Resolución No. 1019 del 29 de diciembre de 2017, fueron dos, a saber: la primera, la ausencia de notificación o comunicación de la puesta a disposición de los dineros en el banco para su respectivo retiro por parte de la demandante; y la segunda, el error en el número de la cédula de ciudadanía de la aquí demandante, contenido en la Resolución No. 1019 del 29 de diciembre de 2017, que le impedía el cobro de la prestación.

Frente al primer argumento la Sala ha de considerar que, la notificación es una actuación que se exige frente al acto administrativo de reconocimiento prestacional y no frente a la consignación o disposición de la suma respectiva en entidad financiera para su correspondiente cobro por parte del titular del crédito o beneficiario. Es por ello que, se insiste, la carga de indagar por la fecha de pago recae en el solicitante de la prestación, no sólo mediante la consulta presencial, sino en línea. De ahí que no resulte de recibo en esta instancia el planteamiento que en tal sentido se hace por la parte actora.

Respecto del segundo argumento debe señalarse que, la notificación de la Resolución No. 1019 del 29 de diciembre de 2017 tuvo lugar el 16 de enero de 2018, por lo que, a partir de dicha fecha la beneficiaria de la prestación contaba con diez días de ejecutoria para interponer recurso de reposición e incluso solicitar la corrección del error respecto del número de la cédula de ciudadanía consignado en el acto, evitando así dilaciones e inconvenientes al momento de retirar el monto de la prestación reconocida.

Y si bien es cierto que la entidad incurrió en el error ya indicado al elaborar el acto administrativo, también lo es que, era carga de la beneficiaria leer atentamente el contenido del mismo a efectos de advertir yerros de fondo o de forma que afectaran a posteriori el correspondiente pago. Así pues, no resulta razonable y proporcional a ojos de este juez colegiado, atribuirle a la entidad demandada la carga de asumir el pago de intereses moratorios más allá de la primera fecha en que los recursos quedaron a disposición de la aquí demandante, cuando se tiene establecido que esta última no cumplió con la carga de

solicitar la corrección dentro del término de ejecutoria del acto administrativo.

Nótese que fue incluso después de la primera consignación, que la parte actora solicitó a la entidad la corrección del acto administrativo primigenio, esto es, mediante petición del 3 de mayo de 2018. Y aunque correcciones como la referida pueden solicitarse y hacerse en cualquier tiempo, no resulta justificable que todo el lapso que se tomó la interesada en acudir a la entidad para deprecar la subsanación pertinente deba ser tomado en perjuicio de una entidad que ha acreditado la disponibilidad de los recursos desde el 27 de marzo 2018.

Situación diferente sería si la parte actora hubiese reclamado la corrección del error dentro del término de ejecutoria del acto primigenio, caso en el cual, de no expedirse el acto aclaratorio y efectuarse la consignación dentro del término legal, sí se generaría la sanción moratoria hasta la fecha en que esto último tuviere lugar.

En consecuencia, se modificará el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la entidad demandada al pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías parciales deprecadas por la parte actora, desde el **10 de febrero de 2018** hasta el **26 de marzo de 2018** (comoquiera que el 27 de marzo de 2018 las cesantías parciales quedaron a disposición en entidad bancaria). Ello, reiterando que, si a dicha fecha no pudieron ser retirados los recursos por parte de la beneficiaria, ello no obedeció a la mala fe o dolo de la entidad demandada, como sí a la falta de diligencia y cuidado de la propia demandante.

4. Segundo problema jurídico: entidad obligada al pago de la sanción moratoria.

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento*

*de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”.*⁶

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019⁷ y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

Artículo 57º. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

[...]

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”. (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Y de manera reciente, el Decreto 942 del 1 de junio de 2022, estableció:

Artículo 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. *La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.*

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.*

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad.

Ahora bien, la Nación Ministerio de Educación – FNPSM estima que la responsabilidad frente al pago de la sanción por mora en este caso es de la entidad territorial que expidió de manera extemporánea el acto de reconocimiento de las cesantías parciales.

Al respecto basta decir que, dado que la sanción moratoria causada en el sub iudice va desde el 10 de febrero de 2018 hasta el 26 de marzo de 2018, la responsable directa de la referida sanción es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio puesto que durante dicho periodo no se hallaba vigente la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019 y menos aún el Decreto 942 del 1 de junio de 2022, normas están que contemplan la responsabilidad de la entidad territorial cuando la mora surge como consecuencia del incumplimiento del plazo a ella otorgado para la elaboración y remisión a la Fiduprevisora del acto administrativo de reconocimiento de la prestación.

5. Tercer problema jurídico: costas en primera instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁸ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Ahora bien, en relación con las costas procesales el a quo, teniendo en cuenta que las pretensiones salieron avante parcialmente, aplicó la regla según la cual, *“el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”* (CGP art. 365-5). Por lo anterior, se abstuvo de condenar en costas en favor de la parte actora en razón a la prosperidad parcial inferior al 60% de las pretensiones económicas de la demanda.

Ciertamente, el a quo contaba con la posibilidad de no condenar en costas y así lo hizo expresando las razones de su decisión.

Aunado a lo anterior, debe decirse que el criterio subjetivo que invoca la parte demandada no resulta aplicable actualmente; de ahí que la buena fe con que hubiesen actuado las partes no es un criterio a tener en cuenta al momento de imponer una condena en costas.

Por todo lo anterior, se mantendrá la decisión que en tal sentido profirió el juzgado de primera instancia.

6. Costas y Agencias en Derecho en segunda instancia.

En este caso no se causaron las costas procesales en favor de alguna de las partes, pues ambas interpusieron recurso de apelación y en segunda instancia se modifica parcialmente la sentencia.

7. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33- 000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

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

Falla

Primero: Se modifica el ordinal segundo de la sentencia proferida en primera instancia, el cual quedará así:

*SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se condena al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a que reconozca, liquide y pague a la señora Martha Liliana Castaño Giraldo, la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo con base en el salario que la parte actora devengó en el año de causación de la sanción, **desde el 10/02/2018 hasta el 26/03/2018**. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.*

Segundo: Se confirma en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 16 de diciembre de 2020 dentro del proceso de la referencia.

Tercero: Sin condena en costas en esta instancia.

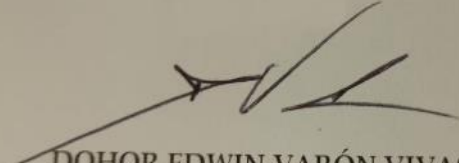
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado.	17-001-33-33-003-2019-00528-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	María Martha Ospina Quintero
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 39

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 8 de noviembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 8851-6 de 16 de noviembre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.
- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.

- Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.
- Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.
- Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.
- Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.
- A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

- Se vinculó a la docencia oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003, y al cumplir los requisitos de ley le fue reconocida pensión de jubilación, de la cual le han venido descontando el 12% de cada mesada pensional, incluidas las adicionales de junio y diciembre, con destino al sistema de salud.
- Pese a que en el acto de reconocimiento se dijo que el reajuste anual pensional se daría en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, dichos incrementos se han hecho conforme lo dispone el mandato 14 de la Ley 100 de 1993.
- Desde la promulgación de la Ley 100 de 1993, los incrementos anuales de las pensiones ordenados en el artículo 53 de la Carta Política vienen dándose con la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo consagrado en el canon 14 de dicho dispositivo legal.
- El 30 de octubre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 147.

Como juicio de la infracción, argumenta que con la decisión asumida por la demandada se atenta contra su derecho a mantener el poder adquisitivo de la mesada pensional, en la medida que las Leyes 71/88 y 238/95 disponen el ajuste periódico de las pensiones tomando como base el incremento que el gobierno nacional fije para el salario mínimo legal.

Añade que la llamada por pasiva viene ajustando las pensiones atendiendo lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir, el IPC; no obstante, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio están excluidos del régimen pensional general en virtud del canon 279 de la misma norma, lo que incide en que desde el año 1996, se estén dando incrementos inferiores al aumento del salario mínimo mensual legal vigente.

Respecto a los aportes en salud y el monto que ha de ser descontado, acota que el FNPSM toma como excusa el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 para incrementar el porcentaje de cotización al sistema, sin atender las precisiones que deben hacerse dependiendo de la vinculación al servicio docente. Agrega que, con la aplicación de manera indistinta de normas generales y especiales, se ha creado un tercer régimen no previsto por el legislador, en contravía del postulado 53 Superior.

4. Contestación de la demanda.

4.2. Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Indicó que la Ley 100 de 1993 en su artículo 279 dispuso que el sistema General de Seguridad Social en Salud no se aplicaría a los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, exceptuando a aquellos que se vinculen con posterioridad a la vigencia de la ley 812 de 2003; sin embargo, de acuerdo a lo dispuesto con el artículo 14 de la mentada

ley 100, dicha disposición es aplicable a todos los regímenes de pensionados, sin importar que se encuentren excluidos. Es así como el artículo 14 señala que las mesadas pensionales, cualquiera sea su naturaleza, deben ser reajustadas cada año de manera oficiosa según la variación del IPC; no obstante, cuando dicha prestación sea igual al salario mínimo, la misma será reajustada conforme al aumento de dicho salario.

Revisando la resolución de reconocimiento de la pensión del demandante, se tiene que la misma se reconoció por un valor superior al salario mínimo legal vigente para la fecha de reconocimiento, por lo que no resulta procedente reajustar su mesada tomando como base el incremento anual del salario mínimo legal mensual vigente.

Respecto al descuento en salud, la ley 91 de 1989 estableció que la gestión y pago de las pensiones, así como el procedimiento y prestación del servicio médico de salud de todos los docentes, estaría a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual debería descontar el 5% de cada mesada pensional cancelada a un docente, inclusive respecto de las mesadas adicionales, cualquiera sea su naturaleza. Posteriormente con la expedición de la ley 812 de 2003 en su artículo 81, se previó que el régimen de cotización de los docentes que se encontraran afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sería el contenido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, situación que fue confirmada por el Consejo de Estado, quien negó mediante una acción de tutela, la solicitud de reintegro del monto descontado de las mesadas adicionales del junio y diciembre. De acuerdo con lo dispuesto en la ley 812 de 2003, la cual dio alcance al régimen de cotización en salud previsto en la ley 100 de 1993, a los docentes se les aumentará el monto de cotización al sistema de salud respecto de su mesada pensional, la cual pasó de una cotización del 5% al 12% previsto en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, disposición que no implica que dicho descuento no se pueda efectuar a las mesadas adicionales.

5. Sentencia de Primera Instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante y negó la condena en costas.

Para ello analizó el régimen normativo aplicable a los descuentos para salud de las mesadas de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio concluyendo que, la remisión a las normas de la Ley 100 de 1993 se contrae al valor de la tasa de cotización que los docentes afiliados al fondo deben hacer por concepto de salud. Que de conformidad con el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la cotización al régimen contributivo de salud es del 12% del ingreso o salario base de cotización.

En cuanto a los descuentos sobre las mesadas adicionales señaló que, si la vinculación del docente es anterior al 27 de junio de 2003, deben realizarse los descuentos sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, pero si el docente pensionado se vinculó después de esta fecha no son procedentes los descuentos.

En cuanto al incremento anual de las pensiones se remitió al artículo 14 y 279 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 1° de la Ley 238 de 1995, para concluir que lo dispuesto en la Ley 100 le era igualmente aplicable a los regímenes exceptuados. Señaló que con lo dispuesto en el artículo 286 de la Ley 100 de 1993 quedó derogado de manera tácita el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

6. Recurso de Apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante apeló la sentencia de primera instancia al considerar que, el objeto de la demanda era obtener el incremento de la mesada pensional conforme al salario mínimo dentro del régimen exceptuado y determinar la fórmula de incremento más favorable conforme a la posibilidad otorgada por el artículo 1° de la Ley 238 de 1995. A su juicio, la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los regímenes exceptuados, se condicionó a que ello implicara un beneficio para el pensionado, situación que no ocurre con las pensiones reconocidas conforme a la Ley 33 de 1985, a las cuales les resulta más beneficioso la aplicación del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 en tanto contempla un incremento de acuerdo con el aumento anual del salario mínimo legal mensual vigente; y no de acuerdo al IPC como se prevé en la Ley 100 de 1993.

Respecto de los aportes en salud, citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales, en el caso de los docentes vinculados al servicio estatal antes del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el FNPSM, el descuento de la cotización del 5% para la salud se hace sobre cada mesada pensional incluidas las adicionales; en el caso de docentes vinculados a partir del 27 de junio de 2003 que se encuentran pensionados por el referido fondo, la cotización del 12% para salud se descuenta de la respectiva mesada pensional mensual y no de las mesadas adicionales. Considera que aplicar el 12% de descuento para el sistema de salud sobre las mesadas adicionales, desconoce el principio de indivisibilidad en la aplicación de los regímenes pensionales; es decir, que el tomar elementos de uno y otro régimen – de la Ley 812 de 2003 y de la Ley 91 de 1989 – para resolver un mismo aspecto – descuentos en salud respecto de la pensión de afiliados al FNPSM – implica la creación de un tercer régimen.

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo expuesto en el fallo de primer grado, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- *¿Le asiste derecho a la parte demandante al reajuste periódico de la pensión de jubilación con base en el incremento del salario mínimo mensual legal vigente, según lo establece la Ley 71 de 1988?*
- *¿Qué porcentaje debe aplicarse sobre la mesada pensional de la parte actora, para realizar el descuento con destino al sistema de salud?*
- *¿Tiene derecho la parte actora a que no se le realicen los descuentos con destino al sistema de salud sobre las mesadas adicionales de su pensión ordinaria de jubilación?*

1. Ajuste periódico de las pensiones.

El artículo 53 de la Carta Política establece un mandato dirigido a la protección de los ingresos de los pensionados, a través del mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales” /Destaca el Tribunal/.

Este cometido constitucional encuentra desarrollo en diversos instrumentos de índole legal, incluso, se encuentra previsto en diferentes disposiciones anteriores a la Carta Política de 1991. Verbigracia, el canon 1 de la Ley 4ª de 1976¹ disponía:

“Artículo 1º.- Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma:

Cuando se eleve el salario mínimo mensual legal más alto, se procederá como sigue: con una suma fija igual a la mitad de la diferencia entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, más una suma equivalente a la mitad del porcentaje que represente el incremento entre el antiguo y el nuevo salario mínimo mensual legal más alto, esto último aplicado a la correspondiente pensión”.

Posteriormente, los parámetros para la actualización del valor de las pensiones fueron modificados por el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, por cuyo ministerio:

“ARTICULO 1o. *Las pensiones a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 4a. de 1976, las de incapacidad permanente parcial y las compartidas, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que sea incrementado por el Gobierno el salario mínimo legal mensual.*

PARAGRAFO. *Este reajuste tendrá vigencia simultánea a la que se fija para el salario mínimo” /Destaca la Sala/.*

En análogos términos, el Decreto 1160 de 1989 reiteró el mandato de reajuste pensional tomando como parámetro el incremento del salario mínimo decretado por el Gobierno Nacional:

“Reajuste pensional. Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, incapacidad permanente parcial, compartidas y de sobrevivientes, de los sectores público, privado y del Instituto de Seguros Sociales, se reajustarán de oficio y en forma simultánea con el salario mínimo legal, en el mismo porcentaje en que éste sea incrementado por el Gobierno Nacional”.

Con la promulgación de la Ley 100 de 1993, se introdujo un cambio en el parámetro de aumento periódico de las mesadas pensionales, dependiendo del valor de la misma, pues una es la regla aplicable cuando la pensión es equivalente al valor del salario mínimo mensual legal vigente, y otra cuando es superior a dicho guarismo. Al respecto, el artículo 14 de dicho esquema disposicional prevé:

“Artículo 14. *Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o*

¹ “Por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”.

sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.

La norma en mención fue objeto de estudio de constitucionalidad, cuyo resultado fue la exequibilidad, declarada mediante la Sentencia C-387 de 1994², de la cual la Sala destaca en lo pertinente, lo siguiente:

“Para la Corte es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás. En consecuencia, ha decidido el legislador que el valor de la pensión para esas personas se reajuste en un porcentaje igual al del salario mínimo legal mensual, con el fin de que dicho ingreso conserve su poder adquisitivo y así pueda el beneficiario satisfacer sus necesidades básicas y llevar una vida digna.

(...) Así las cosas, no le asiste razón al demandante, pues no es posible afirmar con certeza cuál de los dos sistemas podría resultar más benéfico para el pensionado, ya que ello dependerá del comportamiento que presente cada uno de esos factores a través del tiempo, de manera que habrá ocasiones en que el índice de precios al consumidor sea superior al porcentaje en que se incrementa el salario mínimo, y en otras, éste sea inferior a aquél, o pueden existir casos en que los dos sean iguales.

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada” /Destacado del Tribunal/.

Por su parte, el Consejo de Estado³ se pronunció sobre la vigencia del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 y el alcance de la fórmula del incremento pensional consagrado en la Ley 100 de 1993:

“Ahora bien, en criterio de la parte demandante, la mesada de quienes se pensionaron con anterioridad al 1.º de abril de 1994 debe incrementarse en la forma prevista por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se ajustaba el salario mínimo, afirmación frente a la cual debe indicarse que el hecho de que el porcentaje en el cual se reajusta la pensión no sea un derecho adquirido, implica que el sistema definido por la Ley 100 de 1993 podía regular válidamente la proporción del aumento de la prestación, derogando el enunciado normativo que venía rigiendo hasta ese momento, tal y como lo admitió la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1996, al señalar:

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, 17 de agosto de dos mil diecisiete (2017) Rad. 11001-03-24-000-2010-00007-00(3294-14).

«(...) A partir del 1.º de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula (sic) prevista en la Ley 71 de 1988, esto es, en el mismo porcentaje en que se incrementó por el Gobierno el salario mínimo legal mensual. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14 y teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 142 y 143 ibídem, lo que significa que el referido reajuste se produce anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, más la mesada adicional y el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud, a favor de los pensionados con anterioridad al 1º de enero de 1994 (...)

Conclusión: Conforme a las consideraciones expuestas, el porcentaje de reajuste de la mesada pensional no es un derecho adquirido, por lo tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que el legislador está habilitado para modificar las normas que consagran la proporción en que se realizarán los aumentos de las mesadas pensionales”.

De acuerdo con lo anterior, el reajuste previsto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sí es aplicable a quienes les fue reconocida la pensión antes del 1.º de abril de 1994 y no el definido por la Ley 71 del 19 de diciembre de 1988, toda vez que esta última quedó derogada por aquella” /Subrayas fuera del texto/.

Por otra parte, uno de los argumentos en los que insiste la parte actora en su recurso de apelación se entrelaza con el principio de favorabilidad en materia pensional, que a su juicio, legitima la aplicación del incremento pensional con el aumento del salario mínimo legal mensual vigente, previsto en la Ley 71 de 1988. En punto a este raciocinio, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-425 de 2017⁴ esbozando:

“ (...) Lo anterior, hasta el punto de que en su demanda **no sólo solicita declarar inexecutable el apartado demandado, según el cual las pensiones “se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior”, sino que incluso le pide a la Corte señalar que lo más favorable para el pensionado es “la medición del poder adquisitivo constante de las pensiones por el método de medición de la equivalencia de las pensiones en relación con el Salario Mínimo Legal Vigente”**[85], como si este fuese expresamente el mandato constitucional

(...) Por lo tanto, **se concluye que además de que la propia Constitución faculta al legislador a decidir, con autonomía política, de qué manera reajustar periódicamente el valor de las pensiones, de tal forma que no hay lugar aquí para la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral del que trata el artículo 53 superior, en todo caso los índices o referencias de actualización a los que acudió el legislador para actualizar las pensiones de forma diferenciada según su valor (IPC y SMLMV) tienen un origen, una explicación y unos propósitos diferentes, al mismo tiempo que se relacionan entre ellos de una forma particular.** (...)

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, **pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración**

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles” /Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, es claro que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM) se hallan excluidos del régimen pensional general previsto en la Ley 100 de 1993 en virtud del expreso mandato del artículo 279 de esa norma⁵, no obstante, este mandato legal debe leerse en armonía con el canon 1 parágrafo 4 de la Ley 238 de 2005, que reza:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo: (...)

“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”. /Resaltado de la Sala/

Recogiendo los elementos presentes en el marco normativo y jurisprudencial reproducido en las líneas que anteceden, los cuestionamientos vertidos por la parte demandante contra el fallo de primer grado, y con ellas las súplicas de la demanda, no encuentran eco de prosperidad, por diversas razones.

De un lado, la jurisprudencia constitucional justifica el establecimiento de un marco diferencial de protección a las personas que devengan pensiones cuyo valor es equivalente a un (1) salario mínimo mensual, respecto a aquellos pensionados que devengan una mesada superior, como medida positiva encaminada a lograr el mandato de igualdad real y efectiva (art. 13 C.P.). En todo caso, la Corte deja en claro que el salario mínimo y el I.P.C. responden a factores y realidades diferentes, no siempre predecibles, por lo que no puede realizarse un juicio de comparación puro y simple entre ambos.

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual

⁵ “(...) Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)” /Subrayado de la Sala/.

precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración normativa que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

Justamente, al referirse a dicho texto legal, tanto la Corte Constitucional como el supremo órgano de lo contencioso administrativo en las providencias citadas en precedencia, coinciden al afirmar que el artículo 1 de la Ley 71 de 1988 ha de entenderse derogado por el canon 14 de la Ley 100/93, incluso, respecto a quienes obtuvieron su derecho pensional con anterioridad a aquella disposición, todo ello bajo el entendido de que el porcentaje de incremento o reajuste pensional anual no constituye un derecho adquirido.

Bajo esta óptica, ha de concluirse que, si bien los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003 cuentan con un régimen pensional especial y diferente al general consagrado en la Ley 100 de 1993, de ello no se sigue que al amparo de este régimen puedan acudir a la Ley 71/88 para obtener un incremento pensional anual diferente al vigente, pues este aspecto no integra el régimen pensional propiamente dicho.

Ante este panorama, tampoco resulta de recibo el argumento relacionado con el principio de favorabilidad, pues existe una disposición expresa sobre la forma en la que proceden los aumentos pensionales, y la existencia de aumentos pensionales con base en el salario mínimo únicamente se justifica en el caso de las pensiones cuyo monto equivale a este salario. Tal y como lo ha dejado claro la Corte Constitucional en la sentencia *ut supra*, el legislador cuenta con un poder de configuración normativa asignado por la Constitución Política, que ciertamente le otorga autonomía para establecer el modelo o fórmula específica de actualización anual de las pensiones en aras de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y por ende, de las mesadas pensionales.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la parte demandante supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 44 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

2. Descuentos con destino al sistema de salud.

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes

(art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

En relación con los pensionados, la Ley 100 de 1993 los cataloga como afiliados con capacidad de pago, por lo que se encuentran en el régimen contributivo del sistema de salud (art. 175, lit. A, num. 1), incluso, el canon 143 de ese esquema disposicional establece que quienes hayan obtenido el reconocimiento pensional antes de la entrada en vigencia de la norma, tendrían derecho al reajuste mensual según la tasa de cotización en salud, además, instituye que la obligación de cotizar en salud se halla en cabeza de los pensionados en su totalidad.

Al pronunciarse sobre la obligación de los pensionados de cotizar con destino al sistema de salud, la Corte Constitucional⁶ expresó:

“(...) Entonces, incluso los regímenes de excepción tienen el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social, para la prestación de los servicios médico asistenciales, situación que no varió con la expedición de la Ley 100 de 1993. Esto encuentra respaldo en el principio de solidaridad que caracteriza este sistema. Así en las sentencias C-1000 de 2007, la Corte reiteró la posición de la obligación de cotizar al Sistema, señalada en la C-548 de 1998 y sobre los aportes que deben efectuar los pensionados señaló:

“(...) frente al deber que tienen los pensionados de cotizar en materia de salud, la Corte ha estimado que (i) es un desarrollo natural de los preceptos constitucionales que la ley ordene brindar asistencia médica a los pensionados y que prevea que éstos paguen una cotización para tal efecto, ya que la seguridad social no es gratuita sino que se financia, en parte, con los mismos aportes de los beneficiarios, de conformidad con los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en materia de salud.”

En conclusión todo pensionado debe contribuir a la sostenibilidad y eficiencia del sistema General de Salud, no sólo para recibir los distintos beneficios, sino para financiar el sistema en su conjunto, colaborando con sus aportes a la prestación de la asistencia médica de todas las personas que pertenecen al régimen subsidiado, en desarrollo del principio de solidaridad consagrado en la Constitución. (...) /Resalta el Tribunal/”.

En cuanto al monto sobre el cual se deben realizar los aportes en salud, las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 contenían porcentajes que regularmente equivalían al 5%, como ocurría en el caso de la Ley 4ª de 1966 para el caso de los pensionados de la extinta Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL. En el mismo sentido, el Decreto 3135 de 1968 dispuso:

“A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria. Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión”.

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

En el caso de los educadores, la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tiene como uno de sus objetivos garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales de los profesores, y en el artículo 8 de la citada ley se establece que esta cuenta se haya constituida, entre otros, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*.

Sin embargo, el porcentaje fue modificado con posterioridad con la expedición de la Ley 812 de 2003, que introdujo modificaciones sustanciales al régimen pensional docente. En el artículo 81 esta norma prescribe:

“ARTÍCULO 81. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones”
/Subraya el Tribunal/.

En atención a la remisión normativa de que trata el canon citado, la Ley 100 de 1993 consagra el monto de las cotizaciones con destino al sistema de salud a cargo de los afiliados en el artículo 204, por cuyo ministerio:

“(…) La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado”
/Resalta la Sala/.

Debe anotarse que esta preceptiva fue objeto de dos modificaciones relacionadas con el valor o monto de las cotizaciones al sistema de salud, de la siguiente manera:

(i) Mediante la Ley 1122 de 2007, artículo 10, la cotización al régimen contributivo en salud a partir del 1º de enero de 2007 pasó a ser ‘del 12,5% del ingreso o salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. La cotización a cargo del empleador será del 8.5% y a cargo del empleado del 4%. Uno punto cinco (1,5) de la cotización serán trasladados a la subcuenta de Solidaridad del Fosyga para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado’.

(ii) Luego, la Ley 1250 de 2008 adicionó el canon 204 de la Ley 100/93 al prescribir que ‘La cotización mensual al régimen contributivo de salud de los pensionados será del 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional’.

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

“Del análisis de la normatividad referida [artículos 2 de la Ley 4 de 1966 y 8.5 de la Ley 91 de 1989 que tratan del descuento del 5% para el Fondo incluidas las mesadas adicionales], se evidencia que el legislador, sentó para todos los afiliados a la Caja Nacional forzosos y voluntarios e incluidos los pensionados la obligación de cotizar para salud, deber que también opera para los afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales. Actualmente, con el sistema de seguridad social integral previsto en la Ley 100 de 1993, del cual hace parte el subsistema de seguridad social en salud, una de las obligaciones de los afiliados es justamente efectuar las cotizaciones. (Artículo 161 Ley 100 de 1993). Lo propio hizo el artículo 8º de la Ley 91 de 1989, respecto del personal afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que incluye también a los pensionados. (Pensión ordinaria) (...)

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Ley 91 de 1989 artículo 8-5	5%
Ley 812 de 2003, 8, artículo 81	El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -Subsección B- Consejero ponente: César Palomino Cortés-, diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018) -Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00624-01(0340-14)

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-529 de 23 de junio de 2010

	<i>del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones.</i>

Así las cosas, la cotización para salud del sistema general de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el mismo porcentaje del régimen general (...)/Subrayado del Tribunal/.

A voces de las normas parcialmente reproducidas, el ordenamiento constitucional atribuye a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social – *entre ellos los pensionados*- el deber de materializar el principio de solidaridad a través de los aportes o cotizaciones destinados a generar su viabilidad financiera. Así mismo, aun cuando la Ley 91 de 1989 originalmente previó un porcentaje del 5% como monto de la cotización, este asciende en la actualidad al 12%, en virtud de la modificación introducida por la Ley 812 de 2003, que remite a los mandatos de orden pensional general.

En lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por *‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’*, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

En este sentido, aun cuando la Ley 100 de 1993 no contempla la realización de descuentos sobre las mesadas adicionales, la Ley 91 de 1989 –*régimen especial para los docentes afiliados al FNPSM*- sí contiene dicha obligación, por lo que la extensión del régimen de cotizaciones de la Ley 100/93 a los profesores ha de entenderse exclusivamente ceñida al aumento del monto de la cotización (del 5% al 12%), y no conlleva la derogatoria del canon 8 de la Ley 91/89, en cuanto prescribe que tales mesadas serán objeto de aportes con destino al sistema de salud.

El Tribunal trae a colación los planteamientos esbozados por el Consejo de Estado⁹ al abordar las pretensiones de devolución de aportes realizados sobre las mesadas adicionales de un pensionado afiliado al FNPSM:

“(…) A partir de lo anterior, esta Sala advierte, en síntesis, que el tribunal, señaló que aunque la Ley 812 de 2003 gobierna el monto de las cotizaciones a salud de los pensionados afiliados al Fondo Nacional de

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

Prestaciones Sociales del Magisterio, es necesario remitirse a la Ley 91 de 1989, en lo que toca con la posibilidad de efectuar dichos descuentos sobre las mesadas adicionales.

En ese sentido, consideró viable el descuento por salud sobre la mesada catorce percibida por la accionante, por cuanto, aunque las Leyes 42 de 1982 y 43 de 1984, prohibían descuento alguno sobre las mesadas adicionales, en su criterio, estas normas fueron derogadas tácitamente por la Ley 91 de 1989, por haber sido expedida de forma posterior, la cual, contempló dichos descuentos sobre las mesadas adicionales, inclusive.

En esta perspectiva, advierte la Sala que el análisis normativo efectuado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es razonable, toda vez que se sustentó en la vigencia de las normas relevantes al asunto puesto en consideración, por lo que no es posible colegir que la providencia judicial cuestionada constituya un error sustantivo.” /Subraya el Tribunal/.

Finalmente, se toma como referente la sentencia de unificación del Consejo de Estado¹⁰ con la cual se fijó la siguiente regla: “Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.”

Lo anterior permite concluir que el acto demandado se ajusta a la legalidad en tanto dispone realizar los descuentos previstos expresamente en la Ley 91 de 1989 sobre las mesadas adicionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, obligación que les asiste a los educadores por disposición de la norma en mención, y que no ha de entenderse suprimida, cesada o derogada por el hecho de que la Ley 812 de 2003 no haya reproducido de manera expresa dicho contenido.

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

3. Costas.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹¹ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición,

¹⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 66001-33-33-000-2015-00309-01(0632-18) CE-SUJ-024-21

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

De lo anterior se sigue que, en este caso, no se causaron costas procesales en segunda instancia en razón a la inactividad de la parte demandada.

4. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 8 de noviembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora María Martha Ospina Quintero contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

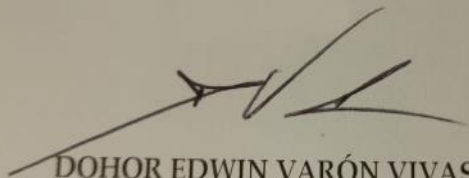
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Segunda Oral de Decisión
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 008 2020 00261 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Gloria Amparo Rincón Hernández
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 40

Asunto

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de noviembre de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicita:

1. Se declare la nulidad del acto ficto configurado el 28 de septiembre de 2019, en razón al silencio administrativo frente a la petición del 28 de junio de 2019, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la parte demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i) Declarar que la parte demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional – prima de mitad de año -, por ser pensionada del FNPSM.
- ii) Ordenar la indexación de las sumas de dinero que fueren reconocidas.
- iii) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del C/CA.
- iv) Que se condene en costas a la entidad demandada.

2. Hechos.

Se indica que la parte demandante prestó sus servicios como docente oficial, con afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), sin derecho a la pensión gracia en razón a que su vinculación fue posterior al 1° de enero de 1981.

Por cumplir con los requisitos de ley, a la parte demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución 55441 del 13 de mayo de 2014.

A la parte demandante no se le ha cancelado la mesada adicional de medio año a la cual, según estima, tiene derecho de acuerdo con la Ley 91 de 1989; regulación que fue confirmada en Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, identificada como SUJ-014-CE-S2-2019 Consejero Ponente: César Palomino Cortés.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invocó la Ley 91 de 1989 Artículo 15 y la Sentencia de unificación SUJ—014—CE—S2—2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Como concepto de la violación se expresa, en suma, que la prima de mitad de año fue creada

por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.

De conformidad con el literal (b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, aquellos docentes que no fueron acreedores de la pensión gracia, cuentan con el beneficio de la prima de mitad de año, distinta a la mesada adicional prevista por el régimen de la Ley 100 de 1993.

El Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió la mesada adicional prevista en la Ley 100 de 1993, más no aquella consagrada en la Ley 91 de 1989.

4. Contestación de la demanda.

4.1. La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM-

Guardo silencio en esta etapa procesal.

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 29 de noviembre de 2021, negó las pretensiones de la parte demandante.

En primer lugar, indicó que la prima de mitad de año fue concebida para compensar al grupo de docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se vieron afectados por la modificación al régimen que pertenecían, específicamente, ante la eliminación del derecho al reconocimiento de la pensión gracia. (Ley 91 de 1989, artículo 2°, literal B)

Así mismo, señaló que con la expedición de la Ley 100 de 1993 (Artículo 142) se creó el derecho al reconocimiento de la mesada adicional (mesada 14) para los pensionados. Sin embargo, aclara que de dicho régimen quedaron exceptuados los afiliados al FNPSM conforme lo dispuso el artículo 279 ibídem.

A continuación, precisó que con el Acto legislativo 01 de 2005 - que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política – dispuso que *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año.”* y en su Parágrafo Transitorio 6o. dispuso que *“Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.”* Con fundamento en lo anterior coligió que, el propósito del constituyente fue, entre otras cosas, eliminar el derecho de todos los pensionados a recibir la mesada adicional a las 13 percibidas anualmente, con la excepción ya antedicha. Al respecto, también se sirvió citar un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹, en similar línea de intelección a la que se expone, relacionado con el reconocimiento de la mesada 14 a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Respecto del caso concreto observó que la parte demandante adquirió el derecho a la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011, y en tal sentido no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional según lo dispone el parágrafo sexto transitorio del artículo 48 de la Constitución Política.

Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibidem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenó en costas a la parte demandante y fijó las agencias en derecho, dado que se han negado las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandada desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

6. Recurso de apelación.

La apoderada de la parte demandante solicitó revocar la sentencia de primer grado de conformidad con los argumentos que pasan a compendiarse.

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

Precisó que la mesada adicional pretendida es aquella prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que creó dicho beneficio a modo de compensación para aquellos docentes que no reunieron los requisitos para ser beneficiarios de una pensión gracia; mientras que la mesada de medio año creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 buscaba compensar a aquellas personas que se pensionaron con anterioridad a la Ley 71 de 1988.

Se refirió a las Sentencias C-409 de 1994 y C-461 de 1995 emanadas de la H. Corte Constitucional, así como a la Sentencia de Unificación de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado de 25 de abril de 2019, identificada como SUJ –014 -CE-S2-2019, Consejero Ponente César Palomino Cortés.

Señala que la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A) artículo 188 fue adicionada por la ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 47, así: *“En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*. Agrega que, frente a la fijación de las agencias en derecho se ha establecido que el operador judicial, al momento de cuantificarlas, está en la *“obligación de tener en cuenta factores como la naturaleza del proceso, la calidad y duración de la gestión realizada, la cuantía del proceso, y otras circunstancias especiales, señalando como tope el máximo previsto en las tarifas mencionadas”*.

7. Alegatos de segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte actora que se declare la nulidad del acto administrativo con el cual la entidad demandada le negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año y, en consecuencia, se proceda a ordenar el reconocimiento de dicha prestación.

1. Problemas Jurídicos.

De conformidad con los planteamientos de la parte apelante, los problemas jurídicos a desatar se contraen a los siguientes:

1.1. ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?

2.1. ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

2. Marco jurídico de la prima de mitad de año.

La Ley 91 de 1989, “*Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistrado*”, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“(…)

*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**”. /Resalta la Sala/*

Más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTÍCULO 142. *Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, (---), tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará*

con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

(...)

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual."

Posteriormente, el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto "los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración".

Luego fue expedida la Ley 238 de 1995 que adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

2.1. La modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, dispuso:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

(...)

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

(...)

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia

del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...)

"Parágrafo 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podráncausarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursosde naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídicoalguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legalesvigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechosde prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

(...)

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto de 22 de noviembre de 2007² concluyó:

“

(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una

² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de 2007. Radicación No. 1.857. 11001-03-06-000-2007-00084-00.

excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

*Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1º del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.
(...)*

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6º transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

*Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.
(...)”*

Por lo anterior, y contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como propósito contribuir a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **mediante la unificación de regímenes pensionales**, y la imposición de prohibiciones en punto a los límites en los montos pensionales y al número de mesadas devengadas por los beneficiarios en un año. No obstante, en el parágrafo transitorio 6º, introdujo una excepción a esta última limitación, aclarando que recibirán 14 mesadas al año quienes sean beneficiarios de una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, siempre que esta se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

Lo anterior permite a esta Sala de Decisión concluir que **no procede** el reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14:

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005, siempre que la cuantía de la pensión reconocida supere los 3 SMMLV; y
- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, sin excepción.

Por último, debe señalarse que la sentencia de unificación emitida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, traída al debate por la parte actora como sustento adicional de sus pretensiones, no contiene una disertación en torno a la vigencia del numeral 2 del artículo 15 de la ley 91 de 1989 de cara a lo previsto en el inciso octavo del Acto Legislativo 01 de 2005. La alusión que en dicha sentencia de unificación se hace a la prima de mitad de año como factor computable en la pensión de vejez de los docentes, constituye un *obiter dicta* que, por lo tanto, no tuvo incidencia en la solución del problema jurídico que convocó la atención de la Alta Corporación y que derivó en la decisión allí plasmada.

3. Caso Concreto.

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución del 13 de mayo de 2014, a la señora Gloria Amparo Rincón Hernández le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$2'232.290, a partir del 17 de enero de 2014;
- Mediante petición del 28 de junio de 2019 la parte demandante solicitó el reconocimiento de la prima de mitad de año, la cual no fue atendida de manera expresa por la demandada.

Atendiendo a tales situaciones y a lo que es materia de reproche frente a la decisión de primera instancia, se permite esta Sala Plural concluir que:

- La parte demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Incluso, con posterioridad al 31 de julio de 2011, fecha límite para la aplicación de la excepción.
- En gracia de discusión, la cuantía de la pensión reconocida supera el límite máximo de 3 SMMLV.

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la parte demandante, en razón a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia

del Acto Legislativo 01 de 2005 y en todo caso, con posterioridad al 31 de julio de 2011, razón por la cual no se aplica la excepción relativa al monto de la pensión.

En conclusión, la parte demandante no reúne los requisitos necesarios para acceder a la prestación pretendida, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

4. Costas en primera y segunda instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Ahora bien, se observa que el a quo, al imponer la condena en costas, invocó el criterio objetivo valorativo fijado por el Consejo de Estado; no obstante, pasó por alto que la entidad demandada no contestó la demanda y por lo tanto ninguna gestión útil desplegó a través de apoderado judicial que justificara las costas en su componente de agencias en derecho. En consecuencia, será revocado el ordinal segundo de la sentencia apelada.

En segunda instancia no se causan las costas a cargo de la parte demandante porque no se halla actividad procesal de la parte demandada.

5. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se revoca el ordinal segundo de la sentencia apelada. En su lugar se dispone:
2. Negar la condena en costas a cargo de la parte demandante.

Segundo: Se confirma en lo demás la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora Gloria Amparo Rincón Hernández dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM-.

Tercero: Sin condena en costas en esta instancia.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

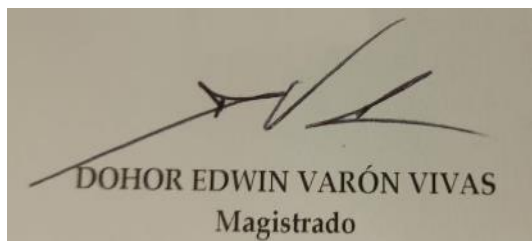
Quinto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Fernando', with a stylized flourish at the end.

Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Dohor', with a stylized flourish at the end.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Augusto', with a stylized flourish at the end.

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Acción:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17001 23 33 000 2021 00207 00
Demandante:	Viviana Marcela Herrera Muñoz
Demandado:	Assbasalud ESE
Providencia:	Sentencia No. 41

Pasa la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

La accionante solicita que por esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

“PRIMERO: Declarar la nulidad del acto administrativo con radicación GER-099 de fecha 18 de marzo de 2021, expedido por el señor IVAN FERNANDO ABASOLO GUERRERO representante legal de ASSBSALUD E.S.E., por medio del cual se niegan las peticiones encaminadas al reconocimiento de la existencia de la primacía de la realidad sobre los contratos de prestación de servicios celebrados con mi poderdante, y consecuentemente el vínculo laboral. pago de las acreencias laborales que se desprenden de un verdadero

SEGUNDO: Que se declare el reconocimiento de la relación laboral, regida por uno o dos contratos de trabajo a término indefinido, que existió entre ASSBSALUD E.S.E. y la doctora VIVIANA MARCELA HERRERA MUÑOZ, en virtud de los sucesivos contratos de prestación de servicios suscritos desde el 30 de agosto de 2014 hasta el 31 de julio de 2019.

TERCERO: En consecuencia de las declaraciones anteriores, ordenar el pago a título de restablecimiento del derecho, se condene a ASSBASALUD E.S.E. a pagar en favor de la doctora VIVIANA MARCELA HERRERA MUÑOZ, lo correspondiente a todas las prestaciones sociales, tales como prima de navidad, prima de vacaciones, prima semestral, indemnización por las

vacaciones no disfrutadas, cesantías, intereses sobre las cesantías, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, bonificaciones por recreación, reliquidación de salarios y en general los factores salariales que contemplen las leyes y los decretos que rijan los servidores públicos de planta de ASSBSALUD E.S.E.

CUARTO: Que se declare el reconocimiento y pago de las cotizaciones que realizó la demandante al sistema integral de seguridad social en salud y pensión, con ocasión al vínculo de prestación de servicios que sostuvo con la parte demandada, teniendo en cuenta los valores mensuales percibidos en los respectivos contratos de prestación de servicios.

QUINTO: Que se declare el reconocimiento y pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber cumplido con la obligación legal de consignar en un Fondo de Pensiones y Cesantías, el valor del auxilio de la cesantía para el 14 de febrero de cada anualidad.

SEXTO: Que se declare el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales a la señora VIVIANA MARCELA HERRERA MUÑOZ, al momento de la terminación del contrato de trabajo.

SEPTIMO: Que se condene a la demandada a pagar en favor de la doctora VIVIANA MARCELA HERRERA MUÑOZ, el reintegro por los dineros descontados por concepto de retención en la fuente con ocasión de los contratos celebrados.

OCTAVO: Que las sumas reconocidas deberán contener la actualización, los intereses y las indexaciones de acuerdo al IPC, así como el pago y reconocimiento de los ajustes de valores a que haya lugar por motivos de la disminución del poder adquisitivo de cada uno de los salarios y prestaciones adeudadas.

NOVENO: Que se declare el reconocimiento y reintegro de los valores cancelados por la parte activa por concepto de pago de ESTAMPILLAS, RETE ICA y demás impuestos generados en la legalización de los contratos de prestación de servicios.

DECIMO: Que se condene a la parte demandada si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 a reconocer y pagar en favor de mi mandante los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en ese mismo Código.

DECIMO PRIMERO: Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada”

2. Hechos.

Los hechos planteados en la demanda se resumen en los siguientes:

- La señora Viviana Marcela Herrera Muñoz celebró con ASSBASALUD E.S.E. unos contratos de prestación de servicios profesionales como médica general, los cuales tuvieron solución de continuidad desde el 30 de agosto de 2014 hasta el 31 de julio de 2019.

- Afirma que se dieron los requisitos de prestación personal del servicio, subordinación, remuneración por la labor prestada y, vocación de permanencia en la función desempeñada.
- Que cumplía las mismas labores de los médicos de planta de la entidad, recibiendo órdenes de los jefes, cumpliendo horarios, solicitando permisos en caso de tener que ausentarse, asistía a capacitaciones y recibía llamados de atención.
- Que la demandada Assbasalud ESE le definía las labores a realizar, el lugar y el horario.
- Que no tenía vacaciones, días de descanso, por lo que tuvo que suspender un contrato por dos meses, para un viaje fuera del país.
- Que los elementos para prestar el servicio médico eran proporcionados por la entidad demandada.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere la demandante como normas vulneradas las siguientes:

Artículos 1, 2,6, 12, 25, 48, 53,83,93, 94, 121, 123, 125, 209 y 315-1 de la Constitución Política.

Decreto Ley 1285 de 2009

Ley 1437 de 2011

Ley 1071 de 2006

Ley 50 de 1990

Ley 785 de 2005 Art. 4, Art. 21

Ley 4 de 1992 Art. 3, 252

Código sustantivo de trabajo

Convenios de la OIT No 95 y 100, suscritos y ratificados por el Estado Colombiano

Recomendaciones sobre la relación de trabajo R 198 de 2006

Decreto Ley 222 de 1983

Acuerdo 32 de la Ley 8 Artículo 19 de la 1999 de 2014

En el concepto de violación hace un extenso relato de la prestación de servicios de la demandante, la cantidad de contratos suscritos, su objeto, los extremos temporales e interrupciones; así como desarrolla cada uno de los elementos

necesarios para que se configure una relación laboral; afirmando que, la demandante tenía una relación de subordinación y dependencia laboral con Assbasalud ESE.

Expone ampliamente los elementos de prestación personal del servicio, remuneración, subordinación y dependencia, objeto contractual, cumplimiento de horarios, capacitaciones y reuniones obligatorias, presentación personal y elementos, jerarquización de la función, imposición de funciones de dirección, indelegabilidad de funciones, funciones y labores similares a médicos de planta, órdenes y direccionamiento continuo, manual de funciones médico de planta, permanencia del servicio, solución de continuidad, contratación mediante planta temporal, nulidad del acto que negó la existencia de la relación laboral, e indicios de existencia de contrato realidad.

4. Contestación de la demanda. (Documento 41 expediente digital)

La parte accionada contestó la demandada mediante apoderado judicial pronunciándose sobre los hechos, y aclarando que, Assbasalud era una entidad descentralizada del orden municipal, regida por el entonces Decreto Nacional 130 de 1976; y que el personal vinculado estaba sometido al régimen privado mediante contrato laboral a término indefinido; y afirma que mediante el Decreto Extraordinario Municipal Nro. 234 del 15 de julio de 1996, la Asociación pasó a ser de Participación Mixta.

Sostiene el apoderado que la contratista no desempeñó funciones continuas y subordinadas, tenía plena autonomía para cumplir con el contrato y las actividades pactadas, y que, los contratos celebrados, fueron debidamente liquidados entre las partes.

Por otra parte, dice que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho que, en el caso de quienes prestan servicios de apoyo en el sector público en el área asistencial, es válida la suscripción de órdenes de prestación de servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales, cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad respectiva, o no se cuenta con el personal suficiente de profesionales en la planta pública, como en el presente asunto, que dice, se requirió del apoyo de

Profesionales en Medicina para atender el requerimiento de los usuarios en los servicios asistenciales en apoyo al proceso de urgencias y hospitalización, cumpliendo agenda de turnos pactados desde la celebración del contrato, acorde a la disponibilidad profesional y coordinado con el supervisor del contrato y no un horario laboral obligatorio como se afirma por el actor

Dice que la demandante, no desempeñó funciones Públicas en la entidad Assbasalud ESE subordinadas y exclusivas y dependientes, carga que le competía probarla la demandante, pues tenía la ex contratista plena autonomía para celebrar y ejecutar el contrato y las actividades pactadas, era de su libre voluntad pactarlos y ejecutarlos, no existía norma que le obligara a su cumplimiento, inclusive en el evento de no prestar turnos según su disponibilidad, el único inconveniente para la contratista era el no pago del turno y es lógico, de lo contrario se hubiese incurrido en un pago de lo no debido y en un detrimento patrimonial al erario del estado.

Sostiene que, si bien es cierto la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado SUJ- 025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021, estableció unas prerrogativas o reglas que debe atender el Juez que causa la aspiración de la declaratoria del contrato realidad, no indicó que el debate como tal haya desaparecido y que baste simplemente en relacionar o adjuntar los contratos celebrados para que per-sé sea declarado tal pedimento, sino que, de igual manera deben probarse todos los elementos propios de una relación laboral en especial la subordinación, la dependencia y los elementos intrínsecos que le nutren, carga que es del tenor de quien demanda.

Dice que, según el estatuto orgánico de ASSBASALUD ESE, contenido en el Decreto Extraordinario Municipal Nro. 234 del 15 de julio de 1996, la Asociación de Participación Mixta ASBASALUD, fue transformada en ASSBASALUD EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, entidad pública del orden Municipal, descentralizada, autónoma. En el artículo 18 del mencionado Decreto, se definió el régimen de personal aplicable a los funcionarios públicos que se vinculen, con aplicación de normas del orden nacional para la vinculación en especial la ley 909 de 1994 y sus decretos reglamentarios, especialmente para acceder a los cargos mediante concurso público, salvo los de libre nombramiento y remoción y de período.

Que en la planta de la ESE Assbasalud actualmente no se cuenta con trabajadores oficiales, sólo empleados de carrera administrativa, de libre nombramiento y

remoción y de período; por lo que la demandante no fue vinculada en forma legal y reglamentaria a la entidad Assbasalud ESE, en consecuencia, no era portadora de las prerrogativas laborales que la Constitución y la ley otorga a los empleados públicos.

Refiere que, la prueba documental aportada por la parte demandante como cuadro de turnos, no tienen firma o rúbrica de funcionario competente de Assbasalud ESE, que los respalde, de manera que se opone a su validez, probatoria. Así como se opone a la prueba de correos por adolecer de identificación y nexo de quien lo suscribe y su relación en la ejecución del contrato pactado por la médica Viviana Marcela Herrera Muñoz.

Finalmente, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, y propone las excepciones que denomina: *inexistencia de la obligación laboral (prestaciones Sociales) en favor de la ex contratista Viviana Marcela Herrera Muñoz, Cobro de lo no debido, falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, falta de legitimación por activa para demandar en el presente asunto; excepción genérica del artículo 282 del CGP; caducidad de la acción y prescripción de los derechos en materia laboral, presunción de legalidad de los contratos suscritos entre Assbasalud y Viviana Marcela Herrera Muñoz, aportados como prueba al debate, presunción de legalidad de la liquidación de los contratos suscritos entre Assbsalud y Viviana Marcela Herrera Muñoz aportados .*

5. Alegatos de conclusión

- Parte demandante (Documento 75 del expediente digital)

La parte demandante hace un recuento de la demanda y la contestación de la misma, así como del marco normativo relacionados con las plantas de personal, y sentencias de unificación del consejo de estado en materia de contrato realidad; para considerar que se probó la existencia de 66 contratos de prestación de servicios celebrados entre la parte demandante y demandada.

Relaciona los cuadros de turnos aportados con la demandada, así como unas evidencias de un grupo de WhataApp empleado por Assbasalud con sus empleados y contratistas como medio de comunicación oficial.

Se refiere a una prueba documental de llamado de atención de la demandante, y al

manual de funciones aportado.

Luego hace mención a, las pruebas testimoniales, y a cada una de las versiones rendidas en este asunto, reiterando en su totalidad lo mencionado en la demanda con relación a la demostración de los elementos constitutivos del vínculo laboral, esto es: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la subordinación o dependencia; (iii) el pago de una remuneración por la labor prestada y, (iv) la vocación de permanencia en el ejercicio de la función desempeñada.

Refiere que no hay prescripción en este asunto, y solicita que, se despachen favorablemente las súplicas de la demanda.

- Parte demandada (Documento 76 del expediente digital)

El apoderado judicial de la parte demandada presentó su escrito de alegatos reiterando en su totalidad los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

Sostiene que al contrario de las pretensiones por una presunta relación laboral, se probó en el debate que la relación emanada entre las partes fue consensual, bilateral, en el marco de contratos de prestación de servicios profesionales, regidos por ley 80 de 1993; además la profesional demandante tenía pleno conocimiento que los contratos celebrados eran de prestación de servicios profesionales; y que, lo ofrecido a la entidad demandada era la oferta de servicios médicos que ofertaba la profesional en consultas en los servicios de urgencias de ASSBASALUD ESE, en los turnos elegidos y acordados con la coordinación de las clínicas, y supervisor del contrato, todo ello de conformidad con la disponibilidad de horas ofrecidas por la médica, profesional que tenía la libertad de escoger y señalar los turnos que mejor le convenían; como dice que lo explicó el testigo Jaime Gómez López.

Se refiere al testigo del señor Oscar Villegas, quien dice afirmó que, los turnos eran concertados y que los contratistas escogían que turnos querían realizar, y con fundamento en ello se organizaban por el Coordinador- Supervisor, el cuadro de turnos, para evitar duplicidad de profesionales en un mismo turno.

Sobre los cuadros de turnos aportados como prueba demandante, dice que, ellos no aparecen suscritos por autoridad alguna de ASSBASALUD ESE, lo que demuestra

que no eran subordinados o impuestos, que la asignación de los referidos turnos eran conciliados y acordados entre las partes (Contratista y Coordinación-supervisión del contrato); y que, no existió prueba alguna que demostrara lo contrario, siendo la carga competencia de la parte actora; y que, todo lo descrito es respaldado por los testimonios del señor Jaime Gómez López y la señora Ana María Barco Londoño.

Se pronuncia sobre los denominados chats o grupo de comunicación, exponiendo que, su fin no fue otro que el de comunicarse entre los mismos médicos o evidenciar situaciones que se presentaban en los servicios de salud y era de su interés darlo a conocer, pero de ninguna manera se registró como un medio impositivo o subordinante, pues no se demostró acto administrativo emitido por autoridad de ASSBASALUD ESE que lo emitiera e impusiera.

Cita que se evidenciaron interrupciones (solución de continuidad) entre contrato y contrato celebrado, siendo el más significativo en el mes de septiembre de 2017 y el de mayor relevancia entre junio y septiembre de 2018; y que, las demás interrupciones del contrato estaban dadas, al tenor que cada contrato que fue autónomo e independiente, con una fecha de inicio y una de terminación, el cual se liquida por las partes y las mismas en forma voluntaria y consensual se declaran a paz y salvo, cada que finiquitó el contrato celebrado.

Dice que llama la atención del del testigo de la parte demandante, médico Oscar Alberto Villegas, que afirmó haber sido profesor de medicina de la demandante, advirtiendo “solidaridad de gremio”; pero que, deja claro cómo se vinculaba un médico de planta y como lo hacía un contratista, el primero mediante concurso público y con acceso a la carrera administrativa; y, el segundo con presentar la hoja de vida y cumplir con el requisito de la tarjeta profesional.

Relata que, los testigos médicos Yésica Cerón y Luis Enrique Castaño, en su testimonio dieron a entender que se les pagaba dependiendo de los días que iban a prestar el turno, de manera que, los turnos no eran remunerados por honorarios igual y dependía si era diurno, nocturno o festivo, siendo estos dos últimos mejor remunerados.

Sobre la declaración del señor Edison Poloche, sostiene que, su relato obedeció más a *“un repertorio preparado que a una verdad dicha”*; pues no comprende como, siendo un contratista a cargo de apoyar el traslado de pacientes en ambulancias a

niveles de mayor resolución, hubiese estado al tanto de cuanto evento acontecía en los servicios médicos, hasta de insinuar del cómo se elaboraban los cuadros de turnos.

Reitera la solicitud de negar las pretensiones de la demanda, la prosperidad de las excepciones propuestas, y dice que, como fecha de negación del 18 de marzo de 2021, se deduce que, en este caso, en caso de proferirse sentencia a favor de la demandante, hay lugar a declarar la prescripción de los derechos causado tres años hacia atrás desde la fecha arribada como prueba y es la de negación de la petición; al evidenciarse solución de continuidad en los contratos celebrados, entre junio y septiembre de 2018.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial de 25 de agosto de 2022 que se encuentra en el documento 77 del expediente digital.

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

La presente sentencia se dicta a la luz de las excepciones de la prelación de fallos que permite decidir las *litis* que versan sobre un mismo asunto y sobre las cuales existe reiteración jurisprudencial, con antelación a otros procesos.

Al respecto se ha pronunciado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“En la actualidad, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene a su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho. No obstante, la Ley 1285 de 2009, en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”.

En el presente asunto, el tema objeto de debate se refiere a la privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor Diego Ospina Rivas, quien fue sindicado de los delitos de estafa agravada, falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso y falsedad en documento privado.

Respecto al tema antes referido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones, en las cuales ha fijado una jurisprudencia consolidada y reiterada, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, la Subsección se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada”¹

En virtud de lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 446 de 1998 y 16 de la Ley 1285 de 2009, *mutatis mutandis* la Sala se encuentra habilitada para decidir el caso concreto.

2. Excepciones.

De las excepciones propuestas por la demandada, esta Sala resolverá en este instante, únicamente las que resultan posibles previo al fondo del asunto; y las demás se resolverán con el mismo.

Con relación a la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad planteado por la demandada, considera la Sala que ésta no tiene vocación de prosperidad, debido a que por la naturaleza del asunto, no era necesario su agotamiento, como así lo ha reiterado el Consejo de Estado¹ en sentencia de unificación con relación a los contratos realidad, resolviendo la unificación de la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, en el sentido de que: *“(v) tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; (...)”*

Frente a la falta de legitimación por activa, considera la demandada que, por demandarse un acto administrativo en este caso, no puede acudirse a la jurisdicción sin haber agotado el requisito de procedibilidad; situación que quedó resuelta en la excepción anterior; además considerando esta Sala que, en este caso, se encuentra demostrado que, la demandante señora Viviana Marcela Herrera Muñoz, es quien tuvo una vinculación con la demandada ESE mediante contratos de prestación de servicios, lo cual la legitima para demandar en este caso; sin que prospere esta excepción.

Y, finalmente, frente a la excepción de caducidad, el demandante presenta argumentos relacionados con la excepción, acudiendo a una interrupción en la continuidad en los contratos; la cual se resolverá con el fondo del asunto.

Ahora, la Sala no encuentra configurado el fenómeno de la caducidad en el presente asunto, toda vez que, la demanda se presentó el 18 de junio de 2021, y la entidad

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

profirió respuesta a la petición de la demandante, el día 18 de marzo de 2021, de manera que, a la fecha de presentación de la demanda no habían transcurrido más de los 4 meses, contemplados en el numeral d) del artículo 164 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3. Problema jurídicos a resolver:

¿Debe, en el presente asunto, declararse la nulidad del acto del acto administrativo con radicación GER-099 de fecha 18 de marzo de 2021, mediante el cual Assbasalud ESE, negó a la demandante la existencia de una relación laboral, por estar configurados los presupuestos fácticos y jurídicos para ello?

Para resolver ello, es necesario establecer si ¿entre Assbasalud E.S.E. y la señora Viviana Marcela Herrera Muñoz, existió una relación laboral, que la hace acreedora al pago de salarios y prestaciones sociales, de acuerdo con la labor que desempeñaba como médica, mediante contratos de prestación de servicios; con las consecuencias jurídicas que de ello se desprende?

4. Análisis normativo.

El artículo 25 de la Constitución Política dispone: *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.*

A su vez, el artículo 53 constitucional contempla la primacía de la realidad sobre las formas y los derechos y principios laborales así:

“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (Subraya la Sala)

El artículo inciso primero del 122 Constitucional precisa:

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo – OIT - también ha precisado el principio de “a trabajo igual, salario igual” el cual es aplicable a nuestra legislación en virtud de que Colombia hace parte de ese convenio.

Y los artículos 23 y 34 del Código Sustantivo del Trabajo disponen:

“Artículo 23. Elementos esenciales. <Artículo subrogado por el artículo 10. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
 - b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con lo tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
 - c. Un salario como retribución del servicio.
2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”. (Subraya la Sala).

“Artículo 34. Contratistas independientes. <Artículo modificado por el artículo 30. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o

dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

Finalmente, el numeral 3° de la ley 80 de 1993 por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, se refiere al contrato de prestación de servicios en el siguiente sentido:

“Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

3. Contrato de prestación de servicios *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 conocimiento especializados.*

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (Subraya la Sala).

De lo anterior, se entiende que, la Constitución Política en sus artículos 122 a 125 permite inferir dos clases de vinculación con entidades del Estado, que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); y b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral).

No obstante, las entidades estatales han hecho uso de una tercera modalidad de vinculación de personal para el cumplimiento de sus fines: **c) De los contratistas de prestación de servicios** (relación contractual estatal), figura que ha sido de amplio desarrollo jurisprudencial y que es objeto de debate en el presente proceso, con miras a establecer si entraña una verdadera relación de carácter laboral.

5. Análisis jurisprudencial.

El Consejo de Estado², ha unificado recientemente mediante sentencia, los criterios necesarios para definir la existencia de una verdadera relación laboral, existente tras la modalidad de contratos de prestación de servicios en el siguiente sentido:

“(…) 101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación -que aquí se consolida- ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

104. i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. ii) El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.)

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En - cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige- de 2008 suscrito el 30 de seti que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral.

2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.

2.3.3.4. Remuneración

110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado. (Subraya la Sala).

6. Análisis fáctico.

6.1. De la prueba documental que reposa dentro del proceso.

Se relacionan a continuación las siguientes pruebas de relevancia para estecaso.

Contratos de prestación de servicios:

470 duración del 1 al 31 de agosto de 2014

581 del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2014

879 del 1 al 30 de noviembre de 2014

1190 del 1 de diciembre de 2014 al 9 de enero de 2015

094 del 10 al 31 de enero de 2015

237 del 1 de febrero al 15 de abril de 2015

Adición al 237

385 del 9 de mayo al 30 de septiembre de 2015

Adición el contrato 385 pago de turnos adicionales

778 del 1 al 31 de octubre de 2015

921 del 1 al 30 de noviembre de 2015

1102 del 1 de diciembre de 2015 al 8 de enero de 2016

075 del 9 al 31 de enero de 2016

184 del 1 al 29 de febrero de 2016

Adición al contrato 184

314 del 1 al 31 de marzo de 2016

Adición al contrato 314 en valor

441 del 1 al 30 de abril de 2016

Adición al contrato 441

556 del 1 al 31 de mayo de 2016

Adición al contrato 556

687 del 1 al 30 de junio de 2016

Adición al contrato 687

832 del 1 al 31 de julio de 2016

Adición al contrato 832
961 del 1 al 31 de agosto de 2016
Adición al contrato 961
1105 del 1 al 30 de septiembre de 2016
Adición al contrato 1105
1290 del 1 al 31 de octubre de 2016
Adición al contrato 1290
1495 del 1 al 10 de noviembre de 2016
1688 del 11 al 30 de noviembre de 2016
1920 del 1 al 31 de diciembre de 2016
Prórroga y adición del contrato 1920 hasta el 2 de enero de 2017
18 del 3 al 31 de enero de 2017
Adición al contrato 18
116 del 1 al 28 de febrero de 2017
181 del 1 al 31 de marzo de 2017
280 del 1 al 30 abril de 2017
Adición al contrato 280
448 del 1 de mayo al 31 de julio de 2017
665 del 1 de agosto al 30 de septiembre de 2017
Adición al contrato 665
777 del 1 de octubre al 30 de noviembre de 2017
Adición al contrato 777
1160 de 1 de diciembre de 2017 al 31 de enero de 2018
Adición contrato 1160
54 del 1 de febrero al 31 de marzo de 2018
258 del 1 de abril al 31 de mayo de 2018
Adición al contrato 258
454 del 1 al 30 de junio de 2018
Adición al contrato 454
1255 del 19 al 30 de septiembre de 2018
1303 del 1 al 31 de octubre de 2018
Adición al contrato 1303
1561 del 1 al 30 de noviembre de 2018
Adición al contrato 1561
1851 del 1 al 28 de diciembre de 2018
2155 del 28 de diciembre al 15 de enero de 2019
066 del 16 de enero al 28 de febrero de 2019

281 del 1 de marzo al 31 de mayo de 2019

575 del 1 al 30 de junio de 2019

827 del 1 al 31 de julio de 2019

El objeto de los contratos suscritos entre la señora Viviana Marcela Herrera Muñoz y Assbasalud ESE es el siguiente:

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: Prestación de servicios profesionales en Medicina para la realización de consultas médicas y procedimientos en el centro de atención que ASSBASALUD ESE requiera, teniendo en cuenta los lineamientos en Detección Temprana, Protección Específica, Atención de enfermedades de interés en Salud Pública, Vigilancia Epidemiológica, Atención Primaria en Salud, Atención de la morbilidad; con enfoque de riesgo, objeto que no involucra el cumplimiento de funciones públicas y administrativas. CLAUSULA SEGUNDA OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: EL CONTRATISTA se obliga para con ASSBASALUD ESE. A) Realizar la Consulta médica a los usuarios que requieran el servicio de acuerdo con la asignación que ASSBASALUD ESE determine. B) Realizar los procedimientos médicos que requieran los usuarios a quienes se les preste el servicio. C) Realizar los turnos que de acuerdo con las necesidades del servicio se requieran. D) Diligenciar los formatos establecidos por ASSBASALUD ESE para la prestación del servicio médico, dentro de las consultas y procedimientos que realice. E) Prestar sus servicios de acuerdo con las normas éticas propias de su profesión. F) Cumplir con las políticas de Salud Ocupacional de la Entidad de acuerdo a lo establecido por el área de Salud Ocupacional de la empresa. G) Asistir a los procesos de inducción, reinducción, y capacitaciones que requiera la entidad, con el objeto de generar el entrenamiento adecuado en la prestación de los servicios con calidad. H) La presentación personal para la prestación de los servicios debe ser acorde a los lineamientos fijados por la empresa, cumpliendo con la imagen corporativa de la Entidad, y las políticas de salud ocupacional. 1) Llevar a cabo el cumplimiento del contrato de acuerdo a los protocolos, guías, normas, procesos y procedimientos establecidos en la Entidad para el manejo de los usuarios. J) Propender por el manejo adecuado del sistema de Información de la empresa, el diligenciamiento de la historia clínica, y el cuidado de los equipos e instrumentos con los que cuenta la institución para la prestación de los servicios de salud, otros. K) Cumplir con los planes de mejoramiento que sean necesarios de acuerdo a las Interventorías o supervisión que se le realicen en la ejecución del contrato de prestación de servicios. L) Guardar la confidencialidad de toda la información que le sea entregada y que se encuentre bajo su custodia o que por cualquier otra circunstancia deba conocer o manipular y responderá patrimonialmente por los perjuicios de su divulgación y/o utilización indebida que por si o por un tercero se cause a la administración o a terceros M) Cumplir con la obligación de pagar mensualmente los aportes de salud y pensión en los términos del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, en concordancia con el Decreto 1703 de 2002. N) Facilitar y colaborar en todos los procesos relacionados con la ejecución de los convenios de docencia servicio que tiene ASSBASALUD con las instituciones educativas. O) Constituir la póliza de responsabilidad civil extracontractual. CLAUSULA TERCERA: OBLIGACIONES DE ASSBASALUD ESE: A) Cancelar el valor del presente contrato. B) Coordinar por medio del funcionario delegado para la supervisión del contrato la programación y cronograma de las actividades a realizar con base en el objeto del presente contrato y las obligaciones contractuales del contratista. C) Supervisar que al Contrato se le dé cumplimiento. CLAUSULA CUARTA: VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO: Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente contrato asciende a una suma aproximada de CUATRO MILLONES CIENTO

TRES MIL SEISCIENTOS (\$4103651) que se liquidarán en proporciones mensuales de acuerdo con el número y tipo de turnos que realice en el servicio de urgencias en el periodo del contrato. CLAUSULA QUINTA PLAZO: El presente contrato rige entre el 01 al 31 de agosto de 2014. CLAUSULA SEXTA; CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL Y REGISTRO PRESUPUESTAL: De conformidad con el artículo 25 numerales 6 y 13 de la Ley 80 de 1993, ASSBASALUD ESE a través de la División de Gestión Administrativa y Financiera se expide la respectiva disponibilidad presupuestal con fecha 29/07/2014 y realiza el registro presupuestal No. 2014-1177 de fecha 30/07/2014 por valor de \$4103651,00 con la cual 8002100-4 una vez hecho el registro, dicha partida presupuestal sólo podrá destinarse al cumplimiento del contrato para el cual se efectuó, a menos que quede libre del compromiso originado en contrato”

Dentro de la prueba documental aportada con la demanda, se resalta un documento denominado memorando, identificado como BSL -, enviado por la Líder del Programa de Gestión Humana y la Profesional Universitario a la médico Viviana Marcela Herrera Muñoz, en el que se dice expresamente:

“(…) De acuerdo con el contrato que usted firmo con la entidad, Clausula segunda: Obligaciones del contratista, el contratista se obliga para con Assbasalud ESE, literal G) "Asistir a los procesos de inducción, reinducción y capacitación que requiera la entidad, con el objeto de generar el entrenamiento adecuado en la prestación de los servicios con calidad", nos informa el Líder de Proyecto, que usted,, no ha asistió a la jornada completa del día 18 del mes de junio de 2015 sin justificación previa. Lo cual muestra incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Por ende, nos dirigimos respetuosamente a fin de solicitarle tenga a bien justificar su inasistencia a dicha jornada de capacitación e informar a esta dependencia en un plazo no superior a cinco (5) días hábiles desde la fecha de recibido, dado que es de gran importancia su adecuado entrenamiento con el fin de salvaguardar la calidad y seguridad del paciente.

De ante mano esperamos su pronta respuesta.” (Subraya la Sala).

También obra dentro del proceso, el manual de funciones del cargo de médico, Código 211 grado 8, 10, donde dice que hay 28 cargos de ellos; y cuyas funciones específicas, coinciden con las descritas en los contratos de prestación de servicios en mención.

6.2. De la prueba testimonial.

Dentro de este asunto se recibieron en total 6 testimonios, de los cuales se permite la Sala hacer un resumen de cada una de las versiones rendidas así:

Testigo Yesica Cerón Rosero.

Dice haber sido compañera de trabajo de la demandante y sostuvo que:

“(…) Ella trabajaba como médico de urgencias y de hospitalización, entonces hacíamos turnos de día y de noche en el hospital; dependiendo la asignación que nos dieran (…) las asignaciones se daban previas por un cuadro de turnos (…) ella iba dependiendo el cuadro de turnos, iba algunos días (…) los turnos los fijaba el Coordinador Médico (…) Ella trabajaba como médico general y veía pacientes de urgencias, y los del área de hospitalización dependiendo la asignación (…) si, conformaban el cuerpo médico, médicos de planta y de prestación de servicios (…) cuadro de turnos obligatorio para todos (…) teníamos un grupo en WhatsApp y por ahí nos enviaban los cuadros de turnos (…) las reuniones eran obligatorias, nos invitaban a todos los del grupo (…) en ese grupo estábamos todos los médicos (…) si le daban órdenes (…) no, no había diferencia entre los médicos de planta y los de prestación de servicios, todos estábamos con el mismo cuadro de turnos, teníamos las mismas indicaciones (…) creo que de planta eran 5, y el resto de prestación de servicios (…) los elementos eran de la clínica (…) había que comentar al Coordinador y gestionar el permiso (…) teníamos turnos rotativos, de día y de noche (…) a veces turnos de 7 a 7, 7 de la mañana a 7 de la noche (…) por eso todo dependía del cuadro de turnos (…) Viviana si tuvo un llamado de atención (…)”

Testigo Jhon Poloche Marín

Relata que fue conductor de ambulancia de la demandada Assbasalud E.S.E.; y que, le constaba que la demandante trabajaba allí como médico general, porque la veía apoyando los traslados de pacientes; y que atendía en su calidad de médico en San Cayetano y la Enea, valorando pacientes desde el ingreso a urgencias, hasta que les daban de alta, y que, también cumplía turnos en hospitalización.

Menciona que, la demandante señora Viviana Marcela Herrera, cumplía la misma función los médicos de planta, y que no veía diferencia entre éstos y los vinculados por prestación de servicios, pues todos hacían lo mismo.

Refiere que todos cumplía con unos cuadros de turnos, en los cuales se disponía el horario de cada uno; y que, esos cuadros los hacía el médico Jaime Gómez, sin que en éstos hubiera distinción entre médicos de planta y de contrato de prestación de servicios; aduciendo que, la única diferencia entre éstos eran los pagos, las primas y prestaciones sociales.

Si bien, el apoderado de la ESE Assbasalud insta constantemente al testigo para que diga si su dicho le consta mediante documentos, él afirma que le consta de manera presencial, por compartir diariamente con los profesionales de la demandada, las conversaciones que tenían y lo que veía que ocurría.

Testigo Luis Enrique Castaño Agudelo

Es un médico general y bacteriólogo, que plantea haber laborado con la demandante durante aproximadamente 3 años, y que recuerda que atendía pacientes en la enea en el servicio de urgencias, hacía las remisiones correspondientes, y también atendía a pacientes en hospitalización.

Relata que labores se realizaban en los horarios y turnos asignados por la ESE, y que, no había en ello discriminación entre los médicos de planta y los de prestación de servicios; señalando además que, el cuadro de turnos de urgencias era de obligatorio cumplimiento, porque de no ser así, el servicio de urgencias se quedaba sin médico.

Testigo Jaime Gómez López

El testigo en mención afirma haber sido Coordinador del servicio de urgencias de Assbasalud E.S.E., y recordar que efectivamente, la señora Viviana Marcela Herrera prestaba sus servicios en calidad de médico.

Refiere que los médicos vinculados por contrato de prestación de servicios presentaban oferta de manera libre, y que en ésta se decía cuál era la disponibilidad de tiempo para prestar los servicios, lo cual se consignaba posteriormente en el cuadro de turnos.

Frente a los elementos empleados para prestar el servicio, afirma que unos eran propiedad de la ESE y otros de cada médico.

Dice que vinculación de los médicos de planta era mediante concurso de méritos, y que, debido a las dificultades económicas que impedían vincular a más personal a la planta de la entidad, debía buscar los demás médicos para garantizar la prestación del servicio de salud, vinculándolos mediante contratos de prestación de servicios.

Refiere que, en el desarrollo de la actividad médica como tal no había diferencia entre los médicos de planta con los de prestación de servicios.

Mencionó que no era obligatoria la asistencia de los médicos de prestación de servicios a capacitaciones y reuniones programadas por la ESE.

Testigo Óscar Alberto Villegas Arenas

Este testigo es un médico general de la demandada, que afirma conocía a la ahora demandante, desde que fue su profesor universitario.

Dice que en la ESE Assbasalud se trabajaba por turnos, diurnos, nocturnos y corridos de 24 horas; turnos que eran fijados por los médicos jefes y Coordinadores, sin que fuera posible dejar abandonado el turno, no asistir o salir de repente.

Refiere que Assbasalud suministraba uniformes y elementos para atención de pacientes a todos los médicos por igual, sin hacer distinción entre los de planta y los vinculados por prestación de servicios.

Sostiene que la demandante, no tenía otras relaciones contractuales con entidades diferentes a Assbasalud E.S.E., y que, en los casos que quisiera descansar, debía interrumpir el contrato o suspenderlo para poder tomar vacaciones.

Narra que la única diferencia entre los médicos de planta de la demanda, y los de prestación de servicios, era que los de ésta última modalidad, resultaban trabajando más tiempo, porque les asignaban un mayor número de turnos, así como el cubrimiento de fines de semana, con el fin de evitar mayores pagos en los de la planta de persona.

Él siendo médico de planta, dice no había diferencia entre los médicos de planta y los contratistas, excepto que era mayor el número de turnos en los contratistas, para bajar costos en el pago de los de planta; y que recuerda que la médica Viviana Marcela Herrera desempeñaba las mismas funciones de los médicos de la planta de personal de la ESE demandada, a excepción de la atención de partos.

Afirma que todos los médicos debían asistir a las capacitaciones y reuniones programadas por Assbsalud ESE, independiente del tipo de vinculación que tuvieran con la entidad.

Testigo Ana María Londoño

Esta testigo dice expresamente que tiene conocimiento puntual de la situación de la demandante, sino que, por su desempeño en el área administrativa de la entidad demandada, tiene conocimiento preciso sobre la vinculación de los médicos a dicha entidad.

Sostiene que Assbasalud ESE debe acudir a la modalidad de vinculación de médicos mediante la modalidad de prestación de servicios, por carecer de personal para cumplir con los compromisos adquiridos con los usuarios de su entidad; y que los contratos deben existir mientras persista la necesidad de prestación del servicio de salud.

Explicó que el personal de planta se vincula por carrera y provisionalidad, y los demás por prestación de servicios; y que, los contratistas no cumplen horario, sino que prestan sus servicios por disponibilidad, exponiendo las diferencias administrativas de los dos tipos de vinculación.

7. Caso concreto.

La Sala determinará con las pruebas documentales y testimoniales allegadas al plenario, si en el sub-lite concurrieron los elementos de la relación laboral; si el servicio se prestó de manera ininterrumpida, si las funciones asignadas al demandante tenían un carácter eminentemente temporal, y todo lo relacionado con la acreditación de la subordinación, dependencia y prestación personal del servicio.

7.1. De la subordinación continuada, del lugar de trabajo, horario de labores y dirección de los servicios prestados.

De las pruebas estudiadas, se evidencia que la señora Viviana Marcela Herrera Muñoz no era autónoma e independiente en el cumplimiento de sus funciones, pues ésta dependía de las directrices que le dieran los respectivos Coordinadores y jefes médicos de Assbasalud E.S.E.

Por otra parte, puede decirse que los testimonios rendidos dentro del proceso guardan coherencia con relación al desempeño como médico de la entidad, así como que las actividades desempeñadas eran las mismas de los médicos de planta de la demandada; siendo la única diferencia entre éstos, la forma de vinculación, la remuneración y los descansos.

Y, pese a que los testimonios del señor Óscar Alberto Villegas y la señora Ana María Londoño coinciden en afirmar que la demandante no tenía que cumplir un horario, que prestaba sus servicios por cuadros de turnos, que eran fijados por la disponibilidad que pasaban los mismos contratistas previamente; dentro del

proceso no se encuentra prueba documental que respalde esta afirmación, como la propuesta presentada en la que se evidencie claramente, que era la demandante al que decía que días y qué número de horas podía prestar sus servicios de médica.

Contrario a ello, los demás testimonios, rendidos por médicos de planta de la entidad, que eran compañeros de la señora Viviana Marcela Herrera Muñoz, afirman que las funciones cumplidas por ella, y la asignación de cuadros de turnos, eran los mismos que las desempeñadas por médicos de planta, y que la diferencia en los horarios, era que, a los médicos contratados por prestación de servicios, se les asignaban mayor número de horas en sus turnos; lo cual guarda coincidencia con las 21 adiciones de contrato que reposan dentro del expediente, donde todas dicen ser por valor, debido a que la contratista, ya había cumplido con el número de horas pactadas en cada mes.

Para esta Sala se encuentra demostrado el cumplimiento por parte de la demandante de una jornada laboral establecida por Assbasalud E.S.E., donde la demandante prestaba sus servicios en sus instalaciones, en los servicios de urgencias y hospitalización, entre otros; cumplía los horarios determinados por la contratante, los turnos asignados eran fijados por dicha ESE, no podía disponer de su tiempo, debía pedir permiso para cambiar los turnos, o ausentarse de las instalaciones de la entidad, y más aún, debía enviar excusas por escrito, en caso de ausentarse o no estar en reuniones o capacitaciones convocadas por la ESE demandada.

Así mismo, se encuentra acreditado que, el lugar de ejecución del contrato era la ESE Assbasalud de manera expresa en el clausulado de cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la demandada.

También coinciden los testimonios en decir que los elementos empleados para la prestación de servicios de salud eran los suministrados por Assbasalud ESE, quien además les entregaba batas para su desempeño como médicos.

7.2. De la prestación personal del servicio.

No hay duda en este caso de la prestación personal del servicio por parte de la médica Viviana Marcela Herrera Muñoz, y de la imposibilidad de delegar en otras personas el desarrollo de sus actividades, pues era una prestación personal de

éste por las condiciones requeridas por la contratante.

7.3. De la remuneración.

Tampoco hay duda de la remuneración recibida por la demandante por la prestación de sus servicios como médico, remuneración que se evidencia no solo en los 43 contratos de prestación de servicios y sus respectivas actas de terminación y liquidación.

De todo lo expuesto, se concluye que el vínculo de la demandante con Assbasalud E.S.E. trascendió del contrato de prestación de servicios a una verdadera relación laboral, o lo que ahora denomina el Consejo de Estado, como una relación laboral encubierta, la cual evidencia los elementos de prestación personal del servicio, remuneración como contraprestación del servicio y subordinación y dependencia; máxime si se tiene en cuenta la naturaleza de la entidad demandada, que es una E.S.E. cuyo objeto es la prestación de servicios de salud, y quien demanda en este caso, es una médico, que cumplía funciones de tal, funciones que se encuentran acreditadas en el manual de funciones de médico de la demandada, actividad misional, propia e indispensable para el desarrollo de los fines y el objeto de la demandada Asbasalud E.S.E.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado³, en sentencia mediante la cual confirmó una proferida por esta Sala Segunda de Decisión en asunto similar así:

“(...) 49. Entonces, constatado el objeto y las obligaciones que se establecieron en los contratos suscritos entre las partes procesales, sumado a lo dicho por los testigos, se aprecian actividades que exigen para su ejecución necesaria dependencia y subordinación, aunado a que la labor fue de auxiliar de consultorio odontológico, por lo que la Sala al realizar una valoración bajo las reglas de la sana crítica de las pruebas allegadas al proceso, encuentra que es posible determinar la existencia de una relación laboral subordinada, siendo incuestionable el ánimo de la entidad contratante de emplear de modo permanente y continuo los servicios de la actora en consideración a la continuidad de la relación y poner de presente que dentro del material probatorio obrante es posible establecer que se configuró el elemento de la subordinación y continuada dependencia. (...)”

Finalmente, resalta la Sala que, la demandada Assbasalud E.S.E. no logró desvirtuar dentro de este asunto la subordinación continuada, el horario de labores

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia de 15 de julio de 2021. CP. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 17001-23-33-000-2017-00645-01(2017-19)

de la demandante, la dirección de los servicios prestados; la prestación personal del servicio y la remuneración; así como tampoco, la falta de independencia de la demandante, el horario y la forma de prestar sus servicios; coincidiendo en este caso todos los elementos necesarios para la declaratoria de un contrato realidad, o una relación laboral encubierta.

8. De los extremos temporales en la prestación de servicios de la demandante.

Dentro del expediente reposan 43 contratos de prestación de servicios y 21 adiciones a estos, los cuales son consecutivos desde el 1 de agosto de 2014 y el 31 de julio de 2019, encontrando dos interrupciones una entre el 15 de abril y el 9 de mayo de 2015 de 23 días; y entre el 1 de julio y el 18 de septiembre de 2018, de 2 meses y 18 días.

Por otra parte, advierte la Sala que, al revisar detalladamente cada uno de los contratos de prestación de servicios que obran en el expediente, se evidencia que son totalmente coincidentes en que el objeto de los mismos es la prestación personal de servicios profesionales en Medicina para la realización de consultas médicas y procedimientos en el centro de atención que Assbasalud ESE requiera.

Por lo expuesto, se entiende que entre el 1 de agosto de 2014 y el 31 de julio de 2019 la demandante prestó sus servicios de profesional en la medicina a Assbasalud ESE; y que, al desempeñarse por 5 años, en la misma institución ejerciendo las mismas labores de médica, en las mismas áreas, siendo ello necesario para el desarrollo del objeto misional de la demandada, es suficiente indicador que el cargo que desempeñaba el demandante tenía vocación de permanencia; además por ser las labores que desempeñaba, propias del servicio asistencial de la ESE demandada; además por cuanto existe personal de planta que cumple las mismas funciones de la médico contratista, según las versiones de quienes rindieron testimonio en audiencia de pruebas y el manual de funciones de la entidad.

8.1. De la solución de continuidad e interrupción de los contratos de prestación de servicios.

Para esclarecer lo relacionado con la continuidad o no de los contratos de prestación de servicio, es necesario acudir al pronunciamiento que ha hecho el

Consejo de Estado⁴ al respecto en reciente sentencia de unificación:

“(…) 3.2. El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad

136. El segundo problema jurídico que pretende resolver la presente sentencia de unificación es establecer el término de solución de continuidad en aquellos contratos de prestación de servicios que presentan interrupciones entre uno y otro.

137. Antes que nada, conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción.^[4] Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose.

(…)

139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo.^[6] Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.^[7]

141. De igual manera, para una mayor coherencia del sistema jurídico nacional, y en virtud de los imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos,^[8] esta Sala, acudiendo a un diálogo entre tribunales (o diálogo judicial),^[9] resalta y acoge la jurisprudencia de la

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

Corte Suprema de Justicia sobre la noción de «interrupciones amplias, relevantes o de gran envergadura»,^[10] que en los asuntos de su competencia, ha aplicado para desvirtuar las formalidades empleadas, en algunos casos, para simular la ruptura de la unidad contractual; esto con el propósito de identificar con mayor certeza si las suspensiones en los contratos de prestación de servicios reflejan la intención real de las partes de detener la continuidad del vínculo laboral subyacente.
(Subraya la sala) (...)"

De conformidad con lo probado dentro del proceso, y con el pronunciamiento del Consejo de Estado, pese a que en este caso entre el 15 de abril y el 9 de mayo de 2015; y entre el 1 de julio y el 18 de septiembre de 2018 transcurrieron 17 días hábiles en el primero, y 54 días hábiles en el segundo, esta Sala acoge el criterio de la Corte Suprema de Justicia, ahora referido igualmente por el Consejo de Estado en su sentencia de unificación, sobre las interrupciones amplias y relevantes que desvirtúan la primacía de la realidad sobre las formas; pues en este caso, pese a evidenciarse interrupción de 17 días y, dos 54 días hábiles, el objeto de los contratos suscritos entre los años 2014 y 2019 son idénticos; la naturaleza de prestación del servicio de la demandante en calidad de Médico, donde había otros médicos de planta de la ESE demandada, que ejercían las mismas funciones; y al ser ésta labor, de la naturaleza propia y del objeto de una entidad prestadora de servicios de salud; pese a la interrupción mencionada, que valga decir, se dijo en los hechos de la demanda y en los testimonios, que la demandante suspendió un contrato para viajar fuera del país; no se considera en este caso la interrupción de los mismos, por lo que, no puede afirmarse en este caso que ha operado la solución de continuidad; al no reflejarse una interrupción una intención real de las partes de terminar el vínculo laboral, modificar el contrato, o cambiar el objeto del mismo, en proporción al término de continuidad en la prestación de los servicios de la ahora demandante.

Por lo considerado, debe declararse la existencia de una relación laboral sin solución de continuidad entre la señora Viviana Marcela Herrera Muñoz y Assbasalud E.S.E. por el tiempo comprendido entre el 1° de agosto de 2014 y el 31 de julio de 2018; y así, determinada la existencia de una verdadera relación laboral, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, resulta procedente declarar la nulidad del acto administrativo GER-099 de fecha 18 de marzo de 2021 por medio del cual se despachó desfavorablemente el derecho de petición formulado por la señora Viviana Marcela Herrera Muñoz, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia; ello con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada por la

demandante en su condición de médico.

9. Prescripción.

En sentencia de unificación la Sección Segunda del Consejo de Estado⁵ consideró:

“(...) si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador (...).

(...) en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios”. (Subraya la Sala).

De igual manera, en la sentencia mencionada, se hace la salvedad que, el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho no se aplica frente a los aportes para pensión:

“(...) en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales”.

De acuerdo con lo anterior la Sala considera que, si bien la prescripción de los derechos prestacionales en materia del denominado contrato realidad sólo tiene lugar con posterioridad a la declaración de existencia de la relación laboral, también es cierto que la solicitud de existencia de dicha relación laboral debe formularse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de la prescripción del derecho a que se haga tal declaración, en concordancia con lo dispuesto por el Consejo de Estado⁶, considerando que, una vez finiquitada la

5 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda – subsección “A”, C.P. Dr. Gabriel

relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan en aplicación de la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas, advirtiéndose que, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional.

De los contratos de prestación de servicio se evidencia que los contratos fueron consecutivos, no obstante, se evidencian interrupciones entre cada contrato de la siguiente manera:

Periodo de vinculación contractual	Días hábiles interrumpidos	Fecha de prescripción
del 1 al 31 de agosto de 2014	0 días	No aplica
del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2014	0 días	No aplica
del 1 al 30 de noviembre de 2014	0 días	No aplica
del 1 de diciembre de 2014 al 9 de enero de 2015	0 días	No aplica
del 10 al 31 de enero de 2015	0 días	No aplica
de febrero al 15 de abril de 2015	17 días hábiles	
del 9 de mayo al 30 de septiembre de 2015	0 días	No aplica
del 1 al 31 de octubre de 2015	0 días	No aplica
del 1 al 30 de noviembre de 2015	0 días	No aplica
del 1 de diciembre de 2015 al 8 de enero de 2016	0 días	No aplica
del 1 al 29 de febrero de 2016	0 días	No aplica
del 1 al 31 de marzo de 2016	0 días	No aplica
del 1 al 30 de abril de 2016	0 días	No aplica
del 1 al 31 de mayo de 2016	0 días	No aplica
del 1 al 30 de junio de 2016	0 días	No aplica
del 1 al 31 de julio de 2016	0 días	No aplica
del 1 al 31 de agosto de 2016	0 días	No aplica
del 1 al 30 de septiembre de 2016	0 días	No aplica
del 1 al 31 de octubre de 2016	0 días	No aplica
del 1 al 10 de noviembre de 2016	0 días	No aplica
del 11 al 30 de noviembre de 2016	0 días	No aplica
del 1 al 31 de diciembre de 2016	0 días	No aplica
Prórroga del contrato 1920 hasta el 2 de enero de 2017	0 días	No aplica
del 3 al 31 de enero de 2017	0 días	No aplica
del 1 al 28 de febrero de 2017	0 días	No aplica

del 1 al 31 de marzo de 2017	0 días	No aplica
del 1 al 30 abril de 2017	0 días	No aplica
del 1 de mayo al 31 de julio de 2017	0 días	No aplica
del 1 de agosto al 30 de septiembre de 2017	0 días	No aplica
del 1 de octubre al 30 de noviembre de 2017	0 días	No aplica
de 1 de diciembre de 2017 al 31 de enero de 2018	0 días	No aplica
del 1 de febrero al 31 de marzo de 2018	0 días	No aplica
del 1 de abril al 31 de mayo de 2018	0 días	No aplica
del 1 al 30 de junio de 2018	0 días	No aplica
del 19 al 30 de septiembre de 2018	54 días hábiles	20 de septiembre de 2021
del 1 al 31 de octubre de 2018 (no veo interrupción)	0 días	No aplica
del 1 al 30 de noviembre de 2018	0 días	No aplica
del 1 al 28 de diciembre de 2018	0 días	No aplica
del 28 de diciembre al 15 de enero de 2019	0 días	No aplica
del 16 de enero al 28 de febrero de 2019	0 días	No aplica
del 1 de marzo al 31 de mayo de 2019	0 días	No aplica
del 1 al 30 de junio de 2019	0 días	No aplica
del 1 al 31 de julio de 2019	0 días	1 de agosto de 2022

Ahora, de conformidad con las pruebas antes referidas, bien puede decirse que la señora Viviana Marcela Herrera Muñoz suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios desde el 1 de agosto de 2014 hasta el 31 de julio de 2019, con las interrupciones antes señaladas.

Ahora bien, por una parte, reitera la Sala que acogiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia, aceptado por el Consejo de Estado en su sentencia de unificación, sobre las interrupciones amplias y relevantes que desvirtúan la primacía de la realidad sobre las formas; para la Sala en este caso, las interrupciones de 17 y 54 días hábiles no desvirtúan la continuidad de la prestación del servicio, pues debido a que éstos correspondían a la misión de Assbasalud ESE, al consistir en servicios médico; y, sumado a que los contratos conservan identidad en su objeto y características, no debiendo dichas interrupciones contabilizarse para el conteo del término de prescripción; ello en virtud que, si bien las reglas consagran unos supuestos para la suscripción de los contratos de prestación de servicios, en la realidad sucede que este tipo de contratos se utiliza como vinculación laboral por períodos de meses que en la práctica se extienden por años, dado que la voluntad de la administración es mantener la continuidad de la labor bajo esta modalidad de contratación, cuyos requisitos de legalización o presupuestales o por expiración de vigencias fiscales, dan lugar a lapsos entre uno y otro contrato, sin que deba

trasladarse al administrado la consecuencia jurídica de dicha situación, a título de prescripción de sus derechos.

Sumado a lo anterior, y en todo caso, si se contabilizara la prescripción de los 3 años teniendo en cuenta las interrupciones advertidas, la parte actora contaba con el término de 3 años para elevar la petición de reconocimiento laboral ante la administración, respecto de cada período, así:

- **Primer período:** Que transcurre entre el 1 de julio y el 18 de septiembre de 2018: término que iría hasta el 20 de septiembre de 2021
- **Segundo período:** Contado desde la terminación del último contrato, que es el 31 de julio de 2019, término que iría hasta el 1 de agosto de 2022

Ahora, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se surtió el día 14 de enero de 2021; mal podría decirse que, en este caso, en cualquiera de los dos periodos hubiere operado el fenómeno de prescripción.

Debe igualmente precisarse que, de conformidad con la mencionada sentencia de unificación del Consejo de Estado, la prescripción no puede aplicarse frente a los aportes que por pensión debían realizarse al Sistema General de Seguridad Social, *“(...) en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad”*.

Por lo expuesto, hay lugar al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales que devenga en la entidad demandada un empleado de planta que cumple las mismas funciones, teniendo en cuenta que se deberán liquidar tomando como base el valor de los honorarios pactados y excluyendo las respectivas interrupciones entre periodos contractuales de tal manera que, a la entidad no le corresponderá realizar el pago de los emolumentos prestacionales que se encuentran por fuera de este término, y solo se podrá reclamar lo debido entre el 1 de agosto de 2014 y el 14 de abril de 2015; y entre el 10 de mayo y el 30 de junio de 2018; y entre el 19 de septiembre de 2018 al 31 de julio de 2019, excluyendo los periodos comprendidos entre el 15 de abril y el 9 de mayo de 2015; y entre el 1 de julio y el 18 de septiembre de 2015.

Se deja igualmente presente que, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, se pronuncia sobre la imprescriptibilidad de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, motivo por el que la entidad accionada deberá tomar todos en los interregnos comprendidos entre el 1 de agosto de 2014 y el 14 de abril de 2015; y entre el 10 de mayo y el 30 de junio de 2018; y entre el 19 de septiembre de 2018 al 31 de julio de 2019, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista (si los hubo) y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para estos efectos, el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

10. De las sumas que deben liquidarse y reconocerse a la demandante.

Por lo expuesto, y, al haberse demostrado la existencia de una relación laboral debido a las vinculaciones del demandante mediante contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora Viviana Marcela Herrera Muñoz y Assbasalud ESE, se dispondrá reconocer y pagar a la demandante, teniendo como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones legales que un médico de planta de dicha ESE, de igual categoría tendría derecho.

De acuerdo a ello, pasa la Sala a resolver sobre las pretensiones que a título de restablecimiento del derecho solicita la demandante, esto es, cotizaciones al sistema de seguridad social; sanción por no consignar las cesantías, sanción por mora, reintegro de pagos de retención en la fuente y reintegro de pago de estampillas.

10.1. Pago de las prestaciones sociales.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, **SE CONDENA a Assbasalud E.S.E.**, a pagar en favor de la señora **Viviana Marcela Herrera Muñoz, las prestaciones sociales de orden legal** dejadas de percibir en virtud de los vínculos a través de contratos de prestación de

servicios en el tiempo transcurrido entre el 1 de agosto de 2014 y el 14 de abril de 2015; y entre el 10 de mayo y el 30 de junio de 2018; y entre el 19 de septiembre de 2018 al 31 de julio de 2019, excluyendo los periodos comprendidos entre el 15 de abril y el 9 de mayo de 2015; y entre el 1 de julio y el 18 de septiembre de 2015; y devengadas por el personal de planta que cumple las mismas funciones de médico en Assbasalud ESE, dentro del marco de las consideraciones del presente proveído; correspondiendo ello a, todas las prestaciones sociales que recibían los médicos de la demandada.

Assbasalud E.S.E. deberá tener en cuenta los honorarios pactados en todos los contratos celebrados y calcular el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la actora, mes a mes, a fin de establecer si existe diferencia entre los aportes realizados por aquel y los que se debieron efectuar, y **SE ORDENA** cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador. Para ello, la parte demandante deberá acreditar las cotizaciones que la señora Viviana Marcela Herrera Muñoz realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de indemnización equivalente a las prestaciones sociales ordinarias se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula: $R = Rh \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$, donde el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación).

Finalmente, en este caso se debe declarar que, el tiempo laborado desde el 1 de agosto de 2014 y el 31 de julio de 2019, se debe computar para efectos pensionales.

10.2. Devolución de monto de aportes a seguridad social.

En lo que atañe a la pretensión de ordenar el reintegro al demandante de los valores correspondientes al porcentaje que como empleador debió haber cancelado la

entidad demandada y que fue asumido por la parte actora, por concepto de aportes legales a la seguridad social en salud, pensión y ARL, indica la Sala lo siguiente:

Sobre la devolución de los aportes **en salud y riesgos profesionales**, el H. Consejo de Estado⁷ al resolver recurso de apelación interpuesto contra fallo de este Tribunal, concluyó sobre su improcedencia con fundamento, en esencia, en que “...por su naturaleza parafiscal, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia del contrato realidad, estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, ‘lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretende el actor ejercer’”; de igual modo, en fallo más reciente, esta misma Corporación sostuvo en relación con aportes a pensión⁸:

“(...) 51. Con independencia de cuál sea el régimen al que se encuentre afiliada la actora, pues no está corroborado en el expediente tal aspecto, se debe atender a que los fines para los cuales están destinados los aportes a pensión, dado que corresponde al contratista por ley sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por ley a efectuar su pago, posteriormente resulta inviable ordenarse su devolución, así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, pues, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando “un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal”.

52. Resuelto lo anterior se reiterará lo que en pronunciamientos anteriores indicó esta ponente frente a que una vez determinada la existencia del contrato realidad sobre las formas, lo ordenado no es procedente, ya que por su naturaleza parafiscal, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia del contrato realidad, estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, “lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer”.

53. De lo expuesto, se orientará que el reconocimiento de aportes en seguridad social solo se hará sobre los aportes a pensión y la forma correcta de ordenarlos pagar al demandado, de acuerdo a la jurisprudencia desarrollada por esta Subsección, es que a título de restablecimiento del derecho la Administración determine mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la actora, y cotizar al respectivo fondo de pensiones donde se encuentre afiliada la demandante, la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, en los periodos en los que se demostró la relación laboral.

54. Para tales efectos, la interesada deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.”

A su vez, en anterior sentencia también del Consejo de Estado⁹, posición ratificada en adelante por otras más, se señaló¹⁰:

“(…) dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, la entidad accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 2 de febrero de 1998 y el 15 de marzo de 2012, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (el salario legalmente sufragado a quienes desempeñaban el empleo de secretaria-tesorero o los honorarios pactados, si estos son superiores a aquel), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Y en cuanto a los aportes en salud, establecidos en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el ente demandado deberá pagar a la actora la cuota parte correspondiente entre el 25 de julio de 2009 y el 15 de marzo de 2012, salvo las interrupciones, siempre y cuando esta demuestre que asumió esa carga.”

También sobre el particular el Consejo de Estado¹¹, indicó:

“Ahora bien, en cuanto a las prestaciones compartidas (pensión y salud), se ordenará a la parte demandada el pago a favor de la actora de los porcentajes de cotización que le correspondían de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que en virtud de las órdenes de prestación de servicios debieron ser asumidos totalmente por la presunta contratista. No obstante, en caso de que éstos no se hayan efectuado, atendiendo a la suscripción mensual de los contratos, el demandado deberá efectuar las cotizaciones respectivas a los dos Sistemas, descontando de las sumas que se adeudan a la demandante el porcentaje que a ésta corresponde...”

Existen entonces casos en los cuales el H. Consejo de Estado, en las Subsecciones A y B12 de la Sección Segunda, ha expresado criterios distintos en relación con el tema en comento, de reconocer o no devolución de aportes al sistema de seguridad social en favor del demandante o negar su reconocimiento, en materia de contrato realidad.

No obstante, ya en la reciente sentencia de unificación por importancia jurídica del H. Consejo de Estado, SUJ-025-CE-S2-202113, a la cual se ha hecho referencia en este proveído, se dejó determinado como uno de los puntos precisamente a unificar, el que atañe a la devolución de los aportes a la Seguridad Social, específicamente **en salud** efectuados por el contratista, aspecto sobre el cual se estableció claramente la siguiente subregla:

“(…) 1.0. Tercera cuestión: devolución de mayores aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista, que demostró la existencia de la relación laboral estatal.

(...)

3.3.3. **Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.**

1. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el párrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

2. Las anteriores razones han conducido a esta Sección^[9] a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal,^[10] estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».^[11]

3. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla,^[12] no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

4. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.**” (resalta la Sala).

Por lo anterior, y toda vez que ha quedado debidamente zanjado el tema de devolución de los aportes asumidos por el contratista, en el pronunciamiento referido con carácter de unificación de jurisprudencia al respecto de los aportes en **salud**, y como se observa deja también inmerso lo que corresponde a los de ARL, aunque no se hace referencia a este último en la subregla establecida, que únicamente alude a los aportes en salud, el Tribunal da aplicación a tal posición y en consecuencia, este Tribunal negará lo solicitado por los conceptos en mención.

Ahora, en lo atinente a la devolución de las sumas que fueron pagadas por el actor como cotización al sistema de seguridad social en **pensión**, el pronunciamiento de unificación del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo no estableció una regla expresa de improcedencia sobre la restitución al demandante de estos aportes que debieron ser asumidos en su condición de contratista durante el tiempo en que

se suscribieron vedados contratos de prestación de servicios, como sí lo hizo en materia de salud y en gracia de discusión de ARL, como ya se anotó. A lo anterior se suma que el tema enunciado no ha sido pacífico en las decisiones adoptadas por el H. Consejo de Estado como se colige de los extractos jurisprudenciales en cita, no obstante, este Tribunal acoge el criterio explicado por la Sección Segunda, Subsección B de esa alta Corporación, en providencia del 5 de agosto de 2021¹⁴, que aunque es anterior a la sentencia de unificación reciente, se basa en los mismos criterios de parafiscalidad de ésta y es proferida dentro de un asunto de similitud fáctica y jurídica con el presente plenario, al resolver recurso de apelación contra decisión del Tribunal de Risaralda, en la cual se dijo:

“(…) 55. Ahora bien, en lo relacionado a la determinación del a quo de reconocer y pagar a favor del actor los porcentajes de cotización que debió pagar por concepto de Seguridad Social, la Sala explicará, que en materia de los aportes en salud, lo primero es traer a la disertación que el preámbulo de la Ley 100 de 1993, define que el Sistema de la Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

56. A partir de allí, la ley desarrolló el Sistema General de Pensiones y el Sistema General de la Seguridad Social en Salud, este último está dirigido a la regulación de la sanidad general en la Nación, el cual dentro de sus características primordiales integra entre otros aspectos, la obligatoriedad de afiliación, previo pago de la cotización reglamentaria y la libertad de elección de los afiliados a la entidad promotora de salud.

57. Así mismo, la Corte Constitucional, señaló que:

«Los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son rentas parafiscales porque son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destinan para su beneficio, y conforme al principio de solidaridad, se establecen para aumentar la cobertura en la prestación del servicio de salud. El diseño del sistema general de seguridad social en salud define en forma específica los destinatarios, los beneficiarios y los servicios que cubre el plan obligatorio de salud, todos constitutivos de la renta parafiscal.».

58. Así explica la Corte Constitucional frente a la protección constitucional de los recursos de la Seguridad Social y la destinación específica de los aportes a salud y pensión, «que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, con independencia de la denominación que de ellos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.), no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la seguridad social debido a su naturaleza parafiscal.».

(…)

60. Ahora bien, de la misma forma, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones cuyos objetivos son garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte, mediante el reconocimiento de una pensión y prestaciones determinadas en la

ley. También busca la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con el Sistema, está compuesto, fundamentalmente, por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

(...)

63. Con independencia de cuál sea el régimen al que se encuentre afiliado el actor, pues no está corroborado en el expediente tal aspecto, **se debe atender a que los fines para los cuales están destinados los aportes a pensión, dado que corresponde al contratista por ley sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por ley a efectuar su pago, posteriormente resulta inviable ordenarse su devolución, así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, pues, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal.»**

64. Visto lo anterior, se reiterará lo que en pronunciamientos anteriores indicó esta ponente frente a que una vez determinada la existencia de la realidad sobre las formas, la determinación del a quo de reconocer y pagar a favor del actor los porcentajes de cotización que debió pagar por concepto de Seguridad Social no es procedente, ya que por su naturaleza parafiscal, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia del contrato realidad, estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer.» (Subraya y resalta la Sala).

En concordancia con lo expuesto, esta Sala acoge la posición transcrita, en el sentido que, dado el carácter parafiscal de los recursos que se destinan al Sistema de Seguridad Social integral, para el caso de marras en pensiones -con destinación específica-, lo que garantiza al afiliado el amparo frente a las contingencias de vejez, invalidez o muerte, conforme se ha definido por la Ley 100 de 1993, se torna improcedente considerar que, como consecuencia de la declaratoria posterior de existencia de una relación de carácter laboral, puedan convertirse los aportes efectuados en exceso por el beneficiario y en su momento al sistema, en una especie de monto indemnizatorio o crédito a su favor, en cuanto, como lo ha concluido el Consejo de Estado, su especial característica y naturaleza excluye la posibilidad de titularidad que sobre tales montos pretenda ejercer el actor. En tal virtud, habrá de denegarse de igual modo lo pretendido por concepto de pago de los **porcentajes de cotización correspondientes a pensión**, que la parte demandante debió trasladar a los fondos respectivos y que legalmente le correspondía asumir al empleador, que se encuentran en el *petitum* de la demanda.

Lo anterior no obsta para dar aplicación a la directriz constitucional en el sentido que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, el cual tiene carácter imprescriptible, por lo que Assbasalud E.S.E. deberá tener en cuenta los honorarios pactados en todos los contratos celebrados y calcular el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la actora, mes a mes, a fin de establecer si existe

diferencia entre los aportes realizados por aquel y los que se debieron efectuar, caso en el cual, **SE ORDENA** cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador. Para tales efectos, la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema durante los vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora, de acuerdo con las consideraciones de esta providencia.

Para tales efectos, la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema durante todos los vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese efectuado o existiere diferencia, tendrá la carga de cancelar o completar el aporte, según sea el caso, en el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Además, como las cotizaciones a pensión constituyen un derecho inherente a la relación laboral, todo tiempo laborado por el accionante en razón de los contratos de prestación de servicios que quedaron desmantelados, se tendrá en cuenta para efectos pensionales.

10.3. Sanción moratoria por el no pago de las prestaciones.

El Consejo de Estado⁷ sobre este particular, ha señalado:

“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.

En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibirlas, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas”.

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Sentencia del 6 de octubre de 2016, Radicado No. 41001-23-33-000-2012-00041-00 (3308-13).

Así las cosas, se negarán las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago el pago tardío de las prestaciones sociales, toda vez que, el derecho a percibir las prestaciones ordinarias surge únicamente con la sentencia que así las reconoce; por lo tanto, es posible predicarse una mora en el pago de aquellas.

10.4. Sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías.

Respecto de esta pretensión, también se ha pronunciado el Consejo de Estado⁷ en el siguiente sentido:

“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.

En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibirlas, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas”.

Así las cosas, se declarará parcialmente probada la excepción de “Cobro de lo no debido” formulada por la entidad demandada.”

Basta la cita realizada para concluir que, no hay lugar al reconocimiento de pago de sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías.

10.5. Devolución de sumas de dinero objeto de retención en la fuente y de pago de estampillas.

Con relación a la pretensión del demandante de la devolución de los descuentos por retención en la fuente y pago de estampillas, debe remitirse en primer lugar a la finalidad que de retención en la fuente trae el artículo 367 del Estatuto Tributario:

“Artículo 367. Finalidad de la retención en la fuente. *La retención en la fuente tiene por objeto conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause.”*

Debe precisarse que, la declaratoria de existencia de una relación laboral no otorga a la demandante una condición tributaria diferente o especial; así como tampoco desvirtúa las condiciones tributarias y económicas al momentos de suscribir los

contratos de prestación de servicios, puesto que la retención en la fuente se aplica tanto a los contratistas como a los empleados, correspondiendo esa suma como un pago anticipado del impuesto de renta según el artículo en cita; de manera que, esa discusión debe presentarse ante la autoridad tributaria y no es objeto de estudio en el presente asunto, por lo que no hay lugar a acceder a dicha pretensión.

Y frente al pago de estampillas, además de no encontrarse acreditado dicho pago por parte de la demandante, esa pretensión sigue la misma suerte de la retención en la fuente por lo considerado.

11. Indexación.

Finalmente, se dispondrá la actualización de la condena, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R. = Rh. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

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 de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el artículo 192 del C.P.A.C.A. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

Por todo lo considerado, deberán declararse infundadas las excepciones propuestas por la demandada Assbasalud ESE denominadas: *“inexistencia de la obligación laboral (prestaciones Sociales) en favor de la ex contratista Viviana Marcela Herrera Muñoz, Cobro de lo no debido, falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, falta de legitimación por activa para demandar en el presente asunto; excepción genérica del artículo 282 del CGP; caducidad de la acción y prescripción de los derechos en materia laboral, presunción de legalidad de los contratos suscritos entre Assbasalud y Viviana Marcela Herrera Muñoz, aportados como prueba al debate, presunción de legalidad de la liquidación de los contratos suscritos entre Assbasalud y Viviana Marcela Herrera Muñoz aportados”*.

12. Costas

No se condenará en costas a la parte actora vencida, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión a las normas procedimentales civiles, contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no se encuentran acreditadas las mismas, acorde con la posición que ha asumido el Consejo de Estado que, luego de señalar el criterio objetivo- valorativo para la imposición de costas⁴, en la que se indicó que: “(...) En esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365”, y, ha proferido número de sentencias⁵ sin condena en costas, al considerar que no se encuentra demostrada su causación.

Pues bien, teniendo en cuenta que la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el numeral octavo del artículo 365, entre otras que: “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”; una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en esta instancia, así como tampoco se observa ningún tipo de conducta que amerite la condena por ese concepto, razonamientos estos que son trasunto de los que las diferentes secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado han señalado en punto a costas, donde la regla general ha sido la no condena por tal concepto. En consecuencia, al no existir fundamento para su imposición la Sala concluye que no es procedente la condena en costas.

Sumado a lo anterior, es necesario precisar que, en este caso tampoco habrá condena en costas, acogiendo la postura del Consejo de Estados⁸, en un caso similar fallado en primera instancia por este Tribunal, contra Assbasalud ESE, citado en el desarrollo del numeral 7.3., toda vez que el Consejo de Estado revocó la condena en costas impuesta por este Tribunal así:

“(…) 50. La jurisprudencia de la Sala⁵⁵ en materia de costas procesales, ha

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia de 15 de julio de 2021. CP. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 17001-23-33-000-2017-00645-01(2017-19)

precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, la cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

51. En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso de su derecho de acción. Por ello, esta sentencia se abstendrá de condenar al vencido. (...)

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Se declaran imprósperas las excepciones denominadas “inexistencia de la obligación laboral (prestaciones Sociales) en favor de la ex contratista Viviana Marcela Herrera Muñoz, Cobro de lo no debido, falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, falta de legitimación por activa para demandar en el presente asunto; excepción genérica del artículo 282 del CGP; caducidad de la acción y prescripción de los derechos en materia laboral, presunción de legalidad de los contratos suscritos entre Assbasalud y Viviana Marcela Herrera Muñoz, aportados como prueba al debate, presunción de legalidad de la liquidación de los contratos suscritos entre Assbasalud y Viviana Marcela Herrera Muñoz aportados”, propuestas por la demandada Assbasalud ESE .

Segundo: Declárase la nulidad del Oficio acto administrativo GER-099 de fecha 18 de marzo de 2021, por medio del cual Assbasalud ESE negó el reconocimiento de sumas de dinero por concepto de salarios y prestaciones sociales, a la señora Viviana Marcela Herrera Muñoz

Tercero: Se declara la existencia de una relación laboral entre la señora Viviana Marcela Herrera Muñoz y Assbasalud ESE, quien se desempeñó como médica en dicha institución entre el 1 de agosto de 2014 y el 31 de julio de 2019.

Cuarto: Se condena a Assbasalud ESE, a efectuar los siguientes reconocimientos y pagos a favor de la señora Viviana Marcela Herrera Muñoz:

1. Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, **SE CONDENA a Assbasalud E.S.E.**, a pagar en favor de la señora **Viviana Marcela Herrera Muñoz, las prestaciones sociales de orden legal** dejadas de percibir en virtud de los vínculos a través de contratos de prestación de servicios en el tiempo transcurrido entre el 1 de agosto de 2014 y el 14 de abril de 2015; y entre el 10 de mayo y el 30 de junio de 2018; y entre el 19 de septiembre de 2018 al 31 de julio de 2019, excluyendo los periodos comprendidos entre el 15 de abril y el 9 de mayo de 2015; y entre el 1 de julio y el 18 de septiembre de 2015; y devengadas por el personal de planta que cumple las mismas funciones de médico en Assbasalud ESE, dentro del marco de las consideraciones del presente proveído; correspondiendo ello a, todas las prestaciones sociales que recibían los médicos de la demandada.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de indemnización equivalente a las prestaciones sociales y salariales ordinarias se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula: $R = Rh \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$, donde el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación).

2. Assbasalud E.S.E. deberá tener en cuenta los honorarios pactados en todos los contratos celebrados y calcular el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la actora, mes a mes, a fin de establecer si existe diferencia entre los aportes realizados por aquel y los que se debieron efectuar, y **SE ORDENA** cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador. Para tales efectos, la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema durante los vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora, de acuerdo con las consideraciones de esta providencia.

El tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para **efectos pensionales**.

Se condena a la demandada a efectuar los **ajustes de valor** sobre las sumas que resulten a favor de la demandante según el índice de precios al consumidor de conformidad con el inciso final del artículo 187 del CPACA, para lo cual se observará lo señalado en la parte motiva de este fallo.

Quinto: computar para efectos pensionales el tiempo laborado desde el 1 de agosto de 2014 y el 31 de julio de 2019, excepto durante la interrupción contemplada entre el 15 de abril y el 9 de mayo de 2015; y entre el 1 de julio y el 18 de septiembre de 2018

Sexto: Sin condena en costas.

Séptimo: Negar las demás pretensiones de la demandante.

Octavo: La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 188, 189 y 192 del CPACA. Las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia según lo previsto en el CPACA.

Noveno: Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

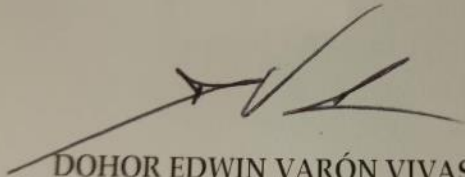
Notifíquese y cúmplase

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.

Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17 001 23 33 000 2021 00227 00
Demandante:	Centro Médico de Especialistas - CME S.A.
Demandado:	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN -
Providencia:	Sentencia No. 42

Pasa la Sala a proferir sentencia anticipada de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

Solicita la demandante las siguientes:

1. Pretensiones.

“4.1. Se DECLARE la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión No. 102412020000008 del 10 de diciembre de 2020, y de la Resolución No. 102362021000001 del 26 de mayo de 2021, proferido por la DIAN Seccional Manizales.

4.2. A título de restablecimiento del derecho, se DECLARE la firmeza de la declaración del Impuesto sobre la Renta y Complementarios del año gravable 2016 presentada por el contribuyente.

4.4. Se condene en costas y agencias en derecho a la Entidad Pública demandada.

2. Hechos.

Los fundamentos de hecho de mayor relevancia se resumen en los siguientes:

- La sociedad Centro Médico de Especialistas CME S.A., es una empresa dedicada a la prestación de servicios de salud, clínicos, y hospitalarios, ubicada en el Barrio Belén de la ciudad de Manizales, donde funciona la Clínica Santillana; y desde el año 2008, la sociedad comenzó a adquirir inmuebles aledaños a las instalaciones de dicha Clínica (casas de familia), con el fin de ampliar sus servicios, y mejorar su atención.

- En el año 2015, a través de un leasing financiero, la institución adquirió el inmueble ubicado en la dirección Carrera 24 56- 40, contiguo al lugar donde funcionaba la Clínica, sin embargo, y, por tratarse de un inmueble con una construcción antigua requería de mantenimiento.

- Ante las exigencias de la DTSC y otros Organismos de Salud, la entidad debió contratar mano de obra para adecuar y reparar los inmuebles que había adquirido, a efectos de obtener la autorización para la prestación del servicio de salud; y, dentro de las reparaciones efectuadas, se realizaron rampas dentro de los inmuebles, mejoras en los accesos, reparación de los techos, remodelación de baños, e inmunización de los sitios donde se iban a ubicar los quirófanos, entre otros.

- Como quiera que con ninguna de dichas reparaciones se estaba generando un mayor valor al activo, pues solo se estaba adecuando para su uso, según las exigencias de los órganos de control, los gastos efectuados no fueron capitalizados, en cumplimiento de la legislación contable y tributaria.

- El día 11 de abril de 2017, la sociedad Centro Médico de Especialistas CME S.A. presentó la Declaración del Impuesto sobre la Renta y Complementarios del año gravable 2016, la cual arrojó un saldo a favor de \$129.485.000; y, el día 17 de mayo de 2017 la sociedad corrigió voluntariamente la Declaración del Impuesto sobre la Renta y Complementarios del año gravable 2016, disminuyendo su saldo, la cual arrojó un saldo a favor de \$101.383.000.

- El día 14 de noviembre de 2017, la sociedad presentó solicitud de devolución del saldo a favor del Impuesto sobre la Renta y Complementarios del año gravable 2016 consignado en su denuncia rentística, por valor de \$101.383.000; y el 25 de enero de 2018 la DIAN hizo la devolución del saldo solicitado.

- En ejercicio de las amplias facultades de investigación y fiscalización, a través del Requerimiento Especial No. 102382019000010 del 30 de diciembre de 2019, notificado el 2 de enero de 2020, la División de Fiscalización propuso desconocer las erogaciones por conceptos de salarios por \$96.365.000; aportes caja compensación \$359.000; Gastos mantenimiento \$382.116.000; Depreciación \$135.427.000; y, Costo de ventas \$51.426.000; para un total de \$665.963.000

- El día 6 de junio de 2020, a través del formulario No. 1112608487380, la Clínica Santillana aceptó el desconocimiento del gasto de los Aportes a la Caja de Compensación Familiar, liquidándose el impuesto y las sanciones respectivas, valores que fueron cancelados a través del Recibo Oficial de Pago No. 4910378903509 del 8 de junio de 2020; y, la sociedad dio respuesta al Requerimiento Especial, explicando que las erogaciones canceladas al contratista para el mantenimiento de la sede tenían como única finalidad poner el activo en condiciones para su uso, no incrementar su valor, y para el efecto aportó el contrato de obra que suscribió para ello.

- Agrega que, en lo relacionado con los gastos por depreciación, aportó un cuadro contentivo de la explicación de cuáles eran los activos que estaban generando dicho gasto.

- En lo que tiene que ver con el costo de ventas, afirma que la sociedad aportó un anexo de la Declaración Privada, en el que se podía verificar que dicha cifra estaba contenida en el renglón 51 de la misma, donde se incluyó como costo la suma de \$7.221.820.000; y que, dichos rubros sí se habían efectuado aportes al sistema de seguridad social.

- Relata que el día 11 de diciembre de 2020, la sociedad fue notificada por correo electrónico de la Liquidación Oficial de Revisión No. 102412020000008 del 10 de diciembre de 2020, en donde se aceptó por parte de la Autoridad Tributaria la corrección efectuada, e igualmente el gasto de los salarios, pero la DIAN continuó negando la deducción de los gastos de mantenimiento, la depreciación, y el costo de ventas.

- El día 9 de febrero de 2021, la sociedad accionante interpuso el recurso de reconsideración en contra de la Liquidación Oficial de Revisión No.

102412020000008 del 10 de diciembre de 2020, el cual fue admitido mediante el Auto No. 102362021000004 del 2 de marzo de 2021; y, mediante la resolución No. 102362021000001 del 26 de mayo de 2021, notificada por correo electrónico el 27 del mismo mes y año, la DIAN confirmó el acto recurrido.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el apoderado del demandante como normas vulneradas las siguientes:

Artículos 29, 95 numeral 9, 288 y 230 de la constitución Política.

Artículos 107 y 647 del Estatuto Tributario

Artículos 147 y 138 del CPACA

Artículo 64 del Decreto 2650 de 1993

Como concepto de violación aduce la que hubo infracción de las normas en las cuales debería fundarse el acto, además de falsa motivación, porque a su juicio, procedían los gastos de mantenimiento por la suma de \$382.116.000; y refiere que la DIAN omite señalar cuál fue el criterio técnico que se tuvo en cuenta para determinar si las reparaciones efectuadas extendieron la vida útil del activo e incrementaron su avalúo en el valor de la erogación, o si realizaron un mantenimiento del mismo para su conservación, pues tan solo se limita a decir que se realizó una inspección física, incumpliendo la carga de la prueba que debía soportar, pues no existe ningún medio de prueba a partir del cual se pueda concluir que la naturaleza de las erogaciones efectuadas efectivamente hayan extendido la vida útil del activo.

Afirma que, la erogación realizada constituía un gasto de mantenimiento, y no un costo del activo, motivo por el cual la deducción por dicha erogación es procedente, de manera que los actos recurridos contienen una infracción en las normas en las cuales deberían fundamentarse, en concreto el Decreto 2650 de 1993.

Con relación a la procedencia de la depreciación, sostiene que, pese a haberse allegado el cuadro contentivo de la explicación de la depreciación, la DIAN no lo valoró, y se niega a reconocer la deducibilidad de la erogación, sin explicar los motivos, vulnerando con ello el derecho fundamental al debido proceso; e

incurriendo en falsa motivación porque no es cierto que el contribuyente no haya probado el gasto como lo dice la DIAN.

Frente al costo de ventas, dice que fue claro al explicar en la actuación administrativa a la que correspondía el mismo, y, afirma que se aportaron algunos soportes de gastos efectuados; no obstante la DIAN guardó silencio y no valoró las pruebas aportadas, incurriendo nuevamente en una violación al debido proceso; y sostiene que en el anexo de la Declaración Privada se reitera que en el renglón 51 de la misma, se llevó como costo la suma de \$7.221.820.000, se incluye la suma de \$51.426.000, motivo suficiente para declarar la nulidad deprecada en lo atinente a dicha glosa.

Finalmente, aduce que no hay lugar a la sanción por inexactitud, pues a su juicio, en este caso se presenta una causal de exclusión de su aplicación, porque la modificación de la declaración obedeció a una diferencia de criterio relativo a la interpretación del derecho aplicable, consistente ello en que, la discusión radica en si una erogación puede deducirse en el año en el cual se incurre, o debe capitalizarse para que vía depreciación en los años posteriores pueda ser deducida.

4. Contestación de la demanda (Documento 009 del expediente digital)

La demandada DIAN contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma, afirmando que la sociedad solicitó como deducción en la declaración de renta del año gravable 2016, gastos operacionales de Administración en el renglón 52- la suma de 382.116.000; y que la DIAN rechazó esta suma, ya que encontró que dicha suma correspondía a un mayor valor del activo; es decir, el inmueble donde funciona la clínica propiedad de la sociedad Centro Médico de Especialistas C.M.E. S.A.

Que al registrarse como gasto dicha suma en el año 2016, trajo como consecuencia la disminución de la renta gravable y por ende el impuesto que le correspondía legalmente.

Reitera las razones fácticas y jurídicas contenidas en los actos administrativos demandados, relacionados con las erogaciones que originaron la deducción, tienen origen en los contratos de los señores Luis Fernando Salazar Gutiérrez y

Carlos Alberto Valencia Lozano, y que, teniendo en cuenta que el total de estas erogaciones da un resultado de \$ 387.934.920, la DIAN al rechazar esta suma por considerar que es mayor valor del activo, reconoció el valor de la depreciación por la suma de \$ 5.819.023 para el año 2016, rechazando como gasto la suma de \$ 382.116.000.

Refiere que fue entonces objetado por la DIAN el registro como gasto en el año 2016, y que, el legislador tributario, como política fiscal, estableció algunas erogaciones que no deben ser deducidas en su totalidad, en un solo año gravable; dentro de las cuales se encuentran las que deben hacer parte del costo de los activos fijos que no deben ser deducidas en una sola anualidad gravable.

Se refiere al Decreto 2650 de 1993 inciso séptimo del grupo “15, relacionado con la propiedad de planta y equipo, en el que se alerta sobre la distinción de lo que constituye costo de los activos y lo que debe llevarse a estado de resultados en un año determinado, dejando de manera clara, el que ya sea una reparación o una mejora, si estas aumentan la eficiencia, o extienden la vida útil del activo, es costo adicional del activo.

Sostiene que las erogaciones \$ 382.116.000 aumentaron significativamente la cantidad, la calidad de la producción y la vida útil del activo del inmueble donde funciona la clínica del Centro Médico de Especialistas, y así mismo lo reconoció el contribuyente.

Expone la DIAN que, se trató de erogaciones que se originaron en cambios estructurales del inmueble y no simplemente un mantenimiento, pues está demostrado que se trató de adecuar lo que era una casa familiar, para el funcionamiento de una clínica, ya que las obras civiles consistieron en la adecuación del inmueble para consultorios, para salas de espera, reforzamiento estructural y construcción de una rampa.

Aduce que fue el legislador, quien estableció dentro de su ámbito de política fiscal, los factores determinantes que constituyen el costo de los activos fijos, al tratarse de erogaciones originadas en estos activos, y que no deben registrarse como gasto en un solo año; y que, se evidencia que para el caso del Centro Médico de Especialistas C.M.E. S.A., en realidad la erogación de \$ 382.116.000,

se debió a los cambios estructurales que se hicieron en el inmueble modificando su destino de vivienda familiar a un funcionamiento de un inmueble como clínica y no simplemente se trató de obras de mantenimiento y conservación del mismo, como se expresa en la demanda; de manera que, tampoco resulta procedente afirmar que se requería un concepto técnico que concluyera que el centro médico había revalorizado su inmueble, pues, no se trata de una revalorización como equivocadamente lo expresa la actora-, el valor de \$ 382.116.000, está soportado en las facturas expedidas por los proveedores que ejecutaron las obras civiles sobre el inmueble en el que funciona la clínica del centro médico y es la misma ley la que determinó, que este tipo de erogaciones, constituyen un mayor valor del activo, sin que se requiera un concepto técnico.

Lo anterior sumado a que, los contribuyentes de conformidad con el artículo 53 del Decreto 2649 de 1993, tienen el deber de clasificar apropiadamente los hechos económicos según su naturaleza, registrando, por ende, en las cuentas adecuadas, de manera tal que no afecten su real carga fiscal, pues lo contrario contraviene el mandato constitucional dado en el numeral 9 del artículo 95 de la Constitución Política.

Frente a los gastos de depreciación del valor de \$ 135.427.000, dice que la demandante solicitó como deducción en su denuncia rentística del año 2016: - Cta. 51056015- Gasto de depreciación por la suma de \$ 73.745.000 -Cta. 52056015- Gasto de depreciación por la suma de \$ 61.681.944; y que, ese gasto fue rechazado por la DIAN, al no haberse aportado el cuadro del registro de la depreciación, que respaldara la deducción solicitada por este concepto.

Refiere que, para el cálculo de la depreciación, los contribuyentes deben tener y aportar la relación debidamente discriminada del tipo de bien, para determinar los años de depreciación de cada bien, valor del bien, fecha de adquisición de cada uno de los bienes, valor de lo que se ha solicitado como depreciación, entre otros; y que, esa relación, debe estar acompañada necesariamente de los respectivos soportes como serían entre otras las facturas de compra de los diferentes bienes objeto de depreciación; y que, contrario a lo que afirma el actor, en relación con que la prueba no fue valorada por la DIAN, en el acto de liquidación, y en la resolución del recurso de reconsideración se hicieron las valoraciones de todas las pruebas aportadas; no obstante, fue el contribuyente quien no aportó las pruebas que comprobaran el valor de depreciación glosado

por la DIAN en ninguna de las instancias del proceso, confirmándose por tanto su rechazo.

Frente a si se probó por la Sociedad demandante los gastos del valor de \$ 51.426.000, la DIAN afirma que, por parte de la División de Gestión de Fiscalización una vez verificó el costo de ventas y prestación de servicios, determinó lo siguiente: *“Costo determinado: \$ 7.170.393.651 Valor del costo fiscal declarado: \$ 7.221.820.000 Diferencia en el costo a rechazar \$ 51.426.000”* y que, se puede observar que la demandada no da explicación alguna sobre la suma rechazada del costo; ni en la actuación administrativa, ni en la demanda, y, solo dice que la suma de \$ 51.426.000 está incluida en el valor de \$7.221.820.000; sin lograr explicación de la diferencia en el costo objetado por la DIAN.

Finalmente, frente a la sanción por inexactitud, afirma que, no es suficiente con aducir una errónea interpretación de la norma, pues se hace necesario para que exista una diferencia de criterio, que el razonamiento realizado por el intérprete obedezca a una apreciación seria y convincente; y que, en esta oportunidad, se dio aplicación a esta sanción de inexactitud, ya que los costos y gastos que fueron desconocidos por la DIAN, se fundamentaron en normas de las que no se vislumbra que la sociedad haya tenido ambigüedad en la interpretación del derecho aplicable.

Relata que las normas sobre lo que se debe registrar como mayor valor del costo son claras, como fue expuesto, sin que se haya demostrado ambigüedad alguna por parte de la sociedad en su aplicación y que, por el contrario, la sociedad determinó llevar dicho costo como gasto total en la anualidad del año investigado, contraviniendo las normas de lo que debe ser, el costo de los activos fijos. Y, adicional a ello, el hecho de que el parágrafo 1 del artículo 647 del E.T., contempla que también se genera inexactitud, cuando se carece de soportes contables y no se prueban los costos o deducciones de conformidad con las normas legales; en este caso la sociedad tampoco ejerció su actividad probatoria, para demostrar las deducciones que le fueron rechazadas en los actos administrativos.

Concluye que, de conformidad con las normas del costo de los activos fijos, se determinó que la suma de \$382.116.000 constituye mayor valor del activo y no

debió de solicitarse como deducción en el año gravable 2016; sobre la deducción por depreciación por valor de \$ 135.427.000, no se demostró a que bienes correspondía, la vida útil de los mismos, y demás; y con relación al rechazo de \$ 51.426.000 en el costo de ventas no se probó ni justificó esta suma solicitada por la actora en su declaración de renta año gravable 2016; dándose así los supuestos necesarios para aplicar la sanción por inexactitud en los términos establecidos en el artículo 647-1 del ET.

5. Alegatos de conclusión.

- Alegatos demandada DIAN (Documento 015 del expediente digital)

Reitera en su totalidad los argumentos planteados en la contestación de la demanda y refiere que, las deducciones que fueron desconocidas por la DIAN, no se enmarcan en normas ambiguas o de interpretación discutida; y que, por el contrario, se desconocieron por la actora la aplicación de las normas respectivas, incluyendo en la declaración tributaria del impuesto a la renta y/o complementarios gastos inexistentes, originado con esto un saldo a favor que no le correspondía, incurriendo de esta forma en la sanción establecida en el artículo 647 del ET.

- Alegatos parte demandante (Documento 016 expediente digital)

La parte demandante reitera los argumentos presentados en la demanda, y dice que la discusión sobre la procedencia de los gastos de mantenimiento por la suma de \$382.116.000, es que la motivación de los actos solo se enfocó en afirmar que las reparaciones efectuadas extendieron la vida útil del activo e incremento su avalúo en el valor de la erogación, y que por ello no corresponde al mantenimiento para su conservación, siendo la prueba una inspección al lugar, sin que obre un dictamen debidamente fundamentado; afirmando que esta discusión escapa de ser un asunto meramente tributario y contable, porque la naturaleza de las obras, y la incidencia en el valor funcional del bien inmueble, dan lugar a mayor valorización del administrativo, pero la DIAN no lo realizó porque el centro médico incluyó la erogación como gasto del periodo, pues las adecuaciones no implicaron un aumento de la cantidad o calidad de la producción de vida útil del activo.

Con relación al gasto por depreciación y el costo de ventas por la suma de \$51.426.000 dice que se aportó un cuadro de depreciación de activos, pero que, dicho documento no fue valorado por la DIAN, negando al contribuyente un gasto, con falta de valoración probatoria.

Finalmente, sobre la sanción por inexactitud sostiene que no hay lugar a la misma, por una discusión sobre una interpretación jurídica, al centrarse en si la erogación puede deducirse en el año en el cual se incurre, o debe capitalizarse para que, vía depreciación en los años posteriores, pueda ser deducida.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 25 de noviembre de 2021, que se encuentra en el documento 34A del expediente digital.

I. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver.

El problema jurídico se contrae a establecer de acuerdo a la discusión central en el presente asunto es si, hay o no lugar a la declaratoria de nulidad de los actos demandados, para lo cual es necesario resolver a su vez, los siguientes:

¿La intervención física en el inmueble donde funciona el Centro Médico de Especialistas, tenía el alcance de mantenimiento de obra, o de adecuaciones o adiciones al mismo para aumentar la vida útil; y en tal sentido, ¿los \$382.116.000 deben tenerse o no como gastos o costos del activo?

¿Se acreditó debidamente la procedencia de la totalidad de los gastos por depreciación?

¿Se demostró a qué concepto corresponde el costo de venta por valor de \$51'426.000?

¿Procedía o no en este caso la sanción por inexactitud?

- **Análisis normativo**

De las normas que el demandante cita como vulneradas, se transcribe la siguiente por ser de mayor relevancia para el estudio inicial del fondo del asunto, normas del estatuto tributario vigente al momento de liquidación del impuesto.

Artículos 107 y 647 del Estatuto Tributario

“Artículo 107 Las expensas necesarias son deducibles. Son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad.

La necesidad y proporcionalidad de las expensas debe determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes.

En ningún caso serán deducibles las expensas provenientes de conductas típicas consagradas en la ley como delito sancionable a título de dolo. La administración tributaria podrá, sin perjuicio de las sanciones correspondientes, desconocer cualquier deducción que incumpla con esta prohibición.

La administración tributaria compulsará copias de dicha determinación a las autoridades que deban conocer de la comisión de la conducta típica. En el evento que las autoridades competentes determinen que la conducta que llevó a la administración tributaria a desconocer la deducción no es punible, los contribuyentes respecto de los cuales se ha desconocido la deducción podrán solicitar la correspondiente devolución o solicitar una compensación, de conformidad con las reglas contenidas en este Estatuto y según los términos establecidos, los cuales correrán a partir de la ejecutoria de la providencia o acto mediante el cual se determine que la conducta no es punible.”

El artículo 647 del Estatuto Tributario, es el que regula la sanción por inexactitud, solo se abordará dado el caso que la discusión jurídica llegue a ese punto de discusión.

Y con relación al artículo 64 de Decreto 2650 de 1993, por el cual se modifica el Plan Único de Cuentas de los comerciantes que la parte demandante cita como vulnerado; debe decirse que dicho decreto solo está conformado por 16 artículos.

6. De las pruebas que reposan en este asunto.

Las pruebas que se relacionan a continuación fueron aportadas con la demanda y la contestación de la misma, y reposan en los documentos 01, 009 y carpeta de expediente administrativo del expediente digital.

- Certificado de existencia y representación legal de la Sociedad Centro Médico de Especialistas CME S.A., donde consta que la actividad principal es: “Actividades de Hospitales y Clínicas con internación”, y, Actividad secundaria: “Actividades inmobiliarias realizadas con bienes propios o arrendados”.

- Liquidación oficial de impuesto sobre la renta del año 2016 donde se evidencian diferencias entre la declaración privada y la oficial en conceptos como: gastos operacionales por venta, renta líquida, renta líquida gravable, sobre renta gravable, impuesto a cargo por operaciones gravables, sobretasa, saldo a pagar por IM; reflejándose en el saldo total a favor, que en la liquidación oficial está en \$100.938.00 y en la liquidación privada en \$0.

- Expediente administrativo.

7. ¿La intervención física en el inmueble donde funciona el Centro Médico de Especialistas, tenía el alcance de mantenimiento de obra, o de adecuaciones o adiciones al mismo para aumentar la vida útil; y en tal sentido, ¿los \$382.116.000 deben tenerse o no como gastos o costos del activo?

La primera discusión planteada por el demandante consiste en afirmar que la DIAN le desconoce la suma de \$382.116.000 empleados en la realización de unas obras en el bien inmueble donde prestaba sus servicios de salud; pues para la DIAN, esa suma no es un gasto, sino un costo del activo, generando un mayor valor de éste.

No se discute en este caso la suma de dinero que la demandante catalogó como gastos con relación a las obras realizadas; y la misma demandante, en los hechos y concepto de violación afirma que las obras que se realizaron en la planta física donde presta sus servicios fueron construcción de rampas, mantenimiento de los cielos rasos, de los techos, de los baños, adecuación de los cuartos para quirófanos entre otros.

Ahora, para determinar si efectivamente esa suma de dinero empleada en esas obras son un costo del activo, o son solamente gastos de mantenimiento o administración, es necesario tener presente que el artículo 107 del Estatuto Tributario vigente para el año 2016 determina que, son deducibles las expensas

realizadas en el periodo gravable en desarrollo de una actividad productora de renta; siempre que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de la misma, sean necesarias y proporcionadas.

Con relación a la causalidad, necesidad y proporcionalidad, el Consejo de Estado¹ ha unificado su jurisprudencia frente al alcance de esos requisitos así:

“(...) 3.3- De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala precisa el alcance y contenido de los requisitos generales de deducibilidad de que trata el artículo 107 del ET, para lo cual establece las siguientes reglas de decisión sobre esa disposición jurídica:

1. Tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta, todas las expensas realizadas por el contribuyente en desarrollo o ejecución de la actividad productora de renta. Para establecer el nexo causal entre el gasto y la actividad lucrativa, no es determinante la obtención de ingresos ni el enunciado del objeto social del sujeto pasivo.

2. Las expensas necesarias son aquellas que realiza razonablemente un contribuyente en una situación de mercado y que, real o potencialmente, permiten desarrollar, conservar o mejorar la actividad generadora de renta. La razonabilidad comercial de la erogación se puede valorar con criterios relativos a la situación financiera del contribuyente, las condiciones del mercado donde se ejecuta la actividad lucrativa, el modelo de gestión de negocios propio del contribuyente, entre otros. Salvo disposición en contrario, no son necesarios los gastos efectuados con el mero objeto del lujo, del recreo o que no estén encaminados a objetivos económicos sino al consumo particular o personal; las donaciones que no estén relacionadas con un objetivo comercial; las multas causadas por incurrir en infracciones administrativas; aquellos que representen retribución a los accionistas, socios o partícipes; entre otros.

3. La proporcionalidad corresponde al aspecto cuantitativo de la expensa a la luz de un criterio comercial. La razonabilidad comercial de la magnitud del gasto se valora conforme a la situación económica del contribuyente y el entorno de mercado en el que desarrolla su actividad productora de renta.

4. Los contribuyentes tienen la carga de poner en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales las circunstancias fácticas y de mercado, demostraciones y carga argumentativa, conforme a las cuales una determinada expensa guarda relación causal con su actividad productora de renta, es necesaria y proporcional con un criterio comercial y tomando en consideración lo acostumbrado en la concreta actividad productora de renta.

5. Las anteriores reglas jurisprudenciales de unificación rigen para los trámites pendientes de resolver en vía administrativa y judicial. No podrán aplicarse a conflictos previamente decididos. (...)” (Subraya la Sala).

¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de Unificación de 26 de noviembre de 2020. CP. Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez. Rad 25000-23-37-000-2013-00443-01(21329) 2020CE-SUJ-4-005

Ahora, una vez establecido el alcance de los criterios de causalidad, necesidad y proporcionalidad, esta Sala considera que, no hay duda de la existencia de causalidad entre las obras realizadas en el bien propiedad de la sociedad demandante, y la actividad productora de renta; la cual tiene como actividad principal según el certificado de existencia y representación legal, las *“Actividades de Hospitales y Clínicas con internación”*, pues no se discute por ninguna de las partes, que éstas tenían como fin el mejoramiento de la estructura física para una adecuada prestación de los servicios de salud.

Con relación a la necesidad, no encuentra esta Sala de decisión los elementos para calificar las obras como necesarias o innecesarias; pues se desconoce el estado anterior del bien que fue intervenido; no obstante, tampoco se puede desconocer que las obras que aduce haber realizado el demandante, y que acepta la DIAN, la cual consta en las facturas de venta número 1148 y 1118 de los meses noviembre y diciembre de 2016 por concepto de adecuaciones de consultorios; y de la rampa del edificio del Centro Médico de Especialistas; con la consecuente compra de materiales para ello, contribuyen al desarrollo del objeto social de la demandante; se entiende de ello que, al haberse realizado las adecuaciones, se puede mejorar a su vez, la prestación del servicio.

Frente a la proporcionalidad, por corresponder ésta a un aspecto cuantitativo que se debe observar de cara a la proporción del gasto y del mercado en el que se desarrolla dicha actividad, no cuenta esta Sala tampoco con los elementos necesarios para determinar si la inversión realizada en esas obras es o no proporcional con los servicios prestados; pues sólo se advierte que, de la liquidación oficial del impuesto de renta de la sociedad CME demandante los ingresos brutos operacionales asciende a \$10.723.273.000, no siendo ello suficiente para afirmarse sin lugar a dudas que, el valor de las obras ejecutadas es proporcional a su actividad económica; de manera que, no se encuentra acreditado este requisito.

Sumado a lo anterior, y pese haberse acreditado dos de los requisitos generales de deducibilidad del artículo 107 del Estatuto Tributario; no puede pasarse por alto el contenido normativo expreso de los artículos 69 del Estatuto Tributario vigente para este caso, y el artículo 64 del Decreto 2649 de 1993 que disponen lo siguiente con relación a los costos de activos fijos:

Artículo 69 Estatuto Tributario: Costo de los activos fijos:

“El costo de los bienes enajenados que tengan el carácter de activos fijos, está constituido por el precio de adquisición o el costo declarado en el año inmediatamente anterior, según el caso, más los siguientes valores:

- a. El valor de los ajustes a que se refiere el artículo siguiente.*
- b. El costo de las adiciones y mejoras, en el caso de bienes muebles.*
- c. El costo de las construcciones, mejoras, reparaciones locativas no deducidas y el de las contribuciones por valorización, en el caso de inmuebles.”* (Subraya la Sala)

El artículo 64 decreto 2649 de 1993, por el cual se reglamenta la Contabilidad General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia dispone:

Artículo 64. *Propiedades, planta y equipo. Las propiedades, planta y equipo, representan los activos tangibles adquiridos, contruidos, o en proceso de construcción, con la intención de emplearlos en forma permanente, para la producción o suministro de otros bienes y servicios, para arrendarlos, o para usarlos en la administración del ente económico, que no están destinados para la venta en el curso normal de los negocios y cuya vida útil excede de un año.*

El valor histórico de estos activos incluye todas las erogaciones y cargos necesarios hasta colocarlos en condiciones de utilización, tales como los de ingeniería, supervisión, impuestos, intereses, corrección monetaria proveniente del Upac y ajustes por diferencia en cambio.

El valor histórico de las propiedades, planta y equipo, recibidas en cambio, permuta, donación, dación en pago o aporte de los propietarios, se determina por el valor convenido por las partes, debidamente aprobado por las Autoridades cuando fuere el caso o, cuando no se hubiere determinado su precio, mediante avalúo.

El valor histórico se debe incrementar con el de las adiciones, mejoras y reparaciones, que aumenten significativamente la cantidad o calidad de la producción o la vida útil del activo.

Se entiende por vida útil el lapso durante el cual se espera que la propiedad, planta o equipo, contribuirá a la generación de ingresos. Para su determinación es necesario considerar, entre otros factores, las especificaciones de fábrica, el deterioro por el uso, la acción de factores naturales, la obsolescencia por avances tecnológicos y los cambios en la demanda de los bienes o servicios a cuya producción o suministro contribuyen.

(...)

El valor de realización, actual o presente de estos activos debe determinarse al cierre del período en el cual se hubieren adquirido o formado y al menos cada tres años, mediante avalúos practicados por personas naturales, vinculadas o no laboralmente al ente económico, o por personas jurídicas, de comprobada idoneidad profesional, solvencia

moral, experiencia e independencia. Siempre y cuando no existan factores que indiquen que ello sería inapropiado, entre uno y otro avalúo estos se ajustan al cierre del período utilizando indicadores específicos de precios según publicaciones oficiales o, a falta de éstos, por el PAAG correspondiente.

El avalúo debe prepararse de manera neutral y por escrito, de acuerdo con las siguientes reglas:

1. Presentará su monto discriminado por unidades o por grupos homogéneos.
2. Tratará de manera coherente los bienes de una misma clase y características.
3. Tendrá en cuenta los criterios utilizados por el ente económico para registrar adiciones, mejoras y reparaciones.
4. Indicará la vida útil remanente que se espera tenga el activo en condiciones normales de operación.
5. Segregará los bienes muebles reputados como inmuebles, mostrando su valor por separado.” (Subraya la Sala).

Finalmente, el Decreto 2650 de 1993, por el cual se modifica el Plan Único de Cuentas para los Comerciantes contempla:

“Clase: Activo.

Grupo: 15. Propiedad Planta y Equipos

Descripción:

Comprende el conjunto de las cuentas que registran los bienes de cualquier naturaleza que posea el ente económico, con carácter permanente para el desarrollo del giro normal de sus negocios o que se poseen por el apoyo que prestan en la producción de bienes y servicios, por definición no destinados para la venta en el curso normal de los negocios.

Las Propiedades Planta y Equipo deben registrarse al costo de adquisición o construcción, del cual forman parte los costos directos e indirectos causados hasta el momento en que el activo se encuentre en condiciones de utilización o en condiciones de puesta en marcha o enajenación, tales como los de ingeniería, supervisión, impuestos, corrección monetaria e intereses. Los intereses y la corrección monetaria causados sobre obligaciones contraídas en la adquisición forman parte del costo, salvo cuando ha concluido la etapa de puesta en marcha y tales activos se encuentren en condiciones de utilización.

(...) Las reparaciones y mejoras que aumenten la eficiencia o extiendan la vida útil del activo constituyen costo adicional.

Las erogaciones realizadas para atender el mantenimiento y las reparaciones que se realicen para la conservación de los bienes muebles e inmuebles, se deben llevar como gastos del ejercicio en que se produzcan.

Es necesario dejar presente en este punto de la discusión que, la DIAN no discute que las obras se hubieran realizado para desarrollar de mejor manera actividades propias a las del objeto social de la Sociedad demandante; sino que,

el hecho de que esas obras realizadas, no sirven de manera exclusiva para la prestación del servicio; sino que mejoran necesariamente las condiciones del bien inmueble de la demandante, mejora la calidad y la vida útil del mismo; situación que, a juicio de esta Sala, no necesita demostración alguna, pues se entiende que, si en un bien inmueble se hacen obras que contribuyen al servicio prestado, se entiende que éstas mejoran el bien.

Ahora, que no se busque de manera principal la mejora del bien, de su vida útil, e incluso su valor; no quiere decir que no se mejoren las condiciones como activo; máxime cuando en este caso, no logró acreditar que las construcciones realizadas fueran únicamente para la conservación del bien, de manera que, resulta procedente tenerlo como costo del activo, al entenderse como una inversión del mismo, siendo consecuente el criterio de la DIAN de no admitirlo como gasto de administración o mantenimiento.

Finalmente, pese a que la demandante afirma que *“las erogaciones realizadas tuvieron como finalidad un mantenimiento y conservación del activo, como quiera que la clínica funciona en un inmueble que inicialmente se construyó como vivienda familiar, que tiene varios años, de manera que las instalaciones acusaban el desgaste propio de la construcción, y lo que se hizo fue simplemente repararlo y adecuarlo para que las Autoridades de Salud otorgaran las licencias para la prestación del servicio propio de una clínica”*, dicha afirmación no logró demostrarse ni en sede administrativa ni en este proceso; pues no se aportaron las pruebas que dieran cuenta que efectivamente las obras realizadas, eran estrictamente para la conservación del bien, por mal estado o desgaste del mismo.

Y si bien, en el expediente administrativo reposa el contrato civil de obra suscrito entre la representante legal del Centro Médico de Especialistas CME S.A. y el señor Carlos Alberto Valencia Orozco, en el cual se lee que su objeto es la adecuación de acceso (rampa) del edificio del Centro de Especialistas Sede Administrativa, adecuaciones de consultorios del segundo piso, cuarto de procedimientos y fisioterapia, y todo lo detallado en el anexo 1, que valga decir, no reposa dentro del expediente; de ello no puede entenderse sin duda alguna que, las obras fueron realizadas únicamente para el mejoramiento del bien en virtud de su deterioro, como ya se dijo; máxime cuando en este caso, era la sociedad demandante quien tenía la carga de demostrar esas circunstancias

fácticas, como lo dijo el Consejo de Estado en su sentencia de unificación, citada en el desarrollo del numeral séptimo de esta sentencia.

Por lo expuesto, no prospera el cargo del demandante relacionado con la falsa motivación del acto por la improcedencia de los gastos de mantenimiento por la suma de \$382.116.000.

8. De la procedencia del gasto por depreciación.

El demandante centra esta discusión en que la DIAN dice que no se acreditó la procedencia de la depreciación deducida en la declaración de renta, pues solicitó el cuadro de depreciación de activos y no se aportó; y acepta igualmente la sociedad en su demanda que, no lo aportó en su momento, porque en el año 2018 se efectuó un cambio del sistema contable y se debió reconstruir la información; y que la DIAN no valoró el cuadro aportado posteriormente, por lo que vulneró el debido proceso, y a su juicio, se encuentra acreditada la deducibilidad de la erogación por la suma de \$125.357.580.

Los artículos 127, 128, 131, 137 y 138 del Estatuto Tributario vigente para este asunto disponen con relación a la deducción por depreciación y vida útil del bien lo siguiente:

Artículo 127. Beneficiarios de la deducción. El contribuyente beneficiario de la deducción por depreciación es el propietario o usufructuario del bien, salvo que se trate de venta con pacto de reserva de dominio, en cuyo caso el beneficiario es el comprador. El arrendatario no puede deducir suma alguna por concepto de depreciación del bien arrendado. Sin embargo, cuando el arrendatario de un inmueble le haga mejoras cuya propiedad se transfiera al arrendador sin compensación, el arrendatario puede depreciar el costo de la mejora, conforme a la vida útil de ésta, sin atender al término de duración del contrato.

Si quedare un saldo pendiente por depreciar, al enajenar definitivamente la mejora, el arrendatario tiene derecho a deducirlo como pérdida, siempre que no utilice la mejora posteriormente.”

Artículo 128. Son deducibles cantidades razonables por la depreciación causada por desgaste o deterioro normal o por obsolescencia de bienes usados en negocios o actividades productoras de renta, equivalentes a la alícuota o suma necesaria para amortizar el ciento por ciento (100%) de su costo durante la vida útil de dichos bienes, siempre que éstos hayan prestado servicio en el año o período gravable de que se trate.

Artículo 129. Se entiende por obsolescencia el desuso o falta de adaptación de un bien a su función propia, o la inutilidad que pueda preverse como resultado de un cambio de condiciones o circunstancias físicas o económicas, que determinen clara y evidentemente la

necesidad de abandonarlo por inadecuado, en una época anterior al vencimiento de su vida útil probable.

Artículo 131. El costo de un bien depreciable está constituido por el precio de adquisición, incluidos los impuestos a las ventas, los de aduana y de timbre, más las adiciones y gastos necesarios para ponerlo en condiciones de iniciar la prestación de un servicio normal.

Artículo 137. La vida útil de los bienes depreciables se determina conforme a las normas que señale el reglamento, las cuales contemplarán vidas útiles entre tres y veinticinco años, atendiendo a la actividad en que se utiliza el bien, a los turnos normales de la actividad respectiva, a la calidad de mantenimiento disponible en el país y a las posibilidades de obsolescencia.

Artículo 138. Si el contribuyente considera que la vida útil fijada en el reglamento no corresponde a la realidad de su caso particular, puede, previa autorización del Director de Impuestos Nacionales, fijar una vida útil distinta, con base en conceptos o tablas de depreciación de reconocido valor técnico.

Si la vida útil efectiva resulta menor que la autorizada, por razones de obsolescencia u otro motivo imprevisto, el contribuyente puede aumentar su deducción por depreciación durante el período que le queda de vida útil al bien, aduciendo las explicaciones pertinentes.

Si la vida útil efectiva resulta superior a la autorizada por el reglamento, el contribuyente puede distribuir, dentro del lapso faltante, el saldo amortizable, o puede disminuir su deducción de acuerdo con la vida útil efectiva.” (Subraya la Sala)

Ahora bien, ambas partes centran su discusión en que, la sociedad demandante no acreditó con suficiencia la deducción por el costo de ventas; y que, la DIAN, no demostró por qué no tener en cuenta esa deducción.

El Consejo de Estado² ha definido qué se requiere para que proceda la deducción por depreciación en mención en el siguiente sentido:

“(…) Sobre el particular, la Sala reitera el criterio expuesto en la sentencia de 3 de julio de 2020, en el que se analizó un asunto similar entre las mismas partes. En dicha providencia se estableció que para determinar el valor de los activos, en este caso, de inmuebles integrados por edificaciones y terrenos, se debía acudir a un avalúo técnico, con fundamento en el artículo 64 del Decreto 2649 de 1993. En lo pertinente, la Sala sostuvo lo siguiente:

“Como lo precisó la Administración en su doctrina, fundamento del requerimiento especial, la normativa tributaria no señalaba un procedimiento específico para calcular el valor del terreno no depreciable sobre el cual se encuentra una edificación; en consecuencia, se permitía acudir a los sistemas y normas

² Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 29 de octubre de 2020. CP. Dr. Milton Chávez García. Rad. 25000-23-37-000-2016-00774-01(23914)

contables de valorización de activos, normas entre las cuales se encontraba el artículo 64 del Decreto 2649 de 1993, el cual, por encontrarse vigente para el período en discusión, resulta aplicable al presente caso.

(...)

En ese orden de ideas, advierte la Sala que la Administración y el a quo, debieron valorar, conforme a las reglas de la sana crítica, los avalúos técnicos allegados durante la investigación y con la demanda, los cuales, contrario a lo considerado por el Tribunal, sí gozan de fuerza probatoria para verificar el hecho que se pretendió demostrar (la razonabilidad del valor asignado a la construcción), en cuanto se ajustaron a las previsiones del artículo 785 del ET, mientras que la certificación emitida por Catastro se limitó a indicar los valores asignados -en metros cuadrados- de la construcción y el terreno, sin explicar cómo los determinó y por qué concluyó (al hacer el análisis matemático) que el porcentaje de participación del terreno era del 87%, y el de la construcción 13%. En esas condiciones, con el avalúo presentado por la actora con la respuesta al requerimiento especial se desvirtuaron los valores determinados por la Administración en relación con la deducción discutida.

[...]

Ahora, como también lo ha expresado la Sala, ante «una divergencia entre dicha información [la catastral] y las circunstancias reales de los inmuebles al momento de la causación, deben prevalecer estas últimas siempre que sean debidamente probadas»³.

Conforme con el criterio anterior, para determinar el costo fiscal de los inmuebles susceptibles de depreciación (construcciones), resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 64 del Decreto 2649 de 1993, vigente para el período en discusión, y por ello es procedente tomar el avalúo técnico como base para calcular la deducción por depreciación. (...)
(Subraya la Sala).

Sea lo primero señalar que, este cargo invocado por el demandante, resulta totalmente general, no dice, más allá del monto objetado, qué depreciación está buscando; es decir que, no precisa si es que la vida útil fijada en el reglamento no corresponde con la realidad, o si es menor a la autorizada.

Si bien dentro las pruebas que obran dentro del expediente administrativo se evidencian cuadros de cuenta niveles 3 y 2, balances de prueba, planillas de seguridad social, facturas de servicios prestados, pólizas, cuentas de cobro, escritura pública del bien inmueble, contratos de arrendamiento, de prestación

3 Cita de cita. 20 sentencia del 7 de mayo de 2020, Exp. 24668, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez (E), en la que reitera la sentencia del 24 de mayo de 2012, Exp. 17715, CP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

de servicios, de obra, actas, y análisis de cuentas detallados; también es cierto que no obra ninguna prueba relacionada con la vida útil del bien inmueble de su propiedad; ni con su depreciación; avalúos técnicos u otro documento que dé cuenta del deterioro del bien.

Ahora, pese a que es una realidad que los bienes materiales, en este caso inmueble, se envejecen, se vuelven obsoletos, se desgastan o desvalorizan por su uso; también es cierto que, en este caso particular, las reglas fijadas por las normas aplicables definen que esa depreciación se prueba, entre otros, con un avalúo técnico con base en el cual se calcula la depreciación que se pretende.

En este caso, brilla por su ausencia el documento en mención, o cualquier otra prueba documental tendiente a demostrar el valor de la depreciación que alega el contribuyente CME; siendo éste el argumento expuesto por la DIAN para su rechazo, el cual comparte esta Sala de decisión, advirtiéndole que en sede judicial, tampoco se allegó ninguna prueba tendiente a la acreditación de dicha suma; motivos por los cuales no prospera el cargo de procedencia de gastos por depreciación alegado por el demandante.

9. ¿Se demostró a qué concepto corresponde el costo de venta por valor de \$51.426.000?

Sea lo primero señalar que, el único argumento del demandante en este cargo planteado es que la DIAN expuso que el contribuyente no acreditó el concepto al cual correspondía la suma enunciada; y que, la sociedad demandante allegó soportes de *“algunos” gastos*, que, a su juicio, no fueron valorados. Sin que señale con precisión las pruebas a las que se refiere, no dice por qué concepto la suma de \$51.426.000 corresponde a un costo de venta.

Se limita el demandante a decir que: *“desde el inicio de la investigación, y luego en la respuesta al Requerimiento Especial, se explicó a que correspondía el costo, y se allegaron incluso soportes de algunos gastos efectuados, de lo cual la División de Fiscalización guardó silencio absoluto, otra muestra de una violación (...). En las pruebas aportadas, se puede advertir el anexo de la Declaración Privada, en donde se reitera, consta que en el renglón 51 de la misma, donde se llevó como costo la suma de \$7.221.820.000, se incluye la*

suma de \$51.426.000, motivo suficiente para declarar la nulidad deprecada en lo atinente a dicha glosa.”

Si bien es cierto que en el anexo de la liquidación oficial se expone que, el costo de ventas declarado por valor de \$7.221.820.000 se funda en unas cancelaciones a título de indemnización de dos empleadas, el demandante no dice de manera expresa, qué es lo que esta Sala debe estudiar minuciosamente como costos de venta y deducciones de los mismos.

Pese al cargo de nulidad expuesto por el demandante de manera general y sin soporte; esta Sala advierte lo siguiente:

En el requerimiento especial la DIAN solicitó a la sociedad demandante contabilidad y soportes contables para verificar la procedencia del costo de venta de la suma de \$51.426.000; exponiendo que éstos no están contabilizados ni rechazados.

En respuesta de la sociedad CME al requerimiento realizado, en el numeral 4.4. explica que, ese costo corresponde a unos pagos por indemnizaciones de empleados, por suma de \$3.030.000 de la señora Carmen Montachez Rodríguez y \$1.812.727 de la señora Angie Lorena Barrera Santamaría; citando a renglón seguido, un artículo del Estatuto Tributario que dice que esos conceptos son deducibles.

Al revisar las pruebas aportadas en respuesta al requerimiento especial, no se observa que se allegue la contabilidad y soportes de asientos contables solicitados por la DIAN para verificar ese aspecto.

Finalmente, en el recurso de reconsideración interpuesto por la sociedad demandante, en el numeral 4.3. se limita a decir en pocos renglones que, sobre la deducción por el costo de ventas, en la respuesta al requerimiento especial ello ya fue explicado.

Ahora, al revisar las pruebas que obran dentro del proceso se encuentra copia de una demanda ante Juez Laboral del Circuito cuya demandante es la señora Carmen Montachez; y la copia de una liquidación definitiva de prestaciones

sociales de la señora Angie Lorena Barrera Santamaría y Carmen Montachez Rodríguez.

Por su parte, el artículo 771-2 aplicable dispone:

“Artículo 771-2. Procedencia de costos, deducciones e impuestos descontables. Para la procedencia de costos y deducciones en el impuesto sobre la renta, así como de los impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas, se requerirá de facturas con el cumplimiento de los requisitos establecidos en los literales b), c), d), e), f) y g) de los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario.

Tratándose de documentos equivalentes se deberán cumplir los requisitos contenidos en los literales b), d), e) y g) del artículo 617 del Estatuto Tributario.

Cuando no exista la obligación de expedir factura o documento equivalente, el documento que pruebe la respectiva transacción que da lugar a costos, deducciones o impuestos descontables, deberá cumplir los requisitos mínimos que el Gobierno Nacional establezca.” (Subraya la Sala).

Del artículo en mención, queda claro que, para la procedencia de costos, deducciones e impuestos descontable en el impuesto de renta, se requieren las facturas de ventas; y si bien es cierto en este caso la discusión se torna en relación con el pago de unas sumas de dinero por indemnizaciones; no reposa en el expediente administrativo documento siquiera equivalente, constituido por una copia de la sentencia ejecutoriada que dio origen al pago de esas sumas de dinero, con las consignaciones que por dicho concepto se hiciera a las señoras mencionadas, a sus cuentas o las de sus apoderados judiciales; documento en el que se evidencie la suma consignada, la fecha, el concepto del pago; u otros documentos que demuestren sin lugar a dudas esos pagos realizados.

Tampoco puede pasar por alto esta Sala que, la DIAN desde el requerimiento especial solicitó al contribuyente, ahora demandante, documentos como contabilidad y soportes de asientos contables para acreditar esos costos de ventas alegados por suma de \$51.426.000; no obstante, la Sociedad hizo caso omiso del mismo, y no allegó la documentación requerida, ni esa, ni otra tendiente a acreditar el costo de venta discutido. Y, no bastando con su silencio, en su respuesta solo explica de donde sale el monto, citando solamente los montos de indemnización que valga decir por demás, entre ambas señoras suman \$4.842.727 y no los \$51.426.000 que pretende deducir.

En el recurso de reconsideración, ni siquiera cita nuevamente las sumas pretendidas, sino que se limita a decir en el numeral 4.3. que, sobre el costo de venta, ello fue explicado en la respuesta al requerimiento especial.

Así las cosas, advierte esta Sala que, ni en sede administrativa, ni en sede judicial, la sociedad demandante Centro Médico de Especialistas hace referencia a una prueba en particular, ni tampoco aporta una tendiente a la demostración de esos costos de ventas a los que hizo alusión en sede administrativa; de manera que, coincide esta Sala con lo expuesto por la DIAN, en el sentido que los costos de venta no fueron demostrados por el ahora demandante; por lo que no prospera este cargo de nulidad.

10. De la sanción por inexactitud

Finalmente, la sociedad dice que debe eliminarse la sanción por exactitud, en virtud de que la modificación de la declaración obedece a una diferencia de criterio relativo a la interpretación del derecho aplicable, por lo que no hay ligar a su imposición; pues, en este caso la discusión radica en si una erogación puede deducirse en el año en el cual se incurre, o debe capitalizarse para que vía depreciación en los años posteriores pueda ser deducida, discusión que claramente recae sobre la interpretación jurídica.

Sea lo primero destacar que, la discusión que se presenta no es solo la mencionada por el demandante; sino que también se discute la depreciación y unos costos de venta.

El artículo 647 del Estatuto Tributario vigente para el caso dispone con relación a la sanción por inexactitud lo siguiente:

“Artículo 647. Sanción por inexactitud. Constituye inexactitud sancionable en las declaraciones tributarias, la omisión de ingresos, de impuestos generados por las operaciones gravadas, de bienes o actuaciones susceptibles de gravamen, así como la inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos, inexistentes, y, en general, la utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las Oficinas de Impuestos, de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente o responsable. Igualmente, constituye inexactitud, el hecho de solicitar compensación o devolución, sobre sumas a favor que hubieren sido objeto de compensación o devolución anterior.

(...)

No se configura inexactitud, cuando el menor valor a pagar que resulte en las declaraciones tributarias se derive de errores de apreciación o de diferencias de criterio entre las Oficinas de impuestos y el declarante, relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos.

Parágrafo. Las inconsistencias en la declaración del impuesto de renta y complementarios derivadas de la información a que hace referencia el parágrafo 1o del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 sobre aportes a la seguridad social será sancionable a título de inexactitud, en los términos del presente Estatuto Tributario". (Subraya la Sala).

Se encuentra probado que, en la liquidación oficial la DIAN impuso sanción por inexactitud equivalente al 100% de la diferencia entre el saldo a favor determinado en esa liquidación oficial, determinando el monto en la suma de \$142.243.00.

De la norma transcrita se entiende que, habrá lugar a la sanción por inexactitud cuando exista omisión de ingresos, de impuestos generados por operaciones gravadas, de bienes o actuaciones susceptibles de gravamen, inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos inexistentes y en general, la utilización en las declaraciones de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto o saldo a pagar o un mayor saldo a favor para el contribuyente o responsable.

Sin embargo, el contribuyente se puede exonerar de la sanción cuando el menor valor a pagar se derive de errores de apreciación o diferencias de criterios entre la autoridad tributaria y el declarante, relativos a la interpretación del derecho aplicable, y siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos.

El Consejo de Estado⁴ ha pronunciado frente a la sanción por inexactitud lo que en aparte se transcribe:

"(...) Respecto del cargo de apelación de la entidad demandada en relación con la sanción por inexactitud, la Sala no comparte la decisión del a quo de levantar la sanción por diferencia de criterios, pues lo

⁴ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 4 de noviembre de 2021. MP. Dra. Myriam Stella Gutiérrez Argüello. Rad. 63001-23-33-000-2018-00207-01(24754)

primero que exige el artículo 647 en referencia, es que los hechos y cifras denunciados sean completos y veraces, siendo necesario que en el proceso exista una prueba que los corrobore en toda su magnitud; en segundo lugar, la citada norma requiere que el contribuyente demuestre que la interpretación de la norma en la que se subsume el hecho económico gravado y declarado es razonable^[4], es decir, que se encuentra sustentada en métodos o técnicas de interpretación legalmente aceptables. Nada de lo cual acontece en este asunto.

(...)

Adicionalmente, la discusión en sede administrativa se centró en el rubro de costos, en especial sobre una porción de estos (\$57.283.000 de compra de otros productos y \$21.279.000 por concepto de compra de gasolina extra) que no aparecían registrados en su contabilidad y sobre los cuales la parte actora no allegó prueba documental que justificara esas diferencias.

Esas razones llevan a la Sala concluir, que de las varias interpretaciones posibles de la norma, el demandante acogió aquella que no resultaba conforme con la finalidad de la misma, lo que se contrapone a un actuar exento de culpa que haga procedente el levantamiento de la sanción impuesta por la administración -aplicado al principio constitucional de favorabilidad-, la cual debe mantenerse y por consiguiente en este aspecto se revocará el fallo apelado. (...)”

En este caso la discusión no versa sobre diferencia de criterios, esto es, respecto a la norma aplicable o su interpretación, pues la discusión se da sobre procedencia de gastos de mantenimiento por la suma de \$382.116.000; la de los gastos por depreciación; y sobre el costo de ventas por la suma de \$51.426.000; y, al revisar el fondo de la discusión se advierte que, tanto en sede administrativa como en sede judicial, obedece a un tema probatorio, de manera que, no se encuentran acreditados los presuntos errores de apreciación o diferencias de criterio, que necesariamente exigen la confrontación o cotejo de, al menos, dos elementos disímiles o dispares; situación que no se observa en este caso; por lo que para esta Sala no hay lugar a exonerar al demandante de la sanción por exactitud impuesta por la DIAN.

Por lo considerado, en este caso no encuentra la Sala prosperidad de ninguno de los cargos de nulidad invocados por la Sociedad Centro Médico de Especialistas demandante, por lo que, se negarán las pretensiones de la demandante, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

11. Costas

Se condenará en costas a la parte actora vencida, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 188 del CPACA y artículo 365 numerales uno y ocho del Código General del Proceso, aplicable por remisión, acorde con la posición que ha asumido el Consejo de Estado en el sentido de señalar el criterio objetivo- valorativo para la imposición de costas. Pues bien, teniendo en cuenta que la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), dispone en el citado numeral ocho del artículo 365, entre otras que: *“Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*; una vez revisado el expediente, la parte demandante resultó vencida en primera instancia y la parte demandada intervino en el trámite del proceso dando respuesta a la demanda y presentando alegatos de conclusión, conforme las constancias secretariales que obran en el plenario.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero: Negar las pretensiones de la demandante dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por **Centro Médico de Especialistas - CME S.A.** contra la DIAN.

Segundo: Se condena en costas a la parte demandante en favor de la demandada.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

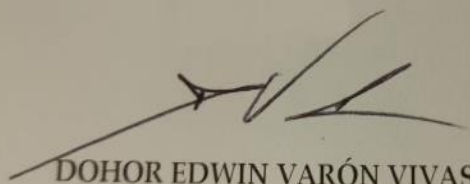
Notifíquese y cúmplase

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.

Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Segunda de Decisión
Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

A.I. 56

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17 001 23 33 000 2022 00227 00
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandantes:	Alberto Céspedes Valderrama y otros
Demandado:	Nación - Instituto Colombiano Agropecuario – ICA -

Procede la Sala de decisión a resolver sobre la admisión de la demanda.

I. Antecedentes

Dentro del asunto de la referencia se presentó demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación - Instituto Colombiano Agropecuario – ICA – y cuyas pretensiones son las siguientes:

“PRIMERO: Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1.1 Resolución del 12 de julio de 2021 por medio de la cual el Subgerente Administrativo y Financiero (E) del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, resolvió en primera instancia, dentro del Expediente Disciplinario No. 2020-005, promovido en contra del suscrito ALBERTO CÉSPEDES VALDERRAMA, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.166.291, Profesional Especializado 2028-14 ubicado en la Gerencia Seccional de Caldas, sancionarlo disciplinariamente en destitución e inhabilidad general por quince (15) años.

1.2 Resolución No. 107517 del 6 de octubre de 2021, por medio de la cual la Gerencia General del Instituto Colombiano Agropecuario –ICA, resolvió el recurso de apelación presentado en contra del fallo disciplinario de primera instancia proferido por la Subgerencia Administrativa y Financiera del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, dentro del Expediente Disciplinario No. 2020-005, promovido en contra del suscrito ALBERTO CÉSPEDES VALDERRAMA, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.166.291, Profesional Especializado 2028-14 ubicado en la Gerencia Seccional de Caldas, ratificando la sanción

consistente en destitución e inhabilidad general por quince (15) años. La Resolución anterior fue notificada el 7 de octubre de 2021.

1.3 Certificación del 15 de octubre de 2021 por medio de la cual se dio efectividad de sanción consistente en destitución e inhabilidad general por quince (15) años dentro del expediente disciplinario N° 2020-005 al señor Alberto Céspedes Valderrama quien ostentaba el empleo de Profesional Especializado Código 2028, Grado 14 ubicado en la Gerencia Seccional Caldas con sede en Manizales.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se reintegre en el cargo de que venía desempeñando en el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA o similar, al señor ALBERTO CÉSPEDES VALDERRAMA, con efectos retroactivos al día 15 de octubre de 2021 y se cancelen todos los dineros dejados de devengar.

TERCERO: Se cancelen al señor ALBERTO CÉSPEDES VALDERRAMA, los salarios dejados de percibir, desde el momento en que el señor Céspedes fue retirado de su cargo hasta el momento en que se produzca sentencia a favor del demandante, así como el pago de las primas de servicios, navidad, prima de productividad, vacaciones, cesantía y en general todos aquellos emolumentos o prestaciones propios de dicho cargo.

CUARTO: Al señor ALBERTO CÉSPEDES VALDERRAMA, se le debe pagar indemnización por perjuicios morales debido al daño causado por la pérdida injusta de su trabajo, obviando sus derechos constitucionales y legales, CIEN (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en calidad de perjudicado directo.

Para Rita Marged Giraldo Ramírez, mayor de edad, con domicilio en Manizales, Caldas, cónyuge del afectado, y sus hijos Daniela Céspedes Giraldo y Félix Antonio Céspedes Giraldo, con la suma equivalente a CINCUENTA (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno, en razón al daño causado

QUINTO: Se indexen todas las sumas generadas a favor de mis representados.

SEXTO: Se condene al pago de agencias en derecho y costas procesales.”

Mediante auto de 2 de noviembre de 2022, se ordenó corregir entre otros, lo siguiente:

“3. Debe aportar los actos administrativos demandados, con sus constancias de notificación o publicación, como lo exige el numeral 1 del artículo 166 del CPACA, o la manifestación de que trata el inciso segundo ibidem.

4. *Debe aportar con la demanda el acto que ejecuta la sanción correspondiente, con su constancia de notificación o publicación, según sea el caso.*”

Lo primero que advierte este Despacho es que, con el escrito de subsanación de la demanda (documento 06 expediente digital) se aportan los anexos de la misma, los cuales reposan en el documento 07 del expediente digital; y, al revisar cuidadosamente, no se observa en ellos el documento mencionado en el numeral 1.3 de las pretensiones de la demanda, denominado certificado de 15 de octubre de 2021, que dice el demandante, fue mediante el cual se dio efectividad a la sanción de destitución e inhabilidad del señor Alberto Céspedes Valderrama.

Obra dentro de los anexos aportados, un auto mediante el cual se ordena la suspensión provisional al investigado, por el término de 3 meses, contados a partir del 1° de marzo de 2020; ello sin constancia de notificación o comunicación.

Finalmente, se encuentra es una constancia de ejecutoria firmada por la abogada del Grupo de Procesos Disciplinarios en la cual dice que: *“El fallo de primera instancia proferido dentro del expediente disciplinario No. 2020-005, calendado 12 de julio de 2021, a través del cual se declarara disciplinariamente responsable al señor Alberto Céspedes Valderrama, y como consecuencia de ello se impone sanción disciplinaria consistente en destitución e inhabilidad general de 15 años, quedó en firme el 7 de octubre de 2021, una vez surtida la comunicación electrónica a la doctora Lina María Hoyos Botero en calidad de apoderada y al disciplinado, del fallo de segunda instancia proferido el 06 de octubre de 2021, decisión contra la cual no procede recurso alguno”*.

II. Consideraciones

Una vez hecho el recuento mencionado, que da cuenta de los documentos aportados por la parte demandante, procede esta Sala a estudiar sobre la caducidad en el asunto de la referencia.

El numeral 2, literal d), del artículo 164 del CPACA, establece:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;"

Ahora, sobre el término de caducidad en casos como el presente, donde se discute una sanción de disciplinaria mediante la cual se sanciona a un empleado, en sentencia de unificación del Consejo de Estado¹ ha precisado lo siguiente:

"(...) En definitiva, es claro que en aquellos casos en los que se haya sido emitido un acto ejecutando una sanción disciplinaria de retiro temporal o definitivo del servicio, y éste materialice la situación laboral del servidor público, debe preferirse la interpretación según la cual el término de caducidad de la acción contenciosa debe computarse a partir del acto de ejecución, en la medida en que ésta constituye una garantía para el administrado y una forma de facilitar el control de los actos de la administración.

Distinto ocurre cuando no se presenta el escenario antes descrito, esto es, cuando o bien no existe un acto que ejecute la sanción disciplinaria de retiro del servicio, o cuando dicho acto no tiene relevancia frente a los extremos temporales de la relación laboral, situaciones que impiden aplicar el criterio expuesto en esta providencia y frente a las cuales debe contarse el término de caducidad a partir de la ejecutoria del acto definitivo que culminó el proceso administrativo disciplinario.

(...)

La anterior consideración se justifica por cuanto, como se afirmó en los acápites precedentes, solamente en aquellos casos en los que el acto de ejecución tiene incidencia efectiva en la terminación de la relación laboral administrativa, puede afirmarse que dicho acto tiene relevancia frente al conteo del término de caducidad de las acciones ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (Subraya la Sala).

Por otra parte, el Consejo de Estado² frente a la incidencia del acto de ejecución en el conteo del término de caducidad ha considerado siguiente:

"(...) De acuerdo con el anterior criterio, en materia disciplinaria, el acto de ejecución es relevante para computar la caducidad del medio de

1 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de febrero de 2016. MP. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. 11001-03-25-000-2012-00386-00 (1493-2012).

2 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub Sección A. Providencia de 26 de julio de 2018. CP. Dr. Rafael Francisco Zuárez Vargas. Rad. 25000-23-42-000-2014-02421-01(4782-16).

control cuando: i) se controvierten sanciones disciplinarias que impliquen el retiro temporal o definitivo del servicio; ii) se haya emitido un acto de ejecución; y iii) el acto de ejecución materialice la suspensión o terminación de la relación laboral.

A su turno, esta Corporación determinó^[1] que el conteo de la caducidad puede comenzar a computarse a partir del día siguiente al de la notificación del acto de ejecución «siempre que éste tenga incidencia efectiva en la terminación de la relación laboral^[2]». Esta tesis es razonable en la medida en que hace efectivos los principios *pro homine* y *pro actione*; igualmente, es consonante con la naturaleza de los actos de ejecución en tanto plasman en el «mundo material o jurídico^[3]» el contenido del acto que ejecutan, «dándole efectividad real y cierta^[4]».

Por el contrario, cuando en esta clase de procesos no exista un acto de ejecución que materialice el retiro temporal o definitivo del servicio o cuando existiendo este acto no tenga incidencia alguna en la terminación de la relación laboral, el término de caducidad debe contarse a partir de la ejecutoria del acto administrativo definitivo con el que culminó el trámite disciplinario^[5]. (Subraya la Sala).

Ahora, en el presente asunto se demandó un certificado de 15 de octubre de 2021, mediante el cual afirma el demandante, se hizo efectiva la sanción; no obstante, el mismo no se encuentra dentro del proceso, pese al auto mediante el cual se ordenó su corrección en tal sentido. Se encuentra certificación del 12 de octubre de 2021, mediante la cual se dice que el proceso disciplinario quedó en firme el día 7 de octubre de 2021, y que de ello se comunicó a la apoderada judicial del demandante en el proceso disciplinario.

Debe decirse que, pese a que dentro del expediente no reposa el acto de 15 de octubre de 2021, mediante el cual, dice el mismo demandante que se hizo efectiva la sanción; esta Sala tomará esa fecha para el conteo del término de caducidad en este asunto.

Así pues, la demanda se radicó en ventanilla virtual el día 14 de septiembre de 2022, como consta en el acta de reparto que reposa en el documento 001 del expediente digital; se presentó solicitud de conciliación prejudicial el día 2 de febrero de 2022, la cual se declaró fallida el día 29 de marzo de 2022, como dice la constancia proferida por el Procurador 28 Judicial II en asuntos Administrativos (documentos 36 y 37 de los anexos que reposan en el documento 007 del expediente digital).

Ahora, el término de caducidad de 4 meses en este asunto se cuenta tomando los 4 meses entre el 16 de octubre del 2021 y el 16 de febrero de 2022; y en vista que el 2 de febrero se presentó la solicitud de conciliación, se interrumpió

el término hasta el 29 de marzo que se declaró fallida, teniendo a favor 14 días; no obstante, la demanda se presentó el día 14 de septiembre de 2022, esto es, más de 6 meses después de vencido el término de caducidad.

Por lo expuesto, para esta Sala de decisión, en el presente caso operó el fenómeno jurídico de la caducidad para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho; en consecuencia, se rechazará de plano la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 numeral 1° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas**,

III. Resuelve

Primero: Rechazar de plano la demanda presentada por el señor Alberto Céspedes Valderrama y otros contra la Nación - Instituto Colombiano Agropecuario – ICA -, por operar el fenómeno de la caducidad.

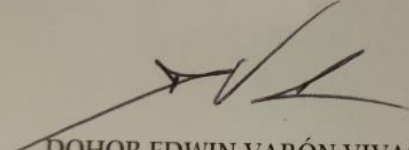
Segundo: Hacer las anotaciones correspondientes en el programa “*Justicia XXI*”.

Notifíquese y cúmplase

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Sexta
Magistrado: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, diez (10) de marzo del dos mil veintitrés (2023)

A.I. 41

Asunto: Alegatos de conclusión
Radicado: 1700123330002022-00112-00
Medio de control: Popular (Protección de los derechos e intereses Colectivos)
Demandante: Guillermo Muñoz Valencia

Visto el informe secretarial que antecede, el Despacho entra a resolver lo pertinente.

El artículo 33 de la Ley 472 de 1998, estableció que una vez vencido el término para practicar pruebas, el juez dará traslado a las partes para alegar por el término común de cinco (5) días.

Por lo anterior, se da por finalizado el periodo probatorio contemplado en la Ley 472 de 1998, y en consecuencia se pronunciara a continuación respecto del término para presentar alegatos de conclusión.

En consecuencia, se ordena a las partes allegar alegatos de conclusión dentro del término de cinco (5) días siguientes, término durante el cual también podrá presentar su concepto el Ministerio Público.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No.
FECHA: 13/03/2023

República de Colombia



Tribunal Administrativo de Caldas
Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 58

Radicación	17001 23 33 000 2023 00040 00
Medio de control:	Protección de derechos e intereses colectivos
Demandante:	Amalia Osorio y Diana María Agudelo Montoya
Demandado:	Municipio de Manizales y Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS -

Al estudiar sobre la admisibilidad del escrito de acción popular de la referencia, encuentra el Despacho que la misma reúne los requisitos señalados en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998 y el numeral 4to del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En consecuencia,

I.Resuelve

Primero: Admitir el escrito de demanda que, en ejercicio del medio de control de **protección de los derechos e intereses colectivos**, instaura las señoras **María Alejandra Castaño García y Diana María Agudelo Montoya** contra el **Municipio de Manizales y Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS -**.

Segundo: Notificar esta providencia por estado a la parte actora, de conformidad con lo señalado en los artículos 171 y 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021, y el artículo 21 de la Ley 472 de 1998.

Tercero: Notifíquese personalmente esta providencia al señor **Defensor del Pueblo**, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, adjuntando copia del presente auto, del escrito de acción popular y los anexos.

Cuarto: Notifíquese personalmente esta providencia al señor **Agente del Ministerio Público** para Asuntos Administrativos, mediante mensaje dirigido al

buzón electrónico para notificaciones judiciales, adjuntando copia del presente auto, del escrito de acción popular y los anexos.

Quinto: Notifíquese personalmente este auto a los representantes legales de: **Municipio de Manizales y Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS** -, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, adjuntando copia del presente auto, del escrito de acción popular y los anexos.

Sexto: Córrase traslado de la demanda a las entidades demandadas. El traslado a las accionadas será por el término de diez (10) días, los cuales comenzarán a contarse a partir de los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente, de conformidad con el inciso cuarto del artículo 199 de la ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 48 de la ley 2080 de 2021, dentro de los cuales podrán contestar la demanda, solicitar la práctica de pruebas y proponer excepciones, conforme lo disponen los artículos 22 y 23 de la Ley 472 de 1998 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Séptimo: Se requiere a las entidades accionadas para que, al momento de contestar, informen al Despacho la existencia de medios de control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos, por los mismos hechos y pretensiones que suscitan la interposición del presente, que se encuentren en trámite o hayan culminado, indicando además el juzgado de conocimiento y el estado en que se encuentren.

Por la secretaría ofíciase a los juzgados administrativos para que informen si han tramitado acciones populares por la misma causa y objeto que la presente.

Octavo: Infórmese sobre la existencia del presente trámite a los miembros de la comunidad, mediante aviso que será publicado en la página web de la Rama Judicial y de cada una de las entidades accionadas, para los fines del artículo 24 de la Ley 472 de 1998 (Art. 21 ibidem). Para el efecto, deberán acreditar la publicación dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de este auto por estado.

Noveno: Por Secretaría, **remítase el correspondiente aviso** para efectuar la publicación de que trata el numeral precedente.

Décimo: Se informa a las partes que la decisión será proferida dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del término de traslado.

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:
Fernando Alberto Alvarez Beltran
Magistrado
Despacho 02
Tribunal Administrativo De Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **29a9b91f10654f415380766bb67860d78f97a1283877c113200869e1335a41de**

Documento generado en 10/03/2023 02:17:41 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.014

Auto:	Requerimiento
Acción:	Popular
Radicación:	17001-23-33-000-2017-00496-00
Accionante:	Ana Mery Patiño Gutiérrez
Accionado:	Fondo Adaptación, Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, Nación - Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Nación - Ministerio de Ambiente y Desarrollo, Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca Comfamiliar Andi

Manizales, diez (10) de marzo dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Mediante escrito visible en archivo 12 del cuaderno de incidente que obra en el expediente híbrido, el señor Procurador 29 Judicial II para Asuntos Administrativos de Manizales, que actúa ante este Despacho en calidad de Presidente del Comité de Verificación de Pacto de Cumplimiento en el presente asunto, informó que existe incumplimiento por parte del Fondo Adaptación en relación con la orden emitida en la sentencia de primera instancia proferida por la Sala Quinta de Decisión de esta Corporación.

ANTECEDENTES

En el presente asunto, a través de sentencia proferida por este Tribunal el 15 de mayo de 2020, se dispuso aprobar el acuerdo alcanzado por las partes dentro de la audiencia especial de pacto de cumplimiento celebrada el nueve (9) de septiembre de 2013 y reanudada el veintiuno (21) de octubre de 2013, y en consecuencia, se dispuso:

(...)

Cuarto. DECLARAR que el Fondo Adaptación es responsable de la vulneración del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

Quinto. ORDENAR al Fondo Adaptación realizar, en el término de dieciocho (18) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, los proyectos o gestiones necesarias para dar solución de vivienda a los ciudadanos enlistados como afectados en la demanda y su corrección, teniendo en cuenta la forma y términos establecidos en el plan de elegibilidad adelantado por el Fondo Adaptación.

Sexto. CONFORMAR un comité de verificación que estará integrado por el Procurador 29 Judicial II para Asuntos Administrativos de Manizales o quien haga las veces de Ministerio Público ante el Despacho del Magistrado Ponente, quien lo presidirá, convocará e informará, la señora Ana Mery Patiño Gutiérrez, en calidad de parte demandante, el señor Personero del Municipio de Manizales, un representante del Ministerio de Vivienda, un representante del Fondo Adaptación y el Defensor del Pueblo – Regional Caldas o su delegado. A dicho comité se le informará por el Fondo Adaptación las actividades desarrolladas en cumplimiento de las órdenes dispuestas por la Sala, a su vez, el presidente del comité deberá presentar los informes previstos en esta providencia con destino a esta corporación judicial. El comité se reunirá trimestralmente e informará al Tribunal Administrativo de Caldas con destino a este expediente, conforme a lo dispuesto en esta providencia.

(...)

El señor Procurador Judicial que preside el Comité de verificación en escrito remitido a este Despacho, solicitó conminar al Fondo de Adaptación para que en un plazo no superior a un mes, resuelva de manera definitiva las situaciones contractuales y se defina el cronograma y contratista encargado de ejecutar las obras.

Así mismo solicitó que en caso de verificar el incumplimiento del requerimiento realizado por el Despacho, se diera inicio al incidente de desacato regulado en el artículo 41 de la ley 472 de 1998.

De acuerdo con lo expuesto, en aras de obtener el efectivo cumplimiento de la sentencia del 15 de mayo de 2020 y de garantizar la protección de los derechos colectivos amparados, así como para examinar la procedencia de la apertura del incidente de desacato contra el Fondo Adaptación y previo a esa decisión, el Despacho requerirá a la autoridad referida para que informe lo pertinente en relación con el cumplimiento de la sentencia y se pronuncie respecto del memorial allegado por la parte accionante.

Por lo anterior, el Despacho dispone:

Por Secretaría, **REQUIÉRASE** al Fondo Adaptación, para que dentro del improrrogable término de cinco (5) días contados a partir del recibo de la comunicación, se sirva rendir informe a este Tribunal, por el medio más eficaz, sobre el cumplimiento del fallo proferido por esta Corporación del 15 de mayo de 2020, dentro de la acción popular de la referencia.

En caso de encontrarse incumplimiento al mencionado fallo se dará aplicación a los artículos 33, 34, 35 y 41 de la Ley 472 de 1998.

ADVIÉRTESE a las partes y demás intervinientes que la información y documentación requerida así como los poderes, sustituciones de poder u otros documentos que pretendan que sean tenidos en cuenta en este trámite, deberán remitirlos únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

Notifíquese y cúmplase.

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. 043 FECHA: 13/03/2023  Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas Secretaria

Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a47f5c15b814c8125d7770dd31c77b9111d1c94581c4d1a5b6356d1471bbf2d8**

Documento generado en 10/03/2023 02:45:32 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 023

Asunto: Sentencia de primera instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-23-33-000-2017-00646-00
Demandante: Silvia Elena Carmona Gaviria
Demandado: Atención en Seguridad Social, Bienestar y Salud (ASSBASALUD) ESE

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 008 del 10 de marzo de 2023

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Silvia Elena Carmona Gaviria contra la ESE Atención en Seguridad Social, Bienestar y Salud (ASSBASALUD)².

LA DEMANDA

En ejercicio del medio de control interpuesto el 10 de julio de 2017³, se solicitó lo siguiente⁴:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad del Oficio nº GER 033 del 16 de enero de 2017, expedido por ASSBASALUD y con el cual negó la existencia de una relación laboral y el consecuente pago de prestaciones sociales e

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, ASSBASALUD.

³ Fls. 45 y 46, C.1.

⁴ Fls. 5 a 7, C.1.

indemnizaciones.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre las partes existió una relación laboral como auxiliar del área salud en consultorio odontológico desde el 14 de febrero de 2012 hasta el 4 de noviembre de 2015, con un salario mensual de \$825.164.
3. Que se condene a ASSBASALUD a pagar a la parte actora la suma de \$85'048.427, o la que resulte probada en el proceso, por concepto de prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías, intereses a las cesantías, prima de alimentación, indemnización moratoria por la no cancelación de sus cesantías e indemnización moratoria por salarios caídos.
4. Que se condene a ASSBASALUD a indexar las sumas que correspondan a los anteriores conceptos.
5. Que se condene a la entidad enjuiciada a pagar intereses moratorios en los términos del inciso 3º del artículo 192 del CPACA.
6. Que se condene a la demandada a pagar las indemnizaciones que se causen desde la fecha de solicitud de conciliación (28 de abril de 2017) hasta el momento en que se realice el respectivo pago.
7. Que se condene a la entidad accionada a pagar los demás derechos que le correspondan a la parte actora, con base en las facultades *extra* y *ultra petita*.
8. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte accionada.
9. Que se ordene a ASSBASALUD dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

Hechos de la demanda

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho⁵, que en resumen indica la Sala:

1. La señora Silvia Elena Carmona Gaviria suscribió con ASSBASALUD contrato de prestación de servicios como auxiliar del área salud en

⁵ Fls. 2 a 5, C.1.

consultorio odontológico desde el 14 de febrero de 2012 hasta el 4 de noviembre de 2015, con un ingreso mensual de \$825.164.

2. Durante la vigencia del contrato de prestación de servicios la parte actora cumplió horario laboral, desempeñó funciones continuamente subordinadas, prestó sus servicios de manera personal, por los cuales recibía una retribución.
3. En contraposición a la situación de la demandante, el personal de planta de ASSBASALUD recibía prestaciones sociales, tales como prima de medio salario en el mes de junio, un salario en el mes de diciembre, bonificaciones del 35% del salario cada año, 15 días de vacaciones y cesantías.
4. El 13 de diciembre de 2016 la parte actora presentó reclamación administrativa ante ASSBASALUD a través de la cual solicitó el reconocimiento de las prestaciones sociales dejadas de percibir (prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, bonificación por recreación, prima de navidad, cesantías, intereses a las cesantías y prima de alimentación), así como la indemnización moratoria por la no cancelación de sus cesantías.
5. Con Oficio nº GER 033 del 16 de enero de 2017, ASSBASALUD negó la reclamación hecha aduciendo que entre las partes no había existido un contrato de trabajo.
6. Mediante Oficio nº DGH-602 del 26 de septiembre de 2016, la Líder de Gestión Humana de ASSBASALUD informó las prestaciones sociales a que tienen derecho todos los empleados de la entidad.
7. Las prestaciones sociales e indemnizaciones a que tiene derecho la parte actora ascienden a la suma de \$85'048.427.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó violadas las siguientes disposiciones⁶: Constitución Política: artículos 13, 25 y 53; Ley 80 de 1993: artículo 32, numeral 3; y Ley 244 de 1995. Así mismo, consideró desatendida la sentencia C-614 de 2019 de la Corte Constitucional.

Sostuvo que la suscripción de contratos de prestación de servicios para la realización de actividades propias de la entidad genera una desigualdad entre

⁶ Fls. 8 a 12, C.1.

el contratista y el personal vinculado por contrato de trabajo o relación legal y reglamentaria, pues éste desempeña las mismas funciones y recibe las prestaciones de ley.

Afirmó que al no vincular laboralmente a la demandante se le vulneró a ésta su derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Aseguró que la subordinación o dependencia es el elemento que diferencia el contrato laboral del contrato de prestación de servicios, pues en éste no puede haber órdenes o fijación de horario.

En ese orden de ideas, adujo que el acto atacado se encuentra falsamente motivado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ASSBASALUD no contestó la demanda, según constancia secretarial visible en el expediente⁷.

TRASLADO DE EXCEPCIONES

Dado que la entidad accionada no contestó la demanda, no se corrió traslado de excepciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁸

Manifestó que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, en tanto la actora prestó sus servicios a la entidad accionada de manera subordinada, lo que se deduce, entre otros, del hecho que recibiera órdenes y que tuviera que ejercer sus funciones en los lugares y horarios impuestos por la entidad contratante, como se ratificó en la prueba testimonial.

Sostuvo que es evidente que los servicios prestados hacían parte de la actividad habitual de ASSBASALUD, como lo son prestar servicios médicos y odontológicos y que, simultáneamente se prestaban esos mismos servicios por personal de planta de entidad.

Parte demandada⁹

⁷ Fl. 67, C.1.

⁸ Archivo n° 15 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ Archivo n° 17 del cuaderno 1 del expediente digital.

Adujo que las pretensiones de la demanda no deben prosperar, habida cuenta que las mismas carecen de sustento legal, pues no se demostró de ninguna manera que existiera una relación laboral legal y reglamentaria entre las partes, y tampoco se advierte prueba eficiente y suficiente para que se anule el oficio demandado, que por lo demás no cumple los parámetros legales para ser considerado como un acto administrativo, y como consecuencia de tal declaración se declare que existió una relación laboral que se extendió en el tiempo.

Aseguró que del material probatorio allegado al expediente se tiene que la demandante, en condición de auxiliar del área salud en consultorio odontológico, celebró con ASSBASALUD contratos estatales autónomos e independientes, en las fechas que se relacionan en el texto de éstos, resultando apenas lógico que su labor se prestara en los días de servicio al público y no en otros, así como en las instalaciones a las que llegan los usuarios en busca de la atención en salud.

Refirió que la declaración de la única testigo poco aporta al debate, pues no estableció fechas exactas del retiro de la ESE y no tenía conocimiento de las actividades realizadas en el marco del contrato celebrado por la accionante.

Indicó que en el debate se demostró que no había pacto de exclusividad, que no había restricción alguna, que ASSBASALUD se sujetaba a la disponibilidad de tiempo de la contratista y no a una exigencia perentoria u obligatoria de turnos o días ordenados por la entidad oficial.

Expuso que del acervo probatorio no se logra acreditar plenamente la subordinación o dependencia alegada, pues en estos contratos lo elemental es que exista una mera coordinación entre el contratista y la institución ASSBASALUD a través del supervisor del contrato, para poder ejecutar el objeto contractual, ya que el cumplimiento de actividades en el horario de atención al público no conlleva subordinación, ni al criterio funcional que se argumenta por la parte demandante, pues resulta apenas natural que la prestación de los servicios en el campo de las auxiliares de la salud (consultorio) esté sujeta a agendas de citas en orden a atender la demanda de pacientes, según las necesidades que tenga la institución de salud y en este caso en instalaciones ajenas a la entidad demandada.

Afirmó que la demandante tuvo plena autonomía de manifestar su disponibilidad, fijar sus propios turnos, no tuvo la premura de un horario fijo y preestablecido, como acontece con las auxiliares de la planta pública que se les obliga a cumplir 44 horas en la semana y 176 al mes, y de no

hacerlo son sometidas a procesos disciplinarios.

Sostuvo que en el proceso no se probó que las funciones públicas para una auxiliar de consultorio, plasmadas en el Manual de Funciones de la demandada, fueran iguales a las actividades ejecutadas por la contratista y pactadas como obligaciones en los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes.

Indicó que en el evento de accederse a las súplicas de la demanda, debe declararse la prescripción de los derechos causados tres años hacia atrás.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido inicialmente al Despacho del Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes el 10 de julio de 2017¹⁰, el cual ordenó la desacumulación de demandas y dispuso que se presentaran de manera individual.

Nuevo reparto. El proceso fue nuevamente repartido a este Tribunal el 8 de septiembre de 2017¹¹, y allegado el 10 de abril de 2018 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹².

Inadmisión, admisión, contestación y traslado de excepciones. Por auto del 23 de julio de 2018 se inadmitió la demanda¹³; que una vez corregida fue admitida con auto del 26 de septiembre del mismo año¹⁴. Luego de practicarse la notificación, ASSBASALUD no contestó el libelo¹⁵, por lo que no se corrió traslado de excepciones.

Audiencia inicial. El 23 de abril de 2019 el proceso ingresó a Despacho para fijar fecha para audiencia inicial¹⁶, la cual se llevó a cabo el 11 de diciembre del mismo año¹⁷, y finalizó con decreto de pruebas.

¹⁰ Fls. 45 y 46, C.1.

¹¹ Según hoja de reparto.

¹² Fl. 48, C.1.

¹³ Fl. 50, C.1.

¹⁴ Fls. 56 y 57, C.1.

¹⁵ Fl. 67, C.1.

¹⁶ Fl. 67, C.1.

¹⁷ Fls. 73 a 103, C.1.

Audiencia de pruebas. El 17 de febrero de 2021 tuvo lugar la audiencia prevista por el CPACA para el recaudo de las pruebas solicitadas y decretadas¹⁸.

Alegatos y concepto del Ministerio Público. Considerando innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, el Magistrado Ponente del proceso ordenó la presentación de alegatos por escrito, para dictar sentencia posteriormente¹⁹. Durante el término conferido, ambas partes alegaron de conclusión²⁰. El Ministerio Público guardó silencio.

Paso a Despacho para sentencia. El 9 de abril de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia²¹, la que se dicta en seguida atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretende la demandante que por parte de esta Corporación se declare la nulidad del Oficio n° GER 033 del 16 de enero de 2017, expedido por ASSBASALUD, con el cual negó la existencia de una relación laboral entre las partes y el consecuente pago de prestaciones sociales e indemnizaciones.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a que se declare la existencia de una relación laboral de derecho público entre las partes desde el 14 de febrero de 2012 hasta el 4 de noviembre de 2015, con el consecuente reconocimiento y pago indexado de las prestaciones sociales y demás indemnizaciones a que hubiere lugar.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en resolver los siguientes interrogantes:

- *¿Se encuentran demostrados los elementos constitutivos de la existencia de una auténtica relación laboral –prestación personal del servicio, subordinación o dependencia y remuneración– entre la señora Silvia Elena Carmona Gaviria y la ESE ASSBASALUD?*

¹⁸ Archivos n° 12 y 13 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹ Página 4 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰ Archivos n° 15 y 17 del cuaderno 1 del expediente digital.

²¹ Archivo n° 20 del cuaderno 1 del expediente digital.

- *En caso afirmativo, ¿hay lugar a declarar la excepción de prescripción del derecho respecto de los períodos sobre los cuales se declaró la relación laboral entre la señora Silvia Elena Carmona Gaviria y la ESE ASSBASALUD?*
- *De no darse lo anterior, o darse de forma parcial, ¿le asiste derecho a la parte accionante a obtener el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados en la demanda?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** vinculación al servicio público por contrato de prestación de servicios; **ii)** desnaturalización del contrato de prestación de servicios: relación laboral encubierta; **iii)** elementos constitutivos de una relación laboral y acreditación en el caso concreto; **iv)** existencia de la relación laboral encubierta en el presente asunto; **v)** extremos temporales de la relación laboral; **vi)** prescripción en los eventos en que se debate la existencia de una relación laboral encubierta; y **vii)** restablecimiento del derecho.

1. Vinculación al servicio público por contrato de prestación de servicios

De conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, existen tres clases de vinculación al servicio público: **i)** legal y reglamentaria, como la forma predominante de acceso a cargos públicos y dirigida al ingreso de empleados públicos; **ii)** laboral contractual, respecto de los trabajadores oficiales a través de contratos de trabajo regulados por el Código Sustantivo del Trabajo; y **iii)** contractual o de prestación de servicios, regida por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Esta última forma de vinculación, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, cuando aquellas no puedan ser asumidas por el personal de planta de éstas o requieran conocimientos especializados para ello. La disposición que consagró dicha figura es clara en establecer que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y que deben celebrarse por el término estrictamente indispensable.

La jurisprudencia del Consejo de Estado²² ha precisado que dentro de las características principales del contrato de prestación de servicios, se encuentra “(...) la prohibición del elemento de subordinación continuada del

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 26 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

contratista, en tanto que este (sic) debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual²³, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes²⁴”.

2. Desnaturalización del contrato de prestación de servicios: relación laboral encubierta

El contrato de prestación de servicios consagrado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, en la cual señaló sus características y diferencias con el contrato de trabajo, y con ello explicó que dicha figura se ajusta a la Carta Política siempre y cuando no se utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente, pues en esa medida se desnaturaliza el contrato estatal y hace procedente el reconocimiento de las prestaciones sociales, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo (artículo 53 Superior)²⁵.

²³ Cita de cita: Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

²⁴ Cita de cita: Ver sentencia C-614 de 2009.

²⁵ *“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:*

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

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.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

(...)

No es cierto, entonces, como lo indican los accionantes que cada vez que una entidad presente una insuficiencia de personal en su planta, pueda acudir como remedio expedito de la misma al contrato de prestación de servicios a fin de solventar la crisis que se pueda generar; la contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Desde luego que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

(...)

Preferentemente, el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto sub lite, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual "agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo." (Sentencia C-555/94, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)".

En sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016²⁶, el Consejo de Estado señaló que la figura conocida como contrato realidad o, mejor, relación laboral encubierta, se aplica cuando “(...) se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales²⁷”.

3. Elementos constitutivos de una relación laboral. Acreditación en el caso concreto

Como se indicó anteriormente, el contrato de prestación de servicios se desfigura y da paso al llamado contrato realidad o relación laboral encubierta cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** subordinada de manera continuada; y **iii)** remunerada.

En el evento de demostrarse lo anterior, surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, el derecho a que le sean reconocidas las prestaciones sociales del caso.

Siguiendo la línea de estudio trazada, este Tribunal analizará si en el presente asunto se configura el contrato realidad o la relación laboral encubierta reclamada, para lo cual abordará cada uno de los elementos constitutivos de la misma, atendiendo las pruebas allegadas al expediente.

3.1 La prestación personal del servicio

En reciente sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021²⁸, el Consejo de Estado precisó lo siguiente en relación con la prestación personal del servicio: “Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

²⁷ Cita de cita: En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

debe ser prestada de forma personal y directamente por este;²⁹ pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.³⁰”.

De la documentación obrante en el expediente, se observa que durante el período comprendido entre el 14 de febrero de 2012 y el 4 de noviembre de 2015, la señora Silvia Elena Carmona Gaviria estuvo vinculada a la ESE ASSBASALUD de forma casi que continua e ininterrumpida, a través de contratos de prestación de servicios, de la manera que se describe a continuación:

Nº	CONTRATO nº	EXTREMOS TEMPORALES		VALOR TOTAL	FOLIOS
		Inicio	Final		
1	292 del 13 de febrero de 2012	14 de febrero de 2012	31 de julio de 2012	\$4'433.860	Fls. 27 a 29 y 55, C.2, y fl. 2, C.3
2	606 del 13 de julio de 2012	1º de agosto de 2012	15 de enero de 2013	\$4'407.150	Fls. 59 a 61 y 83, C.2, y fl. 2, C.3
3	025 del 8 de enero de 2013	16 de enero de 2013	10 de febrero de 2013	\$4'539.365	Fls. 87 a 89, 94, 99, 106 y 117, C.2, y fl. 2, C.3
		16 de febrero de 2013	9 de abril de 2013		
		13 de abril de 2013	30 de junio de 2013		
4	408 del 24 de junio de 2013	2 de julio de 2013	30 de septiembre de 2013	\$2'448.506	Fls. 121 a 123, 128 y 140, C.2, y fl. 2, C.3
5	745 del 20 de septiembre de 2013	1º de octubre de 2013	10 de enero de 2014	\$2'751.130	Fls. 144 a 146, 150 y 163, C.2, y fl. 2, C.3
6	17 del 8 de enero de 2014	13 de enero de 2014	30 de abril de 2014	\$3'090.069	Fls. 167 a 170, 175 y 190, C.2, y fl. 2, C.3
7	272 del 24 de abril de 2014	2 de mayo de 2014	31 de agosto de 2014	\$3'404.800	Fls. 195 a 198, 202 y 215, C.2, y fl. 2, C.3
8	645 del 25 de agosto de 2014	1º de septiembre de 2014	30 de septiembre de 2014	\$858.353	Fls. 220 a 223, 226 y 230, C.2, y fl. 2, C.3

²⁹ Cita de cita: Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

³⁰ Cita de cita: Al respeto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

9	712 del 29 de septiembre de 2014	1º de octubre de 2014	30 de noviembre de 2014	\$1'716.706	Fls. 235 a 238, 241 y 248, C.2, y fl. 2, C.3
10	1028 del 26 de noviembre de 2014	1º de diciembre de 2014	14 de diciembre de 2014	\$1'115.859	Fls. 253 a 256, 260, 261, C.2, y fl. 2, C.3
		20 de diciembre de 2014	9 de enero de 2015		
11	017 del 5 de enero de 2015	13 de enero de 2015	31 de enero de 2015	\$530.462	Fls. 274 a 277, 280 y 284, C.2, y fl. 2, C.3
12	0176 del 30 de enero de 2015	2 de febrero de 2015	31 de julio de 2015	\$5'275.154	Fls. 292 a 295, 298 y 317, C.2, y fl. 2, C.3
13	454 del 29 de julio de 2015	3 de agosto de 2015	30 de septiembre de 2015	\$1'709.268	Fls. 324 a 327, 331 y 337, C.2, y fl. 2, C.3
14	645 del 24 de septiembre de 2015	1º de octubre de 2015	31 de octubre de 2015	\$884.104	Fls. 342 a 345, 350 y 354, C.2, y fl. 2, C.3
15	850 del 30 de octubre de 2015	3 de noviembre de 2015	4 de noviembre de 2015	\$825.164	Fls. 359 a 362, 365 y 366, C.2, y fl. 2, C.3

El objeto principal de tales contratos fue el de prestar servicios de apoyo al proceso de salud oral de ASSBASALUD, realizando actividades de auxiliar de consultorio odontológico, con oportunidad, eficiencia, eficacia, suficiencia, idoneidad y pericia, en el centro de salud que la entidad contratante requiriera.

En cada contrato se precisó que las actividades serían coordinadas con el funcionario delegado para la supervisión del acuerdo de voluntades; y que el objeto no involucraba el cumplimiento de funciones públicas y administrativas.

Como obligaciones especiales que la demandante debía cumplir en desarrollo de la totalidad de los contratos suscritos, se pactaron las siguientes:

- A) Preparar el consultorio odontológico, instrumental, equipos y materiales requeridos para la prestación del servicio.
- B) Responder y velar por el buen uso y el correcto mantenimiento, almacenamiento y conservación de materiales, equipos e instrumental asignados para la atención odontológica y desarrollar las actividades encomendadas de acuerdo a los reglamentos de ASSBASALUD ESE establecidos en las normas, protocolos, manuales y guías de atención.

- C) *Diligenciar los formatos y elaborar los informes relacionados con el desempeño de sus actividades.*
- D) *Apoyar el proceso de archivo de historias clínicas en el punto de atención donde ejecute las actividades.*
- E) *Cumplir con las políticas de Salud Ocupacional de la Entidad de acuerdo a lo establecido por el área de Salud Ocupacional de la empresa. Portar los elementos de protección personal con las características definidas en los manuales de bioseguridad de la empresa.*
- F) *Asistir a los procesos de inducción, reinducción y capacitaciones que requiera la entidad, con el objeto de generar el entrenamiento adecuado en la prestación de los servicios con calidad.*
- G) *La presentación personal para la prestación de los servicios debe ser acorde a los lineamientos fijados por la empresa, cumpliendo con la imagen corporativa de la Entidad, y las políticas de salud ocupacional.*
- H) *Llevar a cabo el cumplimiento del contrato de acuerdo a los protocolos, guías, normas, procesos y procedimientos establecidos en la Entidad para el manejo de los usuarios, entregando información clara, oportuna y veraz.*
- I) *En la prestación de los servicios propender por el manejo adecuado del sistema de información de la empresa, el diligenciamiento de la historia clínica, y el cuidado de los equipos e instrumentos con los que cuenta la institución para la prestación de los servicios de salud.*
- J) *Cumplir con los planes de mejoramiento que sean necesarios de acuerdo a las interventorías, auditorías internas y externas, o supervisión que se le realicen en la ejecución del contrato de prestación de servicios.*
- K) *Observar el autocontrol para la aplicación de los métodos y procedimientos del sistema de control interno.*
- L) *Comprometerse a guardar la confidencialidad de toda la información que sea entregada y que se encuentre bajo su custodia o que por cualquier otra circunstancia deba conocer o manipular y responderá patrimonialmente por los perjuicios de su divulgación y/o utilización indebida que por si o por un tercero se cause a la administración o a terceros.*
- M) *Cumplir con la obligación de pagar mensualmente los aportes de salud y pensión en los términos del artículo 50 de la Ley 789 de 2002, en concordancia con el Decreto 1703 de 2002.*
- N) *Facilitar y colaborar en todos los procesos relacionados con la ejecución de los convenios docencia servicio que tiene ASSBASALUD con las instituciones educativas.*

Se precisa que a partir del contrato n° 745 del 20 de septiembre de 2013, se incluyeron otras dos obligaciones especiales, tal como se indica a continuación:

Cumplir con la Agenda de trabajo programada y los lineamientos establecidos en el sistema de citas institucional.

Disminuir la oportunidad perdida en la atención de usuarios en las normas

técnicas establecidas en la resolución 412.

De acuerdo con los contratos de prestación de servicios que tienen como característica ser *intuito personae*, así como con las certificaciones de satisfacción expedidas por la supervisora de los contratos suscritos que reposan en el expediente³¹, y atendiendo el testimonio recaudado en el trámite de este proceso³², se encuentra acreditado que la parte demandante prestó de manera personal y directa sus servicios como auxiliar de consultorio odontológico para la ESE ASSBASALUD en los períodos indicados anteriormente, sin que tuviera la facultad para delegar en terceros el cumplimiento de las actividades referidas.

3.2 Continuada subordinación o dependencia

En sentencia del 4 de febrero de 2016³³, el Consejo de Estado precisó que la subordinación o dependencia es la situación entendida como “(...) *aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo*”.

En la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021³⁴, el Consejo de Estado señaló una serie de situaciones indicativas de la existencia de subordinación o dependencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, tales como: lugar de trabajo, horario de labores, dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, y actividades o tareas a desarrollar que correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.

De conformidad con los medios probatorios allegados al expediente, esta Sala de Decisión considera que en el presente asunto el aludido elemento fue demostrado, según pasa a indicarse.

a) Permanencia de las funciones objeto del contrato

³¹ Fls. 35, 39, 43, 46, 49, 52, 65, 68, 71, 75, 78, 81, 95, 100, 103, 108, 111, 114, 129, 132, 137, 151, 154, 157, 160, 177, 180, 183, 187, 203, 206, 209, 212, 227, 242, 245, 262, 265, 281, 299, 302, 305, 308, 311, 314, 332, 351 y 366, C.2.

³² Ver declaración de la señora Yenny Bibiana Serna Castrillón (minuto 9:13 a 47:03 del archivo n° 13 del cuaderno 1 del expediente digital).

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14).

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

El artículo 194 de la Ley 100 de 1993 estableció que “[l]a 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, (...)”.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a las Empresas Sociales del Estado, el artículo 195 de la mencionada Ley 100 dispone:

ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. *Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:*

1. *El nombre deberá mencionar siempre la expresión “Empresa Social del Estado”.*
2. *El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.*
3. *La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.*
4. *El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente 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.*
6. *En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.*
7. *El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.*
8. *Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.*
9. *Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos. (Líneas fuera de texto).*

Conforme al Decreto Extraordinario 234 del 15 de julio de 1996,

expedido por la Alcaldía de Manizales y con el cual se transformó y se convirtió ASSBASALUD en una Empresa Social del Estado, el objeto de tal entidad es “(...) *la prestación de servicios de salud, en el primer nivel de atención y los servicios (sic) complementarios que de acuerdo a (sic) su capacidad instalada pueda desarrollar, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...)*”³⁵.

En ese contexto, la misión de ASSBASALUD, esto es, la prestación del servicio público de salud, sin duda, guarda relación directa con las labores desempeñadas por la accionante como auxiliar de consultorio odontológico de la ESE. De hecho, según se acreditó en el expediente³⁶, para la época en la que laboró la demandante en la entidad accionada, ésta contaba en su planta de personal con odontólogos y auxiliares de consultorio odontológico, y así lo ratificó la testigo que rindió declaración en este asunto³⁷.

Lo anterior impide a su vez afirmar que las actividades prestadas por la demandante tuvieran carácter temporal o transitorio y, por lo contrario, se evidencia que fueron permanentes, que requerían una ejecución continua y eran primordiales para el funcionamiento de la institución, como se extrae del hecho de que en este caso se desarrollaron de manera ininterrumpida por más de tres años.

De otra parte, se recuerda que conforme al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, uno de los requisitos esenciales del contrato de prestación de servicios es su temporalidad, pues la norma citada dispone que aquellos se celebran por el término estrictamente indispensable.

La circunstancia de celebrar contratos de prestación de servicios para realizar labores de carácter permanente, contraría la naturaleza propia de aquellos así como la razón para la cual fueron concebidos en la Ley 80 de 1993, y permitiría inferir que esta modalidad de contratación fue utilizada para disfrazar una relación laboral y eximirse del pago de las prestaciones sociales a los trabajadores.

Lo anterior, por cuanto, como lo prevé la parte final del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968³⁸, “[p]ara el ejercicio de funciones de carácter permanente

³⁵ Fls. 95 vuelto y 96, C.1.

³⁶ Fl. 4, C.3.

³⁷ Ver declaración de la señora Yenny Bibiana Serna Castrillón (minuto 9:13 a 47:03 del archivo n° 13 del cuaderno 1 del expediente digital).

³⁸ “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.

se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

Esta prohibición fue replicada por el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973³⁹ y por el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008⁴⁰ que modificó y adicionó el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968.

El inciso final del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, con la modificación introducida por el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, en la que precisó que la permanencia en un contrato de prestación de servicios es un elemento más que indica la existencia de una relación laboral⁴¹, y adicionalmente expuso los criterios que permiten diferenciar una relación laboral de una por prestación de servicios:

*La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: i) Criterio funcional, esto es, **si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública**, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, **será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral**; ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y*

³⁹ “Artículo 7º.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional. La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad”.

⁴⁰ “ARTICULO 1. Modifícase y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:
El artículo 2. quedará así:

(...)

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

⁴¹ “La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos”.

reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; iii) Criterio temporal o de la habitualidad: si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral; iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual; v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. (Negrilla fuera de texto).

Esta Sala de Decisión considera que los elementos probatorios recaudados en este proceso permiten afirmar que las funciones desempeñadas por la accionante, acorde con los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, aluden a una función inherente, permanente y obligatoria de la entidad demandada. Luego entonces, las actividades desarrolladas en tal sentido no fueron de carácter temporal, transitorio o esporádico, característica propia del contrato de prestación de servicios, sino que por el contrario, tuvieron vocación de permanencia, pues la vinculación se prolongó por más de tres años.

Para este Tribunal es claro que lo que le correspondía hacer a ASSBASALUD era crear para la planta de personal de la entidad, el cargo o los cargos de auxiliares de consultorio odontológico requeridos que permitieran atender debidamente el objeto del servicio médico asistencial que presta, y no acudir a la figura ficticia de contratos de prestación de servicios.

b) Sede del objeto contractual

Se encuentra acreditado en el expediente que la señora Silvia Elena Carmona Gaviria debía cumplir sus labores como auxiliar de consultorio odontológico en la sede que la entidad demandada señalara, tal como quedó consignado en cada contrato de prestación de servicios suscrito, y

según se extrae de las certificaciones de satisfacción expedidas por la supervisora de los contratos suscritos⁴², en las que se indica que las sedes fueron la Clínica La Enea, CSS Minitas y Clínica Odontológica de la Universidad Autónoma.

Lo anterior fue corroborado con la prueba testimonial⁴³.

c) Obligatoriedad de que la presentación personal estuviera acorde con la imagen corporativa de ASSBASALUD

Está acreditado que dentro de las obligaciones especiales previstas en los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora Silvia Elena Carmona Gaviria y ASSBASALUD, para el desarrollo del objeto contractual, la presentación personal de aquella debía ser acorde con los lineamientos fijados por la entidad, cumpliendo con la imagen corporativa de la misma y con las políticas de salud ocupacional.

d) Uso de elementos institucionales

De igual forma se demostró en el trámite de este proceso que la señora Silvia Elena Carmona Gaviria debía cumplir sus labores como auxiliar de consultorio odontológico, haciendo uso de todos los equipos, instrumental e insumos proporcionados por ASSBASALUD para tal efecto.

Así quedó consignado en cada contrato de prestación de servicios y, además, al prestar sus servicios en las sedes dispuestas por ASSBASALUD para ello, es apenas lógico que hiciera uso de los medios establecidos por aquella para la adecuada atención odontológica de los pacientes de la ESE.

e) Fijación y cumplimiento de horario

Tal como quedó establecido en los contratos, la demandante debía cumplir con una agenda de trabajo programada por ASSBASALUD y con los lineamientos establecidos en el sistema de citas institucional.

⁴² Fls. 35, 39, 43, 46, 49, 52, 65, 68, 71, 75, 78, 81, 95, 100, 103, 108, 111, 114, 129, 132, 137, 151, 154, 157, 160, 177, 180, 183, 187, 203, 206, 209, 212, 227, 242, 245, 262, 265, 281, 299, 302, 305, 308, 311, 314, 332, 351 y 366, C.2.

⁴³ Ver declaración de la señora Yenny Bibiana Serna Castrillón (minuto 9:13 a 47:03 del archivo nº 13 del cuaderno 1 del expediente digital).

Sobre este tema, la testigo que rindió declaración en este proceso⁴⁴, aseguró que existía un horario de trabajo, que abarcaba las jornadas de la mañana y de la tarde, dependiendo de la sede a la cual fuera asignada la auxiliar de odontología. Para el caso de la señora Silvia Elena Carmona Gaviria, precisó que ésta trabajaba en la mañana, de 7:00 a.m. u 8:00 a.m. a 12:00 p.m., en los centros de salud de ASSBASALUD en Minitas y en La Enea, y que en la tarde lo hacía, de 2:00 p.m. o 3:00 p.m. hasta las 7:00 p.m., en las clínicas odontológicas de la Universidad Autónoma de Manizales, con la cual la ESE tenía convenio.

Informó la testigo que la jefe inmediata que tenían las auxiliares de odontología, incluyendo a la demandante, les controlaba el horario, ya que no sólo las llamaba sino que periódicamente les hacía visitas para corroborar que estuvieran cumpliendo su trabajo conforme a lo estipulado.

Indicó además la declarante que en el caso de requerir ausentarse de sus sitios de trabajo, tanto ella como la accionante debían solicitar el correspondiente permiso a la jefe inmediata.

De lo expuesto considera esta Sala que la señora Silvia Elena Carmona Gaviria sí debía cumplir sus labores como auxiliar de consultorio odontológico dentro de un horario determinado, impuesto de manera unilateral por la contratante y sujeto a las necesidades propias de la institución. En ese sentido, no contaba con la autonomía propia para manejar su tiempo como profesional.

f) Sujeción a reglamentos, órdenes e instrucciones

Está demostrado en el proceso que las labores desarrolladas por la demandante en ejecución de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad demandada estaban sujetas a constante supervisión y correspondían más que a una relación de coordinación entre los contratantes, a verdadera subordinación, como quiera que el desempeño de las funciones de la accionante estaba sujeto a la imposición, además de horario, de presentar informes, de asistir a reuniones institucionales y de atender las disposiciones e instrucciones provenientes del supervisor del contrato, según se precisa a continuación.

Tal como consta en las obligaciones específicas de los contratos de prestación de servicios, la demandante debía cumplir lo que se indica a

⁴⁴ Ver declaración de la señora Yenny Bibiana Serna Castrillón (minuto 9:13 a 47:03 del archivo nº 13 del cuaderno 1 del expediente digital).

continuación, que además es de naturaleza subordinada, pues atiende al control de un superior (supervisor y/o coordinador del área de salud oral) y a las normas, guías, procedimientos y protocolos de la misma entidad para llevar a cabo la ejecución de los contratos, encontrándose adecuadas a la naturaleza y objeto de aquellos:

- Cumplir las políticas de salud ocupacional de la entidad.
- Portar los elementos de protección personal con las características definidas en los manuales de bioseguridad de la empresa.
- Diligenciar los formatos y elaborar los informes relacionados con el desempeño de sus actividades.
- Responder y velar por el buen uso y el correcto mantenimiento, almacenamiento y conservación de materiales, equipos e instrumental asignados para la atención odontológica y desarrollar las actividades encomendadas de acuerdo a los reglamentos de ASSBASALUD, establecidos en las normas, protocolos, manuales y guías de atención.
- Asistir a los procesos de inducción, reinducción y capacitaciones que requiriera la entidad, con el objetivo de generar el entrenamiento adecuado en la prestación de los servicios con calidad.
- Acatar los lineamientos fijados por ASSBASALUD para la presentación personal para la prestación de los servicios, en concordancia con la imagen corporativa de la entidad y las políticas de salud ocupacional.
- Atender los protocolos, guías, normas, procesos y procedimientos establecidos en la entidad para el manejo de los usuarios.
- Manejar adecuadamente el sistema de información de la ESE, el diligenciamiento de la historia clínica y el cuidado de los equipos e instrumentos de la institución para la prestación de servicios de salud.
- Cumplir los planes de mejoramiento que resultaran necesarios para la ejecución del contrato, de acuerdo con las interventorías o supervisión del mismo acuerdo de voluntades.

- Guardar confidencialidad de toda la información que le fuera entregada y que se encontrara bajo su custodia o que por cualquier otra circunstancia debiera conocer o manipular.

Adicionalmente, se demostró que la demandante estaba sujeta a la asignación de la sede en la cual debía prestar sus servicios como auxiliar de consultorio odontológico; que tenía que atender las órdenes del respectivo odontólogo al cual estuviera asistiendo; que debía someterse a las visitas periódicas que la jefe inmediata realizaba para verificar el cumplimiento tanto del horario como de las funciones asignadas que, por lo demás, eran las mismas que las de las auxiliares de planta de la ESE.

g) Prestación exclusiva de servicios con la entidad

Obran en el expediente certificaciones expedidas por la señora Silvia Elena Carmona Gaviria⁴⁵, con las cuales le manifestaba a ASSBASALUD, bajo la gravedad del juramento, que no poseía contratos de prestación de servicios vigentes.

Por lo demás, ninguno de los elementos materiales probatorios allegados al proceso permite afirmar que durante el término de vinculación con ASSBASALUD, la señora Silvia Elena Carmona Gaviria suscribió contrato de prestación de servicios alguno con otra institución. Y de así haberlo hecho, tal circunstancia, en criterio de este Tribunal, no desdibuja la prestación exclusiva que tenía con la demandada, pues es evidente que hubiera sido en momentos para los cuales no estuviese laborando para la ESE, e incluso, por el horario que manejaba con la demandada, es posible que se hubiese visto impedida para vincularse laboralmente con otra entidad.

h) Falta de autonomía e independencia

Para la Sala es claro que por su naturaleza, las atribuciones de quien se desempeña como auxiliar de consultorio odontológico en una Empresa Social del Estado, no tienen el alcance de determinar las condiciones bajo las cuales dicha labor debe ser desempeñada, lo que desvirtúa desde todo punto de vista el factor autonomía e independencia que se predica de una relación de prestación de servicios como la que en apariencia se constituyó entre las partes en el *sub lite*.

En efecto, en el presente caso se demostró que la actividad contractual no era ejercida de manera autónoma e independiente, pues la demandante

⁴⁵ Fls. 34, 38, 42, C.2.

debía: **i)** cumplir una agenda establecida previa y unilateralmente por ASSBASALUD según las necesidades del servicio, lo cual implica la sujeción a un horario de trabajo; **ii)** no hacía uso de elementos propios para la ejecución de sus labores sino a los suministrados por la entidad; **iii)** no podía ejecutar las actividades contratadas en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su preferencia, pues como se vio, no sólo había una agenda definida por la entidad, sino que además la programación debía ser cumplida en la sede que dispusiera ASSBASALUD; y **iv)** sus actividades estaban sometidas a las directrices de la coordinadora o supervisora del contrato.

De lo anterior se concluye que se encuentra acreditada la subordinación de la señora Silvia Elena Carmona Gaviria como segundo elemento de la relación laboral predicada respecto de ASSBASALUD.

3.3 Retribución

Sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas, el Consejo de Estado precisó lo siguiente en la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁴⁶ ya citada: *“Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”*.

Según consta en los contratos allegados y referidos anteriormente, las partes pactaron como contraprestación por los servicios prestados por la demandante, un pago mensual proporcional a los honorarios fijados, previa certificación expedida por el funcionario delegado para la supervisión del contrato y presentación de la cuenta de servicios respectiva, y siempre y cuando acreditara oportuna y debidamente encontrarse al día en el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

Al expediente fueron aportados documentos correspondientes a los contratos suscritos⁴⁷, que dan cuenta de los valores autorizados a pagar con ocasión de

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

⁴⁷

Nº	CONTRATO nº	FOLIOS
1	292 del 13 de febrero de 2012	Fls. 30, 36, 40, 44, 47, 50, 53 y 55, C.2
2	606 del 13 de julio de 2012	Fls. 62, 66, 69, 73, 76, 79, 82 y 83, C.2

las actividades efectuadas por la parte accionante. Todo lo anterior acredita la realización de los pagos mensuales acordados.

4. Existencia del contrato realidad en el presente asunto

En el contexto referido y conforme con las reglas de la experiencia, esta Sala de Decisión considera que en el caso concreto se demostraron los elementos propios de una relación laboral entre la parte demandante y ASSBASALUD, pese a que su vinculación se efectuó bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

Por dicha razón, debe entenderse que los contratos de prestación de servicios encubrieron una relación de carácter laboral entre demandante y demandado, por lo que, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe reconocerse la existencia de una relación laboral encubierta sobre dichos contratos.

Conviene señalar que en providencia del 15 de julio de 2021⁴⁸, el Consejo de Estado arribó a la misma conclusión en un proceso similar al aquí debatido, en relación con una auxiliar de consultorio odontológico al servicio de ASSBASALUD.

5. Extremos temporales por los cuales se reconocerá relación laboral

Para el caso que convoca la atención de esta Sala y de conformidad con los

3	025 del 8 de enero de 2013	Fls. 90, 96, 101, 104, 109, 112, 115 y 117, C.2
4	408 del 24 de junio de 2013	Fls. 124, 130, 133, 135, 138 y 140, C.2
5	745 del 20 de septiembre de 2013	Fls. 147, 152, 155, 158, 161 y 163, C.2
6	17 del 8 de enero de 2014	Fls. 171, 178, 181, 184, 188 y 190, C.2
7	272 del 24 de abril de 2014	Fls. 194, 204, 207, 210, 213 y 215, C.2
8	645 del 25 de agosto de 2014	Fls. 219, 228 y 230, C.2
9	712 del 29 de septiembre de 2014	Fls. 234, 243, 246 y 248, C.2
10	1028 del 26 de noviembre de 2014	Fls. 252, 263 y 266, C.2
11	017 del 5 de enero de 2015	Fls. 273, 282 y 284, C.2
12	0176 del 30 de enero de 2015	Fls. 291, 300, 303, 306, 309, 312, 315 y 317, C.2
13	454 del 29 de julio de 2015	Fls. 323, 333, 335 y 337, C.2
14	645 del 24 de septiembre de 2015	Fls. 341 y 352, C.2
15	850 del 30 de octubre de 2015	Fls. 358 y 367, C.2 Fls. 30 a 32, C.1

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 15 de julio de 2021. Radicación número: 17001-23-33-000-2017-00645-01(2017-19).

medios probatorios allegados al expediente, se observa que la señora Silvia Elena Carmona Gaviria se desempeñó como auxiliar de consultorio odontológico para la ESE ASSBASALUD en los períodos que se indican a continuación y por los cuales se reconocerá la existencia de la relación laboral:

- Del 14 de febrero de 2012 al 31 de julio de 2012
- Del 1º de agosto de 2012 al 15 de enero de 2013
- Del 16 de enero de 2013 al 10 de febrero de 2013
- Del 16 de febrero de 2013 al 9 de abril de 2013
- Del 13 de abril de 2013 al 30 de junio de 2013
- Del 2 de julio de 2013 al 30 de septiembre de 2013
- Del 1º de octubre de 2013 al 10 de enero de 2014
- Del 13 de enero de 2014 al 30 de abril de 2014
- Del 2 de mayo de 2014 al 31 de agosto de 2014
- Del 1º de septiembre de 2014 al 30 de septiembre de 2014
- Del 1º de octubre de 2014 al 30 de noviembre de 2014
- Del 1º de diciembre de 2014 al 14 de diciembre de 2014
- Del 20 de diciembre de 2014 al 9 de enero de 2015
- Del 13 de enero de 2015 al 31 de enero de 2015
- Del 2 de febrero de 2015 al 31 de julio de 2015
- Del 3 de agosto de 2015 al 30 de septiembre de 2015
- Del 1º de octubre de 2015 al 31 de octubre de 2015
- Del 3 de noviembre de 2015 al 4 de noviembre de 2015

6. La prescripción en los eventos en que se debate la existencia de un contrato realidad

En sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 nº 5 del 25 de agosto de 2016⁴⁹, la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que, *“(...) si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador”*.

En la misma providencia referida, el Alto Tribunal precisó que *“(...) en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno*

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios”.

En la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁵⁰ tantas veces aquí referida, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en el sentido de establecer un período de treinta (30) días hábiles entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término para que no se presente solución de continuidad, sin perjuicio de que se flexibilice en algunos casos en atención a las especiales circunstancias que el Juez encuentre probadas dentro del expediente.

Siguiendo las reglas jurisprudenciales expuestas para el caso objeto de estudio, pasa la Sala a determinar si en el presente asunto hubo prescripción, para lo cual se analizará previamente si la vinculación tuvo interrupciones en el tiempo superiores a 30 días hábiles, así:

PERÍODOS DE VINCULACIÓN			
Nº	CONTRATO nº	INICIO	FINAL
1	292 del 13 de febrero de 2012	14 de febrero de 2012	31 de julio de 2012
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
2	606 del 13 de julio de 2012	1º de agosto de 2012	15 de enero de 2013
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
3	025 del 8 de enero de 2013	16 de enero de 2013	10 de febrero de 2013
INTERRUPCIÓN: 5 días hábiles (del 11 al 15 de febrero de 2013) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
3	025 del 8 de enero de 2013	16 de febrero de 2013	9 de abril de 2013
INTERRUPCIÓN: 3 días hábiles (del 10 al 12 de abril de 2013) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

3	025 del 8 de enero de 2013	13 de abril de 2013	30 de junio de 2013
INTERRUPCIÓN: 1 día hábil (por el 1º de julio de 2013) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
4	408 del 24 de junio de 2013	2 de julio de 2013	30 de septiembre de 2013
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
5	745 del 20 de septiembre de 2013	1º de octubre de 2013	10 de enero de 2014
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
6	17 del 8 de enero de 2014	13 de enero de 2014	30 de abril de 2014
INTERRUPCIÓN: 1 día hábil (por el 1º de mayo de 2014) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
7	272 del 24 de abril de 2014	2 de mayo de 2014	31 de agosto de 2014
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
8	645 del 25 de agosto de 2014	1º de septiembre de 2014	30 de septiembre de 2014
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
9	712 del 29 de septiembre de 2014	1º de octubre de 2014	30 de noviembre de 2014
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
10	1028 del 26 de noviembre de 2014	1º de diciembre de 2014	14 de diciembre de 2014
INTERRUPCIÓN: 5 días hábiles (del 15 al 19 de diciembre de 2014) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
10	1028 del 26 de noviembre de 2014	20 de diciembre de 2014	9 de enero de 2015
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
11	017 del 5 de enero de 2015	13 de enero de 2015	31 de enero de 2015
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
12	0176 del 30 de enero de 2015	2 de febrero de 2015	31 de julio de 2015
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
13	454 del 29 de julio de 2015	3 de agosto de 2015	30 de septiembre de 2015
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			

14	645 del 24 de septiembre de 2015	1º de octubre de 2015	31 de octubre de 2015
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
15	850 del 30 de octubre de 2015	3 de noviembre de 2015	4 de noviembre de 2015

Según el anterior cuadro, este Tribunal considera que para el presente caso no se generó ninguna interrupción en la prestación del servicio que implicara la existencia de una solución de continuidad.

Al tratarse de una vinculación que no tuvo interrupción en el tiempo de servicio, el término para contabilizar la prescripción extintiva debe empezar a contarse a partir de la finalización del vínculo contractual, que en este caso fue el 4 de noviembre de 2015.

Dado que la petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales fue presentada ante la entidad demandada el 13 de diciembre de 2016⁵¹, la Sala observa que no se configuró el fenómeno procesal de la prescripción extintiva, ya que después de la finalización del contrato nº 850 del 30 de octubre de 2015, ocurrida el 4 de noviembre de 2015, la parte actora tenía hasta el 4 de noviembre de 2018 (3 años) para presentar la reclamación y lo hizo dentro del término.

7. Restablecimiento del derecho

Tal como se indicó, para este Tribunal, según las reglas de la experiencia y de conformidad con el material probatorio allegado al expediente y la naturaleza propia de la actividad desempeñada por la demandante, existió una relación laboral entre la señora Silvia Elena Carmona Gaviria y ASSBASALUD, aunque se hubiese presentado bajo la forma de contratos de prestación de servicios.

En ese entendimiento, es procedente declarar la nulidad del acto administrativo atacado y, en consecuencia, declarar la existencia de un contrato realidad entre las partes por los períodos comprendidos entre el 14 de febrero de 2012 y el 31 de julio de 2012, el 1º de agosto de 2012 y el 15 de enero de 2013, el 16 de enero de 2013 y el 10 de febrero de 2013, el 16 de febrero de 2013 y el 9 de abril de 2013, el 13 de abril de 2013 y el 30 de junio de 2013, el 2 de julio de 2013 y el 30 de septiembre de 2013, el 1º de octubre de 2013 y el 10 de enero de 2014, el 13 de enero de 2014 y el 30 de abril de 2014, el 2 de mayo de 2014 y el 31 de agosto de 2014, el 1º de septiembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2014, el 1º de octubre de 2014 y el 30 de

⁵¹ Fls. 17 a 22, C.1

noviembre de 2014, el 1º de diciembre de 2014 y el 14 de diciembre de 2014, el 20 de diciembre de 2014 y el 9 de enero de 2015, el 13 de enero de 2015 y el 31 de enero de 2015, el 2 de febrero de 2015 y el 31 de julio de 2015, el 3 de agosto de 2015 y el 30 de septiembre de 2015, el 1º de octubre de 2015 y el 31 de octubre de 2015 y el 3 de noviembre de 2015 y el 4 de noviembre de 2015.

Como parte del restablecimiento del derecho se condenará a la entidad demandada a reconocer y pagar las mismas prestaciones sociales que hubiera percibido un empleado de planta de ASSBASALUD de igual o similar categoría, correspondientes al lapso por el cual se reconoce la relación laboral. Para la liquidación de tales prestaciones se tomará como referencia el monto pactado como honorarios en cada contrato.

Se declarará adicionalmente que el tiempo laborado por la señora Silvia Elena Carmona Gaviria como auxiliar de consultorio odontológico al servicio de ASSBASALUD, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en los períodos en los cuales se demostró la existencia de una relación laboral, se debe computar para efectos pensionales.

En ese sentido, la entidad accionada deberá tomar el Ingreso Base de Cotización o IBC pensional de la demandante (los honorarios pactados) dentro de la totalidad de períodos reconocidos como laborados, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para lo anterior, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Se precisa que conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2021⁵², es improcedente la devolución de pagos en salud, pues se trata de valores que se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.

En efecto, sobre el particular, sostuvo el Consejo de Estado que:

⁵² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

4.5. Tercer problema jurídico: ¿Resulta procedente la devolución de los aportes al sistema de la Seguridad Social en salud realizados por el demandante en exceso?

235. La tesis de la Sala será la siguiente: aunque se le haya reconocido una relación laboral a la contratista, no procede la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que sufragó bajo el régimen contractual.

236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal,⁵³ **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».⁵⁴ Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley⁵⁵, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal».⁵⁶

237. Así las cosas, de conformidad con lo expuesto y frente a lo requerido por el demandante, se tiene que no hay lineamientos jurídicos que permitan la posibilidad de la devolución de los aportes a salud que efectuó como contratista, comoquiera que estos fueron debidamente cotizados al sistema general de Seguridad Social en salud, al existir una obligación legal de realizar dicha contribución.

238. En definitiva, no resulta procedente reconocer la totalidad del derecho deprecado, pues debe quedar al margen la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud, que por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal, no admiten otro tipo de destinación que no sea el sostenimiento mismo del sistema sanitario. (Negrilla es del texto).

En ese sentido, no se condenará a ASSBASALUD a pagar a favor de la

⁵³ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 28 de septiembre de 2016. Radicación 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵⁴ Cita de cita: Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Radicado 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵⁵ Cita de cita: Situación que también cambia y amerita mención especial con la entrada en vigor del Decreto 1273 de 2018 « Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.1.1.7, se adiciona el Título 7 a la Parte 2 del Libro 3 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación al pago y retención de aportes al Sistema de Seguridad Integral y Parafiscales de los trabajadores independientes y modifica los artículos 2.2.4.2.2.13 y 2.2.4.2.2.15 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo».

⁵⁶ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 25 de agosto de 2016, Radicado: 20130026001; C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

accionante los porcentajes de cotización a salud como empleador, que debió trasladar a los fondos correspondientes dentro del período de contratación irregular por el cual se reconoce el restablecimiento del derecho.

Las sumas que deba cancelar la entidad accionada se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula, en donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), por el número que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha de causación de la prestación:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

8. Pronunciamiento sobre otras pretensiones de restablecimiento del derecho solicitadas en la demanda

Conforme se observa en la demanda, la parte actora incluyó dentro de las pretensiones de restablecimiento del derecho, las siguientes:

8.1 Sanción moratoria por la no consignación de cesantías oportunamente

Pidió la parte accionante en la demanda que se condene a ASSBASALUD al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 50 de 1990, por no haber cancelado y/o consignado oportunamente las cesantías debidas al momento de la terminación de la relación laboral en cada uno de los contratos celebrados.

En relación con este tema, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente⁵⁷:

Ha sido pacífica la postura⁵⁸ que por parte de esta Corporación ha definido

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 6 de octubre de 2016. Radicación número: 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13).

frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.

En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas.

En ese sentido, no hay lugar al reconocimiento solicitado.

8.2 Indemnización moratoria por falta de pago o “salarios o brazos caídos”

En relación con esta pretensión de restablecimiento, el Tribunal observa que la misma tiene como fundamento el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual prevé que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, que varía dependiendo del sueldo del empleado. Se precisa que para que opere este tipo de sanción, no basta simplemente con que se verifique que existe la deuda a favor del trabajador, sino que además debe quedar probada la mala fe del empleador.

Lo primero que debe señalar la Sala es que, como lo ha señalado el Consejo de Estado⁵⁹, el reconocimiento de la indemnización por falta de pago que consagra el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo está ligada al derecho laboral individual, cuya base estructural es el contrato de trabajo; modalidad que no es la discutida en este proceso.

⁵⁸ Cita de cita: Ver sentencia del 4 de marzo de 2010, radicado 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08); sentencia del 23 de febrero de 2011, radicado 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; sentencia del 19 de enero de 2015, radicado 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), Actor: Esteban Paternostro Andrade, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren entre otras.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 25 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-00032-01(1815-15).

Adicionalmente, según unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, el restablecimiento del derecho en estos casos corresponde al reconocimiento económico derivado de la declaratoria de existencia de la relación laboral, constituido por el valor de las prestaciones sociales que por la misma época hubiera tenido derecho quien estuviera vinculada de planta en la respectiva entidad; por ello se debe tenerse presente que la sentencia declarativa del contrato realidad es constitutiva del derecho y, por lo tanto, no pueden derivarse consecuencias jurídicas anteriores.

Por lo anterior, se negará la referida pretensión de restablecimiento.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión considera que en este caso hay lugar a disponer sobre la condena en costas en esta instancia.

Antes de resolver si en el caso particular se encuentran dados los supuestos de procedencia para la condena en costas, este Tribunal considera necesario, como lo ha hecho el Consejo de Estado⁶⁰, indicar qué comprende dicho concepto, así:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso⁶¹ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP⁶², y

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicado: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

⁶¹ Cita de cita: Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

⁶² Cita de cita: “[...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su

que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado⁶³ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007⁶⁴.

En pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶⁵ se señaló que la condena en costas “(...) implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. (...)”, y en virtud de lo cual el Juez debe revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Como sustento de dicha conclusión, el Tribunal remite a providencia de la misma Alta Corporación⁶⁶, en la que abordó en forma extensa el tema y concluyó lo siguiente:

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887*

valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]”

⁶³ Cita de cita: Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999

⁶⁴ Cita de cita: Regula la norma como deber de los abogados, el de “...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto”

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

- e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁶⁷, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

De lo hasta aquí expuesto concluye este Tribunal que con el CPACA, la imposición de condena en costas no fue establecida de manera subjetiva en los términos previstos anteriormente por el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, esto es, apelando a la observancia de buena conducta por parte de la parte vencida, sino atendiendo un criterio denominado por la jurisprudencia “*objetivo valorativo*”, producto del cual las costas proceden siempre y cuando las mismas se hayan causado y la parte interesada haya aportado prueba de su existencia, de su utilidad y de su correspondencia con actuaciones autorizadas por la ley.

Descendiendo al caso concreto y siguiendo el criterio *objetivo valorativo*, se observa que la parte demandante incurrió en gastos o expensas con ocasión de este proceso, en tanto consignó un valor de \$80.000 por gastos del proceso⁶⁸. En ese sentido, es procedente emitir condena en costas por dicho concepto.

Adicionalmente y en relación con la fijación de agencias en derecho (concepto que también hace parte de las costas), en criterio de esta Sala de Decisión, su imposición también se encuentra justificada, como quiera que en el expediente se observa que la parte actora fue representada judicialmente por profesional del derecho que intervino activamente en todas las etapas del proceso, en virtud de lo cual no sólo presentó la demanda sino que también asistió a las audiencias inicial y de pruebas, y alegó de conclusión.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que en el *sub examine* hay lugar a imponer condena en costas a la parte accionada.

⁶⁷ Cita de cita: “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

⁶⁸ Fls. 59 a 62, C.1.

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo n° PSAA16-10554 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho a cargo de ASSBASALUD, la suma de \$3'401.937,08, correspondiente al 4% de la cuantía estimada en este proceso⁶⁹. Lo anterior, toda vez que se trata de un proceso declarativo de menor cuantía⁷⁰ proferido en primera instancia.

Según lo dispone el artículo 366 del Código General del Proceso (CGP)⁷¹, por la Secretaría de la Corporación, se liquidarán las costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. DECLÁRASE la nulidad del Oficio n° GER 033 del 16 de enero de 2017, expedido por el Gerente de ASSBASALUD, con el cual negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales solicitadas por la parte actora con ocasión de la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes.

Segundo. DECLÁRASE la existencia de una relación laboral encubierta entre la señora Silvia Elena Carmona Gaviria y ASSBASALUD, por la duración de los contratos con ocasión de los cuales se desempeñó como auxiliar de consultorio odontológico de dicha entidad, esto, es, por los períodos comprendidos entre el 14 de febrero de 2012 y el 31 de julio de 2012, el 1° de agosto de 2012 y el 15 de enero de 2013, el 16 de enero de 2013 y el 10 de febrero de 2013, el 16 de febrero de 2013 y el 9 de abril de 2013, el 13 de abril de 2013 y el 30 de junio de 2013, el 2 de julio de 2013 y el 30 de septiembre de 2013, el 1° de octubre de 2013 y el 10 de enero de 2014, el 13 de enero de 2014 y el 30 de abril de 2014, el 2 de mayo de 2014 y el 31 de agosto de 2014, el 1° de septiembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2014, el 1° de octubre de 2014 y el 30 de noviembre de 2014, el 1° de diciembre de 2014 y el 14 de diciembre de 2014, el 20 de diciembre de 2014 y el 9 de enero de 2015,

⁶⁹ La cuantía del proceso fue estimada en la suma de \$85'048.427 (fl. 8, C.1). De manera que el 4% de dicha cuantía asciende al valor de \$3'401.937,08.

⁷⁰ En los términos del artículo 25 del Código General del Proceso (CGP).

⁷¹ En adelante, CGP.

el 13 de enero de 2015 y el 31 de enero de 2015, el 2 de febrero de 2015 y el 31 de julio de 2015, el 3 de agosto de 2015 y el 30 de septiembre de 2015, el 1º de octubre de 2015 y el 31 de octubre de 2015 y el 3 de noviembre de 2015 y el 4 de noviembre de 2015.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE** a ASSBASALUD a reconocer y pagar a favor de la señora Silvia Elena Carmona Gaviria las mismas prestaciones sociales que hubiera percibido un empleado de planta de ASSBASALUD de igual o similar categoría, correspondientes al lapso por el cual se reconoce la relación laboral. Para la liquidación de tales prestaciones se tomará como referencia el monto pactado como honorarios en cada contrato.

Cuarto. **DECLÁRASE** que el tiempo laborado por la señora Silvia Elena Carmona Gaviria como auxiliar de consultorio odontológico de ASSBASALUD, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en los períodos en los cuales se demostró la existencia de una relación laboral, se debe computar para efectos pensionales.

Quinto. **CONDÉNASE** al ASSBASALUD a tomar el Ingreso Base de Cotización o IBC pensional de la parte actora (los honorarios pactados) dentro de la totalidad de períodos reconocidos como laborados, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para lo anterior, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Sexto. **NIÉGANSE** las demás súplicas de la demanda.

Séptimo. Las sumas que deba cancelar la entidad accionada de acuerdo con lo antes expresado, serán debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer dichos ajustes.

Octavo. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los

términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

Noveno. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación conforme lo determina el CGP, por lo brevemente expuesto. **FÍJASE** como agencias en derecho a cargo del ASSBASALUD, la suma de \$3'401.937,08, correspondiente al 4% de la cuantía estimada en este proceso.

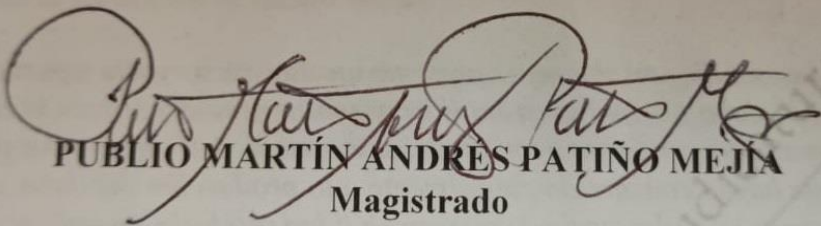
Décimo. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Decimoprimer. Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

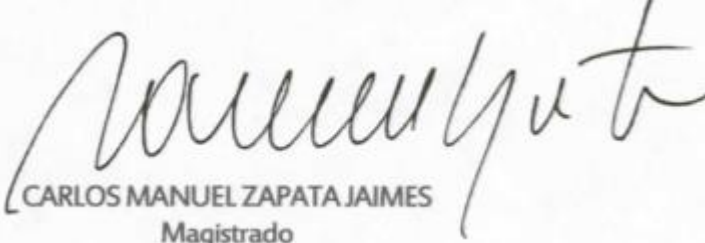
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 081

Asunto:	Concede apelación
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00589-00
Demandante:	María Libia Aristizábal Ríos
Demandada:	Nación –Ministerio de Educación Nacional

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 243 y 244 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹, contra la sentencia proferida por este Tribunal el veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023)², que negó las pretensiones de la demanda formulada por la señora María Libia Aristizábal Ríos contra la Nación –Ministerio de Educación Nacional.

En firme esta providencia, por la Secretaría de la Corporación, **REMÍTASE** el expediente al Honorable Consejo de Estado, para resolver lo pertinente.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

¹ Archivo nº 25 del expediente digital

² Archivo nº 24 del expediente digital



Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **864760309b7e22f7091d8187b9fb94423c0d48ecb81ab17579358bd586aa33b4**

Documento generado en 10/03/2023 11:03:33 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

Tomas Felipe Mora Gómez

Conjuez Ponente

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 17 de febrero del año que avanza pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado n° **17001333300420160033203** en el que son demandantes **FABIO GONZALEZ ZAPATA, JHON JAIRO GALLEGO CARDONA, LITZA MARIA GONZALEZ PATIÑO, SANDRA PATRICIA MARIN SANABRIA, LUZ ADRIANA AGUIRRE ISAZA, GUSTAVO BETANCOUR SEPULVEDA** contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ** y **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. **INAPLICAR** por inconstitucional la expresión contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 “*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*”, subrogado por el Decreto 22 de 2014.

2. **DECLARAR** la nulidad del acto administrativo de los siguientes actos administrativos respecto de los demandantes;

Funcionario	A.A Respuesta D. Petición	A.A. Resuelve recurso de apelación
Luz Adriana Aguirre Isaza	DS-16-12-001584 de 16 de mayo de 2016	Resolución 22406 de 4 de agosto de 2016
Fabio González Zapata	DS-16-12-001585 de 16 de mayo de 2016	Resolución 22402 de 4 de agosto de 2016
Jhon Jairo Gallego Patiño	DS-16-12-001589 de 16 de mayo de 2016	Resolución 22387 de 3 de agosto de 2016
Litza María González Patiño	DS-16-12-001583 de 16 de mayo de 2016	Resolución 22390 de 3 de agosto de 2016
Sandra Patricia Marin Sanabria	DS-16-12-001582 de 16 de mayo de 2016	Resolución 22416 de 5 de agosto de 2016
Gustavo Betancur Sepúlveda	DS-16-12-001380 de 27 de abril de 2016	Resolución 22117 de 13 de julio de 2016

3. **RECONOCER** como factor salarial del emolumento denominado - bonificación judicial- que se ha venido pagando en razón de la expedición del Decreto 382 de 2013 a los demandantes **FABIO GONZALEZ ZAPATA, JHON JAIRO GALLEGO CARDONA, LITZA MARIA GONZALEZ PATIÑO, SANDRA PATRICIA MARIN SANABRIA, LUZ ADRIANA AGUIRRE ISAZA, GUSTAVO BETANCOUR SEPULVEDA.**
4. **LIQUIDAR y PAGAR** la totalidad de las prestaciones sociales (prima de servicios, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados, y demás prestaciones a las que tengan derecho) que causen y devenguen por los señores **FABIO GONZALEZ ZAPATA, JHON JAIRO GALLEGO CARDONA, LITZA MARIA GONZALEZ PATIÑO, SANDRA PATRICIA MARIN SANABRIA, LUZ ADRIANA AGUIRRE ISAZA, GUSTAVO BETANCOUR SEPULVEDA,** desde la expedición del Decreto 382 de 2013 hasta la fecha en que se resuelva favorablemente esta petición, teniendo en cuenta como factor salarial para dicho efecto la bonificación judicial.
5. **RELIQUIDAR y PAGAR** las cesantías e intereses a las cesantías causadas y devengadas por los demandantes **FABIO GONZALEZ ZAPATA, JHON JAIRO GALLEGO CARDONA, LITZA MARIA GONZALEZ PATIÑO, SANDRA PATRICIA MARIN SANABRIA, LUZ ADRIANA AGUIRRE ISAZA, GUSTAVO BETANCOUR SEPULVEDA,** desde la expedición del Decreto 382 de 2013 y hasta la fecha en que se resuelva

favorablemente esta petición, teniendo en cuenta como factor salarial para dicho efecto la bonificación judicial.

6. **DISPONER** que la liquidación de los pagos que en lo sucesivo se efectúen mientras dure la vinculación como servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, se incluya la -Bonificación Judicial- como factor salarial.
7. **INDEXAR** los valores reconocidos en la forma prevista en el CPACA.
8. **CONDENAR** en costas y agencias en derecho.

4. HECHOS

Que los demandantes **FABIO GONZALEZ ZAPATA, JHON JAIRO GALLEG0 CARDONA, LITZA MARIA GONZALEZ PATIÑO, SANDRA PATRICIA MARIN SANABRIA, LUZ ADRIANA AGUIRRE ISAZA, GUSTAVO BETANCOUR SEPULVEDA** laboran en calidad de servidores públicos, en la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** conforme se explica en el siguiente cuadro:

Funcionario	Fecha de posesión	Cargo
Luz Adriana Aguirre Isaza	4 de junio de 2013	Asistente de Fiscal I
Fabio González Zapata	1 de junio de 1994	Asistente de Fiscal II
Jhon Jairo Gallego Patiño	1 de junio de 1994	Asistente de Fiscal IV
Litza María González Patiño	4 de junio de 2013	Asistente de Fiscal I
Sandra Patricia Marin Sanabria	1 de enero de 2012	Auxiliar I
Gustavo Betancur Sepúlveda	10 de agosto de 2010	Conductor I

5. FALLO PRIMARIO

El 22 de noviembre de 2019, el Juzgado 4° Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones de los demandantes.

En resumen, accedió a la nulidad de los actos administrativos acusados y en consecuencia ordenó a la demandada **a).** Declaró no probadas las excepciones denominadas “Cumplimiento de un deber legal”, “cobro de lo no debido”, “Buena fe”, **b).** Declaró probada la excepción de “prescripción” frente a los periodos anteriores al 26 de abril de 2013 y únicamente respecto de los demandantes **FABIO GONZALEZ ZAPATA, JHON JAIRO GALLEG0 CARDONA, SANDRA PATRICIA MARIN SANABRIA y GUSTAVO BETANCUR SEPULVEDA,** **c).** Inaplicar la expresión

contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 cuando dice “...únicamente...”, al referirse esta norma a la calidad de factor salarial que tiene la bonificación judicial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, **d**). Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Funcionario	A.A Respuesta D. Petición	A.A. Resuelve recurso de apelación
Luz Adriana Aguirre Isaza	DS-16-12-001584 de 16 de mayo de 2016	Resolución 22406 de 4 de agosto de 2016
Fabio González Zapata	DS-16-12-001585 de 16 de mayo de 2016	Resolución 22402 de 4 de agosto de 2016
Jhon Jairo Gallego Patiño	DS-16-12-001589 de 16 de mayo de 2016	Resolución 22387 de 3 de agosto de 2016
Litza María González Patiño	DS-16-12-001583 de 16 de mayo de 2016	Resolución 22390 de 3 de agosto de 2016
Sandra Patricia Marin Sanabria	DS-16-12-001582 de 16 de mayo de 2016	Resolución 22416 de 5 de agosto de 2016
Gustavo Betancur Sepúlveda	DS-16-12-001380 de 27 de abril de 2016	Resolución 22117 de 13 de julio de 2016

e). Reconocer a favor de los demandantes la incidencia prestacional, producto del reconocimiento y pago de la bonificación judicial, en las demás prestaciones sociales a que hubiere lugar, la cual ostenta carácter de factor salarial a efecto de reliquidar y reconocer las diferencias que se hubieren causado en las prestaciones sociales, y la bonificación por servicios prestados, teniendo en cuenta la prescripción trienal, respecto de la liquidación de las prestaciones sociales anteriores al 23 de noviembre de 2015, **e**). Condenó en costas -agencias en derecho- a la demandada, las cuales serán liquidadas conforme lo dispone el artículo 192 del CPACA.

Como argumento a estas decisiones, consideró que la bonificación judicial de que trata el Decreto 383 de 2013, contiene todos los aspectos jurídicos y cumple con los requisitos de ley para ser considerada factor salarial.

6. RECURSO DE ALZADA

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 3 de diciembre de 2019. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se

mencionan. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a este Conjuez le correspondió por sorteo de conjueces celebrado el pasado 28 de septiembre de 2022.

Cabe precisar que esta decisión de segunda instancia se circunscribe única y exclusivamente a los puntos materia de apelación, según tesis dispuesta en el artículo 328 del CGP y apoyada por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹:

“(…). El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del CGP. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: -tantum devolutum quantum appellatum-. La sentencia de primera instancia solo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos demandados.’”

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjueces, realiza en este momento una revisión de las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

c. CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Conjuez Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Bogotá DC, 6 de abril de 2022, radicado 76001233300020180041401(0470-2020), Demandante María Elide Acosta Henao, Demandada la Nación-Fiscalía General de la Nación.

material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

Documentos afines a todos los demandantes;

- a) Solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación (fl. 32-36).
- b) Resolución n° 1088 de 23 de agosto de 2016 “*por medio del cual se admite y se declara fallida una conciliación*” (fl. 37-39).

Documentos individuales:

LUZ ADRIANA AGUIRRE IZASA.

- Copia Cedula de ciudadanía (fl. 41).
- Derecho de petición (fl. 42-44).
- Oficio DS-16-12-001584 de 16 de mayo de 2016 “por medio del cual se contesta una petición (fl. 45 y vto).
- Recurso de apelación (fl. 46-47).
- Resolución n° 22406 de 4 de agosto de 2016 “por medio del cual se resuelve un recurso de apelación” (fl. 48-54).
- Constancia laboral de servicios prestados n° 439247 de 14 de abril de 2016 (fl. 55).
- Desprendibles de nomina (fl. 56-58).

FABIO GONZALE ZAPATA.

- Copia cedula de ciudadanía (fl. 59).
- Derecho de petición (fl. 60-62).
- Oficio DS-16-12-001585 de 16 de mayo de 2016 (fl. 63 y vto).
- Recurso de apelación (fl. 64-65).
- Resolución 22402 de 4 de agosto de 2016 “Por medio del cual se resuelve un recurso de apelación” (fl. 66-72).
- Constancia laboral de servicios prestados de 4 de mayo de 2016 (fl. 73).
- Desprendibles de nomina (fl. 74-77).

JHON JAIRO GALLEGU CARDONA.

- Cedula de ciudadanía (fl. 77).
- Derecho de petición (fl. 78-80).

- Oficio DS-16-12-001589 de 16 de mayo de 2016 “por medio del cual se contesta una petición” (fl. 81 y vto).
- Recurso de apelación (fl. 82-83).
- Resolución n° 22387 de 3 de agosto de 2016 “por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación (fl. 84-90).
- Constancia laboral de servicios prestados n° 441898 de 21 de abril de 2016 (fl. 91).
- Desprendibles de nomina (fl. 92-94).

LITZA MARIA GONZALEZ PATIÑO.

- Copia cedula de ciudadanía (fl. 95).
- Derecho de petición (fl. 96-98).
- Oficio DS-16-12-001583 de 16 de mayo de 2016 “por medio del cual se contesta una petición” (fl. 99 y vto).
- Recurso de apelación (fl. 100-101).
- Resolución n° 22390 de 3 de agosto de 2016 “por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación” (fl. 102-108).
- Constancia laboral de servicios prestados n° 441901 de 21 de abril de 2016 (fl. 109).
- Desprendibles de nomina (fl. 110-112).

SANDRA PATRICIA MARIN SANABRIA.

- Copia cedula de ciudadanía (fl. 113).
- Derecho de petición (fl. 114-116).
- Oficio DS-16-12-001582 de 16 de mayo de 2016 “por medio de la cual se contesta una petición” (fl. 117 y vto).
- Recurso de apelación (fl. 118-120).
- Resolución n° 22416 de 5 de agosto de 2016 “por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación” (fl. 120-126).
- Constancia laboral de servicios prestados n° 8188 de 4 de mayo de 2016 (fl. 127).
- Desprendibles de nomina (fl. 128-130).

GUSTAVO BETANCUR SEPULVEDA.

- Copia cedula de ciudadanía (fl. 131).
- Derecho de petición (fl. 132-136).

- Oficio DS-16-12-001380 de 27 de abril de 2016 “por medio del cual se responde una petición” (fl. 137 y vto).
- Recurso de apelación (fl. 138-141).
- Resolución n° 000000082 de 5 de mayo de 2016 “por medio de la cual se concede un recurso de apelación” (fl. 142).
- Resolución n° 22117 de 13 de julio de 2016 “Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación” (fl. 143-149).
- Actos de nombramiento y posesión en el cargo de Conductor Grado I (fl. 150-151).
- Desprendibles de nomina (fl. 152-154).

d. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, dos aspectos importantes;

- I. si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.
- II. Si la condena en costas cumple con los parámetros legales y jurisprudenciales que regulan la materia.
- III. Si se configura el fenómeno de la prescripción en todos los periodos reclamados de todos los demandantes o solo frente algunos.

e. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

*Artículo 1°: Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá **únicamente** factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.* (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

“Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5: El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*

- b) (...)”.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

- 1) Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

PARÁGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los

misimos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

ARTÍCULO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3o. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

ARTÍCULO 4o. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1o de enero de 2013.” (Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.”

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se

señaló:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: "los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna", cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental."

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

"Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T."

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

"Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu".

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se

armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1,

5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(…)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"(art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos”.

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo, los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo².

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”*.³

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁴

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

² Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

³ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁴ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁵.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

“...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador

⁵ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

resulten desfavorables u odiosos.” (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53).”

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de “duda”, ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

“La Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables,

aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁶:

⁶ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”

Finalmente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁷, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

⁷ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁸.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir;⁹ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹⁰.

8. CONCLUSIÓN

Para la Sala de Conjuces, es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 382 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo *-relativo a la protección del salario-*, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando a los demandantes **FABIO GONZALEZ ZAPATA, JHON JAIRO GALLEGU CARDONA, LITZA MARIA GONZALEZ PATIÑO, SANDRA PATRICIA MARIN SANABRIA, LUZ ADRIANA AGUIRRE ISAZA, GUSTAVO BETANCOUR SEPULVEDA** mes a mes, ininterrumpidamente, desde la misma fecha en que el decreto 383 de 2013, inicio su vigencia¹¹, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continué reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras los demandantes, ocupen un cargo en la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹¹ 6 de enero de 2013.

siempre que este incluido en el Decreto 382 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

Además de ordenar a la demanda la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que han tenido derecho los demandantes **FABIO GONZALEZ ZAPATA, JHON JAIRO GALLEGO CARDONA, LITZA MARIA GONZALEZ PATIÑO, SANDRA PATRICIA MARIN SANABRIA, LUZ ADRIANA AGUIRRE ISAZA, GUSTAVO BETANCOUR SEPULVEDA** desde la fecha misma en que entró en vigencia el Decreto 383 de 2013 (6 de enero de 2013)¹² y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que dejen de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Además, deberá la demandada continuar con la liquidación de las prestaciones sociales, tomando esta bonificación como factor salarial y, después de la ejecutoria de esta sentencia, generen los demandantes como contraprestación al desempeño de sus cargos desempeñados en la entidad demandada o a otro que se encuentre contemplado en el decreto 382 de 2012.

II. PRESCRIPCIÓN.

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”

Claramente, no basta con él solo pasó del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo.

Así las cosas, el derecho se hizo exigible desde la misma entrada en vigencia del Decreto 382 de 2013 -6 de enero de 2013-, de ahí que sea desde esta fecha, que se podía reclamar su reconocimiento como factor salarial, como bien lo hicieron los demandantes conforme se describe en el siguiente cuadro:

Funcionario	Reclamación	Posesión	Periodo cubierto	Prescripción
Luz Adriana Aguirre Isaza	26/04/2016	04/06/2013	26/04/2013	Ninguna
Fabio González Zapata	26/04/2016	01/06/1994	26/04/2013	06/01/2013 a 25/04/2013
Jhon Jairo Gallego Patiño	26/04/2016	01/06/1994	26/04/2013	06/01/2013 a 25/04/2013
Litza María González Patiño	26/04/2016	04/06/2013	26/04/2013	Ninguna
Sandra Patricia Marin Sanabria	26/04/2016	01/01/2012	26/04/2013	06/01/2013 a 25/04/2013
Gustavo Betancur Sepúlveda	04/06/2016	10/07/2010	04/06/2013	06/01/2013 a 03/06/2013

¹² Siempre que los periodos no hayan sido afectados por el fenómeno prescriptivo.

En efecto le asiste la razón al Aquo, al declarar la prescripción de los periodos anteriores al 26 de abril de 2013 frente a los demandantes; **FABIO GONZALEZ ZAPATA, JHON JAIRO GALLEGO PATIÑO, SANDRA PATRICIA MARIN SANABRIA y GUSTAVO BETANCUR SEPULVEDA**, por lo que se confirmará esta decisión.

III. CONDENA EN CONSTAS.

La Sala discrepa de la condena en costas proferida por el Aquo, en contra de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, por lo que de entrada se advierte que se revocará por completo, toda vez que esta sanción desconoce la tesis jurisprudencial que ha venido protegiendo el Consejo de Estado, cuando afirma que solo procede la condena en costas, cuando se vislumbra mala fe en las actuaciones de la parte vencida;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹³, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹⁴

Corolario de lo anterior, según análisis del desarrollo del proceso, la parte vencida *-demandada-* atendió oportunamente a los llamados realizados por el Juez Aquo, al menos aquellos de carácter obligatorio, además en sus actuaciones no se vislumbra temeridad, mala fe y tampoco existen pruebas sobre la causación de aquellos, por ende, se itera el Despacho procederá a revocar la condena que, en materia de costas procesales, impuso el fallo primario.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, se revocará el numeral 7° y se confirmarán los demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

9. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales **1°, 2°, 3°, 4°, 5ª, 6°, 8° y 9° de la sentencia de 22 de noviembre de 2019**, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que puso fin a la primera instancia de este proceso.

¹³ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹⁴ Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **SÉPTIMO** *sentencia de 22 de noviembre de 2019*, y en consecuencia **NO CONDENAR** en costas-agencias en derecho.

TERCERO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

CUARTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

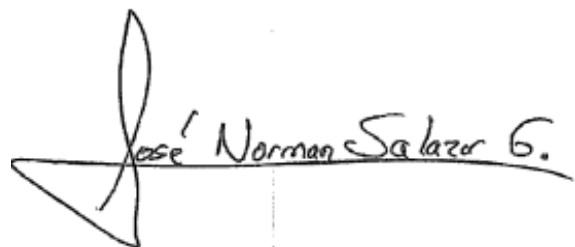
Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 10 de marzo de 2023.

Los Conjueces;



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ

Ponente



JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ

Revisor



JOSE MAURICIO BALDION ALZATE

Revisor

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

José Mauricio Baldion Álzate

Conjuez Ponente

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 17 de febrero del año que avanza pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado n° **17001333300320180018103** en el que es demandante **BEATRIZ ELENA REINOSA FIGUEROA** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA** y **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. **INAPLICAR** por inconstitucional la expresión contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 “*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*” y en los Decretos que su turno modifique esta norma y que contengan la misma expresión.

2. **DECLARAR** la nulidad de la *Resolución DESAJMZR16-207 de 18 de febrero de 2018*.
3. **DECLARAR** la nulidad de la *Resolución n° 5458 de 22 de agosto de 2017*.
4. **ORDENAR** a la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, desde el 1 de enero de 2013 y hasta el 31 de enero de 2016 a la demandante **BEATRIZ ELENA REINOSA FIGUEROA**, la “Bonificación judicial” señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar salario, y demás emolumentos que fueron por este percibidos durante su vinculación como empleada en la Rama Judicial.
5. **ORDENAR** a la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, reconocer y pagar de la señora **BEATRIZ ELENA REINOSA FIGUEROA**, a partir del 1 de enero de 2013 y hasta el 31 de enero de 2016, las diferencias salariales y prestacionales (primas de vacaciones, navidad, de servicios, extralegales, bonificación por servicios, cesantías e intereses a esta, etc), existentes entre las sumas que le fueron canceladas y las que legalmente le corresponden, contabilizando como factor salarial la bonificación judicial creada a través del Decreto 383 de 2013.
6. **INDEXAR** los dineros que se han de cancelar a favor de la señora **BEATRIZ ELENA REINOSA FIGUEROA**.
7. **CANCELAR** a la señora **BEATRIZ ELENA REINOSA FIGUEROA**, o a quien o quienes sus derechos representen, los intereses que se generen desde el momento de su causación y hasta que se haga efectivo el pago de las sumas ordenadas cancelar.
8. **ORDENAR** a la demandada que, para el cumplimiento de esta sentencia, dar estricta aplicación a los artículos 192 y 195 del CPACA.
9. **CONDENAR** a la demandada al pago de costas y agencias en derecho que se llegaren a causar.

4. HECHOS

La señora **BEATRIZ ELENA REINOSA FIGUEROA**, fue servidora publica al servicio de la Rama Judicial, en los cargos de Oficial Mayor Municipal y Escribiente Municipal, desde antes de la entrada en vigencia del decreto 383 de 2012 -1 de enero de 2013- y hasta el 31 de enero de 2016.

5. FALLO PRIMARIO

El 17 de enero de 2020, el Conjuez Fernando Duque García bajo la dirección del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo a todas las pretensiones de la demanda, fallo que fue corregido en su numeral 4° mediante sentencia accesoria de 24 de febrero de 2020.

En resumen, accedió a la nulidad de los actos administrativos acusados y en consecuencia ordenó a la demandada **a).** Declaro fundada parcialmente de oficio la excepción de “prescripción”, **b).** Inaplicar la expresión contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 cuando dice “...únicamente...”, al referirse esta norma a la calidad de factor salarial que tiene la bonificación judicial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, **c).** Declarar la nulidad de las resoluciones DESAJMZR16-207 de 18 de febrero de 2016 y la n° 5458 de 22 de agosto de 2017, **d).** Reconocer a favor de la demandante la incidencia prestacional, producto del reconocimiento y pago de la bonificación judicial, en las demás prestaciones sociales a que hubiere lugar, la cual ostenta carácter de factor salarial a efecto de reliquidar y reconocer las diferencias que se hubieren causado en las prestaciones sociales, y la bonificación por servicios prestados, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 383 de 6 de enero de 2013, **e).** Condenó en costas -agencias en derecho- por la suma de \$166.700.00 y **f).** Ordenó el cumplimiento de la sentencia, en los mismos términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

Como argumento a estas decisiones, consideró que la bonificación judicial de que trata el Decreto 383 de 2013, contiene todos los aspectos jurídicos y cumple con los requisitos de ley para ser considerada factor salarial.

6. RECURSOS DE ALZADA

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada, mediante escrito que presentó el 24 de enero de 2020. En esta ocasión, la demandada resalto que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f) la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

Haciendo uso de la apelación adhesiva al recurso interpuesto por la parte demandada, conforme lo permite el artículo 322 del CGP, la parte demandante allego escrito el 30 de enero de 2023, en resumen manifestó su desacuerdo con la decisión del

Juez primary de desconocer el carácter de factor salarial de la bonificación frente a las prestaciones sociales “prima de servicios”, “prima de productividad” y “bonificación por servicios prestados” y su reconocimiento al respecto de las otras prestaciones sociales que devenga el demandante. A su juicio consideró que la clase obrera en la que se enlistan los funcionarios públicos, vienen afrontando toda clase de desventajas laborales que han superado, lucha tras lucha, solicitando la protección de principios laborales constitucionales tales como el *in dubio pro operario*, *pro homine*, *condición mas beneficosa*, *irrenunciabilidad*, *primacía de la realidad sobre las formas* y, *principio de favorabilidad*, entre otros; una de estas luchas del sector publico -Rama Judicial- se dio en el año 2012, por la evidente y amplia brecha entre los sueldos de los Magistrados de las Altas Cortes al respecto de los demás empleados de la Rama Judicial, en atención a ello y para cerrar un poco esta brecha, con miras a estar mas cerca de la igualdad salarial, fue expedido el Decreto 383 y 382 de 2013 que creó la “bonificación judicial” una respuesta del Gobierno Nacional, a la tan solicitada nivelación salarial de los empleados públicos.

A pesar de que esta bonificación se viene pagando desde el mismo día en que entro en vigencia el Decreto 383 de 2013, no ha sido efectivizado completamente, pues según su articulado solo constituye factor salarial, para efectos del pago de los aportes de salud y pensión, pese a que cumple con los requisitos legales que lo estructuran como salario, que es un pago, periódico, habitual e ininterrumpido. Así lo reconoce el Juez Aquo, pero desconociendo la norma constitucional e internacional sobre la materia, limita su carácter de factor salarial a unas prestaciones y deja huérfanas frente a la prestaciones sociales “prima de servicios”, “prima de productividad” y “bonificación por servicios prestados”, desconociendo la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando establece “...que el listado de factores que comprenden el concepto de salario es una noción meramente ilustrativa y bajo ninguna circunstancia puede interpretarse como un criterio absoluto, pues salario constituye todo pago habitual y periódico que se genera como remuneración por la prestación personal de un servicio, de allí, que dentro de este trámite tenga un relevante protagonismo esta figura, a saber que conforme el caso en concreto la interpretación que se da con ocasión a la figura de ‘salario’, su características y su aplicabilidad en materia laboral, ha hecho que a lo largo de este tramite se hayan generado posturas disimiles para su aplicación conforme lo reglado en el Decreto 383 de 2013”.

Dijo además, que la base genérica para el calculo actuarial es el mismo salario, de cuyas prestaciones sociales se duplican por influencia misma del Decreto 383 de 2013, que en ultimas logra la nivelación salarial, objetivo principal de la lucha acaecida en el año 2012 y de la cual nace la iniciativa del Gobierno de emitir el Decreto en mención, y si no es afectando también las prestaciones sociales, donde queda la nivelación salarial deprecada, dicho esto, es la razón de la equivocada tesis del Juez

Aquo, al desconocer la condición de salario del Decreto frente a las prestaciones sociales que dejó por fuera de considerarlas salario.

En conclusión, solicitó la modificación de la sentencia primaria y por el contrario el reconocimiento del carácter de factor salarial, para todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho el demandante y no solo para algunas.

7. ALEGATOS

Aprovechando la oportunidad la parte demandante presentó alegatos de segunda instancia, en los cuales vuelve y menciona la calidad de salario que tiene la bonificación judicial creada mediante el Decreto 383 de 2013 y obviamente su carácter de factor salarial, que recae indistintamente en todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho el demandante, sin aportar nada nuevo.

8. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a este Conjuez le correspondió por sorteo de conjueces celebrado el pasado 6 de octubre de 2022.

Cabe precisar que esta decisión de segunda instancia se circunscribe única y exclusivamente a los puntos materia de apelación, según tesis dispuesta en el artículo 328 del CGP y apoyada por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹:

“(…). El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del CGP. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: -tantum devolutum quantum appellatum-. La sentencia de primera instancia solo fue apelada por la parte demandante, con

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Conjuez Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Bogotá DC, 6 de abril de 2022, radicado 76001233300020180041401(0470-2020), Demandante María Elide Acosta Henao, Demandada la Nación-Fiscalía General de la Nación.

el fin de lograr se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos demandados.”

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjueces, realiza en este momento una revisión de las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

c. CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

- a) Derecho de petición, radicado el 29 de enero de 2016 (fl. 16-22 C.1).
- b) Resolución n° DESAJMZR16-207 de 18 de febrero de 2018 *“por medio del cual se resuelve un derecho de petición”* y su constancia de notificación (fl. 24-25 C.1).
- c) Recurso de apelación, radicado el 7 de marzo de 2016 (fl. 26-28).
- d) Resolución DESAJMZR16-608 de 5 de abril de 2016 *“por medio de la cual se concede un recurso de apelación”* y su constancia de notificación (fl. 29 y vto).
- e) Resolución n° 5458 de 22 de agosto de 2017 *“por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación”* y su constancia de notificación² (fl. 31-36).
- f) Constancia laboral n° 2414 de 15 de noviembre de 2017, de tiempos de servicio y emolumentos cancelados a la demandante Betriz Elena Reinoso Figueroa (fl. 37-40 C.1).
- g) Acta de acuerdo entre el Gobierno Nacional y los representantes de los Empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación del mes de noviembre de 2012 (fl. 41-42).
- h) Solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación (fl. 43-49).

² Sin notificación.

- i) Resolución n° 103 de 1 de febrero de 2018 “por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación” (fl. 51-52).
- j) Reclamación administrativa (fl. 68-72).

d. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, dos aspectos importantes;

- I. si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.
- II. Si la condena en costas cumple con los parámetros legales y jurisprudenciales que regulan la materia.

e. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“Artículo 1°: Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.” (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

“Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5: El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) (...)”.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

- 1) *Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) *Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) *Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) *Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) *Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) *Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

PARÁGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

ARTÍCULO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de

1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3o. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

ARTÍCULO 4o. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1o de enero de 2013.” (Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.”

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: "los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna", cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental."

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es

aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones

que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(…)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"(art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el

Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos”.

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo, los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo³.

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los

³ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”*.⁴

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁵

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la

⁴ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁵ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁶.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

"...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos." (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53)."

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella

⁶ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de “duda”, ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

“La Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control

racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁷:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o

⁷ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador."

Finalmente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁸, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁹.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que

⁸ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,¹⁰ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

*pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"*¹¹.

9. CONCLUSIÓN

Para la Sala de Conjuces, es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo *-relativo a la protección del salario-*, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica y habitual, toda vez que se ha venido cancelando a la demandante **BEATRIZ ELENA REINOSA FIGUEROA** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el 29 de enero de 2013 y hasta el 31 de enero de 2016, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, frente a todas las prestaciones sociales, no solo para salud y pensión -como lo dispuso el Gobierno Nacional- y menos frente la vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses como lo apuntó el Juez Aquo, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y siempre que la señora **BEATRIZ ELENA REINOSA FIGUEROA**, ocupé cualquiera de los cargos que ha ocupado en la Rama Judicial u otro incluido por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

Además de ordenar a la demanda la reliquidación de todas las prestaciones sociales *-sin distinción alguna-* a que ha tenido derecho la demandante **BEATRIZ ELENA REINOSA FIGUEROA** por el periodo comprendido entre el 29 de enero de 2013 y el 31 de enero de 2016 y pagar las diferencias adeudadas. Además, deberá la demandada continuar con la liquidación de las prestaciones sociales, tomando esta bonificación como factor salarial y, después de la ejecutoria de esta sentencia, genere la demandante, en caso de que la demandante vuelva a desempeñar un cargo en la Rama Judicial, de aquellos contemplados en el decreto 383 de 2012.

a. CONDENA EN CONSTAS.

No se encuentra la Sala su desacuerdo en la condena en costas emitida en el fallo primario, -numeral 5º-, y de antemano de advierte que será revocada esta por completo, toda vez que esta sanción desconoce la tesis jurisprudencial que ha venido

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

protegiendo el Consejo de Estado, cuando afirma que solo procede la condena en costas, cuando se vislumbra mala fe en las actuaciones de la parte vencida;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹², en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹³

Corolario de lo anterior, según análisis del desarrollo del proceso, la parte vencida -demandada- atendió oportunamente a los llamados realizados por el Juez Aquo, al menos aquellos de carácter obligatorio, además en sus actuaciones no se vislumbra temeridad, mala fe y tampoco existen pruebas sobre la causación de aquellos, por ende, se itera el Despacho procederá a revocar la condena que, en materia de costas procesales, impuso el fallo primario.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, se revocará el numeral 7° y se confirmarán los demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

10. FALLA

PRIMERO: ADICIONAR el numeral *1° de la sentencia de 17 de enero de 2020 y su corrección del 24 de febrero de 2020*, proferida por Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que puso fin a la primera instancia de este proceso, el cual quedara así:

“PRIMERO: DECLARAR fundada y de oficio la excepción de “prescripción” y **NO** fundadas las excepciones de “Ausencia de causa petendi”, “inexistencia del derecho reclamado” y, “cobro de lo no debido”.

¹² Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹³ Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2°-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 5° *de la sentencia de 17 de enero de 2020 y su corrección del 24 de febrero de 2020*, proferida por Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que puso fin a la primera instancia de este proceso, y en consecuencia **NO CONDENAR** en costas-agencias en derecho.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales *de la sentencia de 17 de enero de 2020 y su corrección del 24 de febrero de 2020*, proferida por Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que puso fin a la primera instancia de este proceso,

CUARTO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

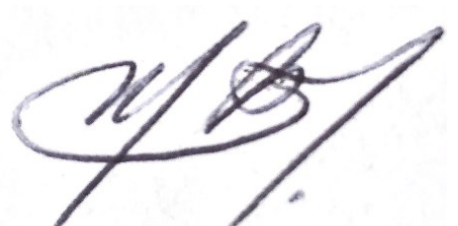
QUINTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 10 de marzo de 2023.

Los Conjueces:


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Ponente


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA
Revisor


TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Revisor

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

José Norman Salazar González

Conjuez Ponente

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 7 de febrero del año que avanza pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado n° **17001333900620180019603** en el que es demandante **JOSE HUMBERTO QUINTERO VERGARA** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA** y **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. **INAPLICAR** por inconstitucional la expresión contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 “*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*” y en los Decretos que su turno modifique esta norma y que contengan la misma expresión.
2. **DECLARAR** la nulidad de la **Resolución DESAJMZR16-47-70 de 7 de enero de 2016**.
3. **DECLARAR** la nulidad de la **Resolución n° 6123 de 28 de septiembre de 2017**.

4. **ORDENAR** a la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, desde el 1 de enero de 2013 y hasta la fecha de presentación de esta demanda y en lo sucesivo, reconocer y pagar en favor del señor **JOSE HUMBERTO QUINTERO VERGARA**, la “Bonificación judicial” señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar salario, y demás emolumentos que fueron por este percibidos durante su vinculación como empleado en la Rama Judicial.
5. **ORDENAR** a la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, reconocer y pagar del señor **JOSE HUMBERTO QUINTERO VERGARA** a partir del 1 de enero de 2013 y hasta la fecha de presentación de esta demanda y en lo sucesivo, las diferencias salariales y prestacionales (primas de vacaciones, navidad, de servicios, extralegales, bonificación por servicios, cesantías e intereses a esta, etc), existentes entre las sumas que le fueron canceladas y las que legalmente le corresponden, contabilizando como factor salarial la bonificación judicial creada a través del Decreto 383 de 2013.
6. **INDEXAR** los dineros que se han de cancelar a favor del señor **JOSE HUMBERTO QUINTERO VERGARA**.
7. **CANCELAR** al señor **JOSE HUMBERTO QUINTERO VERGARA**, o a quien o quienes sus derechos representen, los intereses que se generen desde el momento de su causación y hasta que se haga efectivo el pago de las sumas ordenadas cancelar.
8. **ORDENAR** a la demandada que, para el cumplimiento de esta sentencia, dar estricta aplicación a los artículos 192 y 195 del CPACA.
9. **CONDENAR** a la demandada al pago de costas y agencias en derecho que se llegaren a causar.

4. HECHOS

El señor **JOSE HUMBERTO QUINTERO VERGARA** ha sido servidor publico al servicio de la Rama Judicial, en el cargo de Citador de Tribunal, desde antes de la entrada en vigencia del decreto 383 de 2012 -1 de enero de 2013- y a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba desarrollando dicho cargo.

5. FALLO PRIMARIO

El 27 de febrero de 2020, el Juzgado 6° Administrativo del Circuito de Manizales, bajo la dirección del Conjuez Dr. José Mauricio Baldón Álzate, decidió la primera instancia accediendo a todas las pretensiones del demandante.

En resumen, accedió a las pretensiones de la demanda e impartió los siguientes mandatos; **a).** Declaro no fundada la excepción denominada “De la imposibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones del demandante”, **b).** Inaplicar la expresión contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 cuando dice “...únicamente...”, al referirse esta norma a la calidad de factor salarial que tiene la bonificación judicial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, **c).** Declarar la nulidad de las resoluciones DESAJMZR16-47-70 de 7 de enero de 2016 y la 6123 de 28 de septiembre de 2017, **d).** Reconocer a favor de la demandante la incidencia prestacional, producto del reconocimiento y pago de la bonificación judicial, en las demás prestaciones sociales a que hubiere lugar, la cual ostenta carácter de factor salarial a efecto de reliquidar y reconocer las diferencias que se hubieren causado en las prestaciones sociales, y la bonificación por servicios prestados, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 383 de 6 de enero de 2013, **e).** Condenó en costas -agencias en derecho- en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA y **f).** Ordenó el cumplimiento de la sentencia, en los mismos términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

Como argumento a estas decisiones, consideró que la bonificación judicial de que trata el Decreto 383 de 2013, contiene todos los aspectos jurídicos y cumple con los requisitos de ley para ser considerada factor salarial.

6. RECURSO DE ALZADA

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 10 de marzo de 2020. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a este Conjuez le correspondió por sorteo de conjueces celebrado el pasado 28 de septiembre de 2022.

Cabe precisar que esta decisión de segunda instancia se circunscribe única y exclusivamente a los puntos materia de apelación, según tesis dispuesta en el artículo 328 del

CGP y apoyada por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹:

“(…). El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del CGP. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: -tantum devolutum quantum appellatum-. La sentencia de primera instancia solo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos demandados.”

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjuces, realiza en este momento una revisión de las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

c. CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

- a) Derecho de petición, radicado el 15 de diciembre de 2015 (fl. 16-22 C.1).
- b) Resolución n° DESAJMZR16-47-70 de 7 de enero de 2016 “*por medio del cual se resuelve un derecho de petición*” y su constancia de notificación (fl. 23-25 C.1)².
- c) Recurso de apelación, radicado el 20 de enero de 2016 (fl. 26-28).
- d) Resolución DESAJMZR16-148-38 de 5 de febrero de 2016 “*por medio de la cual se concede un recurso de apelación*” y su constancia de notificación (fl. 29 y vto).
- e) Resolución n° 6123 de 28 de septiembre de 2017 “*por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación*” y su constancia de notificación (fl. 31-36).
- f) Constancia laboral n° 2034 de 14 de diciembre de 2015, de tiempos de servicio y emolumentos cancelados al demandante Javier Alfonso Cardona Murillo (fl. 37-39 C.1).

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Conjuez Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Bogotá DC, 6 de abril de 2022, radicado 76001233300020180041401(0470-2020), Demandante María Elide Acosta Henao, Demandada la Nación-Fiscalía General de la Nación.

² Notificada el 13 de enero de 2016.

- g) Acta de acuerdo entre el Gobierno Nacional y los representantes de los Empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación del mes de noviembre de 2012 (fl. 40-41).
- h) Solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación (fl. 42-48).
- i) Resolución n° 205 de 23 de febrero de 2018 “por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación” (fl. 50-51).
- j) Reclamación administrativa (fl. 94-103).

d. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, dos aspectos importantes;

- I. Si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.
- II. Si la condena en costas cumple con los parámetros legales y jurisprudenciales que regulan la materia.

e. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

Artículo 1°: Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

“Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5: El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) (...)”.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

- 1) Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*

- 3) Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).
- 4) Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).
- 5) Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).
- 6) Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).

PARÁGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

ARTÍCULO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3o. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

ARTÍCULO 4o. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1o de enero de 2013.” (Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.”

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: "los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna", cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental."

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que

puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a

partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(…)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"(art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error: ignoraron el derecho aplicable; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos”.

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo, los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de

excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo³.

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”*⁴

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁵

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales

³ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

⁴ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁵ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁶.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

"...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos." (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53)."

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía

⁶ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de “duda”, ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

“La Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁷:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”

Finalmente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁸, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República

⁷ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

⁸ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

"fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁹.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,¹⁰ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquellas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹¹.

8. CONCLUSIÓN

Para la Sala de Conjuces, es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo *-relativo a la protección del salario-*, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando a la demandante **JOSE HUMBERTO QUINTERO VERGARA** mes a mes, ininterrumpidamente, desde la misma fecha en que el decreto 383 de 2013, inicio su vigencia¹², de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras el señor **JOSE HUMBERTO QUINTERO VERGARA**, ocupé el cargo de Citador de Tribunal u otro incluido por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

Además de ordenar a la demanda la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho el demandante **JOSE HUMBERTO QUINTERO VERGARA** desde la fecha misma en que entró en vigencia el Decreto 383 de 2013 (6 de enero de 2013) y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹² 6 de enero de 2013.

adeudadas. Además, deberá la demandada continuar con la liquidación de las prestaciones sociales, tomando esta bonificación como factor salarial y, después de la ejecutoria de esta sentencia, genere la demandante como contraprestación al desempeño del cargo de Escribiente Municipal o a otro que se encuentre contemplado en el decreto 383 de 2012.

II. CONDENA EN CONSTAS.

En lo único en que se encuentra en desacuerdo con la Sentencia primaria esta Sala, es en la condena en costas, - numeral 7°-, se revocará por completo, toda vez que esta sanción desconoce la tesis jurisprudencial que ha venido protegiendo el Consejo de Estado, cuando afirma que solo procede la condena en costas, cuando se vislumbra mala fe en las actuaciones de la parte vencida;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹³, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹⁴

Corolario de lo anterior, según análisis del desarrollo del proceso, la parte vencida - demandada- atendió oportunamente a los llamados realizados por el Juez Aquo, al menos aquellos de carácter obligatorio, además en sus actuaciones no se vislumbra temeridad, mala fe y tampoco existen pruebas sobre la causación de aquellos, por ende, se itera el Despacho procederá a revocar la condena que, en materia de costas procesales, impuso el fallo primario.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, se revocará el numeral 7° y se confirmarán los demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

9. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales **1°, 2°, 3, 6° y 8° de la sentencia de 27 de febrero de 2020**, proferida por el Conjuce de conocimiento, del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que puso fin a la primera instancia de este proceso.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **7° de la sentencia de la sentencia de 27 de febrero de 2020**, y en consecuencia **NO CONDENAR** en costas-agencias en derecho.

¹³ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹⁴ Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2°-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

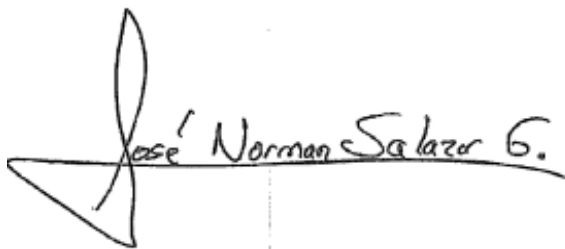
TERCERO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

CUARTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

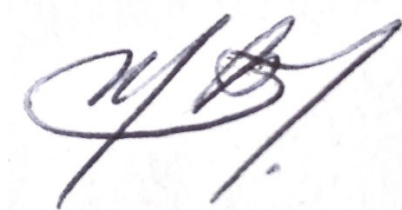
Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 10 de marzo de 2023.

Los Conjueces;



JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ

Ponente



JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA

Revisor



JOSE MAURICIO BALDION ALZATE

Revisor

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

José Mauricio Baldion Álzate

Conjuez Ponente

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 17 de febrero del año que avanza pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado n° **17001333900720180020503** en el que es demandante **ANTONIO JOSE VILLEGAS CARMONA** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA** y **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. **INAPLICAR** por inconstitucional la expresión contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 *“constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”* y en los Decretos que su turno modifique esta norma y que contengan la misma expresión.

2. **DECLARAR** la nulidad de la **Resolución DESAJMZR16-47-16 de 7 de enero de 2016**.
3. **DECLARAR** la nulidad de la **Resolución n° 6127 de 28 de septiembre de 2017**.
4. **ORDENAR** a la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, desde el 1 de enero de 2013 y hasta la fecha de presentación de esta demanda y en lo sucesivo, reconocer y pagar en favor del señor **JOSE ANTONIO VILLEGAS CARMONA**, la “Bonificación judicial” señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar salario, y demás emolumentos que fueron por este percibidos durante su vinculación como empleado en la Rama Judicial.
5. **ORDENAR** a la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, reconocer y pagar del señor **JOSE ANTONIO VILLEGAS CARMONA**, a partir del 1 de enero de 2013 y hasta la fecha de presentación de esta demanda y en lo sucesivo, las diferencias salariales y prestacionales (primas de vacaciones, navidad, de servicios, extralegales, bonificación por servicios, cesantías e intereses a esta, etc), existentes entre las sumas que le fueron canceladas y las que legalmente le corresponden, contabilizando como factor salarial la bonificación judicial creada a través del Decreto 383 de 2013.
6. **INDEXAR** los dineros que se han de cancelar a favor del señor **JOSE ANTONIO VILLEGAS CARMONA**.
7. **CANCELAR** al señor **JOSE ANTONIO VILLEGAS CARMONA**, o a quien o quienes sus derechos representen, los intereses que se generen desde el momento de su causación y hasta que se haga efectivo el pago de las sumas ordenadas cancelar.
8. **ORDENAR** a la demandada que, para el cumplimiento de esta sentencia, dar estricta aplicación a los artículos 192 y 195 del CPACA.
9. **CONDENAR** a la demandada al pago de costas y agencias en derecho que se llegaren a causar.

4. HECHOS

El señor **JOSE ANTONIO VILLEGAS CARMONA**, ha sido servidor publico al servicio de la Rama Judicial, en los cargos de Citador Municipal, Asistente Municipal, Auxiliar Judicial y Escribiente Municipal, desde antes de la entrada en vigencia del decreto 383 de 2012 -1 de enero de 2013- y a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba desarrollando dicho cargo.

5. FALLO PRIMARIO

El 13 de octubre de 2021, el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones del demandante. En su parte resolutive ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE, la excepción: “ausencia de causa petendi, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido”, en lo relacionado con las pretensiones de la bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios. También se declara NO probada la “prescripción”. En cuanto a la pretensión del reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial se declaran NO PROBADAS los medios de defensa denominados: “ausencia de causa petendi, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido”.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1° de los Decretos 383 de 2013, 384 de 2013, 1269 de 2015, 1271 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017, 340 de 2018, 992 de 2019, 442 de 2020, 986 de 2021, y demás normas que recojan esa misma expresión, en el entendido que la bonificación judicial si constituye salario para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la Rama Judicial.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la resolución DESAJMZR16-47-16 de 7 de enero de 2016 y de la Resolución 6127 de 28 de septiembre de 2017, que puso fin a la actuación administrativa, ambas expedidas por la entidad demandada.

CUARTO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda únicamente en lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales de la parte actora, teniendo como factor salarial la bonificación judicial de que tratan los Decretos 383 y 384 de 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-, reconocer, en favor de ANTONIO JOSE VILLEGAS CARMONA la bonificación judicial creada por los Decretos 383 y 384 de 2013, como factor salarial, DESDE EL 1 DE ENERO DE 2013 hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la RAMA JUDICIAL. Para lo cual se reliquidan las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SEPTIMO: SE CONDENA EN COSTAS a las Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP, Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUIDENSE** los gastos del proceso, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere. **ARCHIVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI. Se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del CGP.

NOVENO: NOTIFIQUESE la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA y demás normas complementarias o afines.”.

Como sustento jurídico indicó; “...De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que se relaciona con el caso concreto, en criterio de esta dependencia judicial, existe mérito para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Con sujeción a los argumentos que a continuación se desarrollarán, la bonificación creada por el decreto 383 de 2013, ostenta la naturaleza de una verdadera prestación constitutiva de salario, motivo por el cual se puede interpretar como un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para calcular las prestaciones sociales que perciba en servidor judicial, con sujeción al tipo de cargo que haya desempeñado o desempeñe en el futuro. Sin embargo, en cuanto a la pretensión ligada a la bonificación por servicios prestados, se negará, entre otras razones, debido a que el Gobierno Nacional en ese específico caso tiene una mayor discrecionalidad en la regulación por tratarse de una prestación ocasional. La tesis que se pretende desatar, se afina en la naturaleza de un ordenamiento jurídico cuyo vértice normativo o norma fundamental es la Constitución de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización. No se puede pasar por alto que, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Colombiana no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza directiva implica la subordinación legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el sometimiento al Bloque de Constitucionalidad. Adicionalmente, para sustentar esta providencia se tuvo en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, han expuesto los Tribunales Administrativos de Caldas y Cundinamarca y algunos Jueces Administrativos del país, acogiendo así el precedente vertical¹ y horizontal²”, en consecuencia, accedió a la inaplicación de la

expresión “únicamente” del artículo 1° del Decreto 383 de 2013, a la declaración de los actos acusados, al reconocimiento de la bonificación reclamada como factor salarial para las prestaciones sociales devengadas por la demandante (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses) y su consecuente reliquidación, y negó las pretensiones relacionadas con el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios, como factor salarial y el pago de la sanción moratoria en lo que a cesantías, se refiere.

6. RECURSOS DE ALZADA

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada, mediante escrito que presentó el 25 de octubre de 2021. En esta ocasión, la demandada resalto que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f) la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

Haciendo uso de la apelación adhesiva al recurso interpuesto por la parte demandada, conforme lo permite el artículo 322 del CGP, la parte demandante allego escrito el 30 de enero de 2023, en resumen manifestó su desacuerdo con la decisión del Juez primario de desconocer el carácter de factor salarial de la bonificación frente a las prestaciones sociales “prima de servicios”, “prima de productividad” y “bonificación por servicios prestados” y su reconocimiento al respecto de las otras prestaciones sociales que devenga el demandante. A su juicio consideró que la clase obrera en la que se enlistan los funcionarios públicos, vienen afrontando toda clase de desventajas laborales que han superado, lucha tras lucha, solicitando la protección de principios laborales constitucionales tales como el *in dubio pro operario*, *pro homine*, *condición mas beneficosa*, *irrenunciabilidad*, *primacía de la realidad sobre las formas* y, *principio de favorabilidad*, entre otros; una de estas luchas del sector publico -Rama Judicial- se dio en el año 2012, por la evidente y amplia brecha entre los sueldos de los Magistrados de las Altas Cortes al respecto de los demás empleados de la Rama Judicial, en atención a ello y para cerrar un poco esta brecha, con miras a estar mas cerca de la igualdad salarial, fue expedido el Decreto 383 y 382 de 2013 que creó la “bonificación judicial” una respuesta del Gobierno Nacional, a la tan solicitada nivelación salarial de los empleados públicos.

A pesar de que esta bonificación se viene pagando desde el mismo día en que entro en vigencia el Decreto 383 de 2013, no ha sido efectivizado completamente, pues según su articulado solo constituye factor salarial, para efectos del pago de los aportes de salud y pensión, pese a que cumple con los requisitos legales que lo estructuran como salario, que es un pago, periódico, habitual e ininterrumpido. Así lo reconoce el Juez Aquo, pero desconociendo la norma constitucional e internacional sobre la materia, limita su carácter de factor salarial a unas prestaciones y deja huérfanas frente a la prestaciones sociales “prima de servicios”, “prima de productividad” y “bonificación por servicios prestados”, desconociendo la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando establece “...que el listado de factores que comprenden el concepto de salario es una noción meramente ilustrativa y bajo ninguna circunstancia puede interpretarse como un criterio absoluto, pues salario constituye todo pago habitual y periódico que se genera como remuneración por la prestación personal de un servicio, de allí, que dentro de este trámite tenga un relevante protagonismo esta figura, a saber que conforme el caso en concreto la interpretación que se da con ocasión a la figura de ‘salario’, su características y su aplicabilidad en materia laboral, ha hecho que a lo largo de este tramite se hayan generado posturas disimiles para su aplicación conforme lo reglado en el Decreto 383 de 2013”.

Dijo además, que la base genérica para el calculo actuarial es el mismo salario, de cuyas prestaciones sociales se duplican por influencia misma del Decreto 383 de 2013, que en ultimas logra la nivelación salarial, objetivo principal de la lucha acaecida en el año 2012 y de la cual nace la iniciativa del Gobierno de emitir el Decreto en mención, y si no es afectando también las prestaciones sociales, donde queda la nivelación salarial deprecada, dicho esto, es la razón de la equivocada tesis del Juez Aquo, al desconocer la condición de salario del Decreto frente a las prestaciones sociales que dejó por fuera de considerarlas salario.

En conclusión, solicitó la modificación de la sentencia primaria y por el contrario el reconocimiento del carácter de factor salarial, para todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho el demandante y no solo para algunas.

7. ALEGATOS

Aprovechando la oportunidad la parte demandante presentó alegatos de segunda instancia, en los cuales vuelve y menciona la calidad de salario que tiene la bonificación judicial creada mediante el Decreto 383 de 2013 y obviamente su carácter de factor salarial, que recae indistintamente en todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho el demandante, sin aportar nada nuevo.

8. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a este Conjuez le correspondió por sorteo de conjueces celebrado el pasado 6 de octubre de 2022.

Cabe precisar que esta decisión de segunda instancia se circunscribe única y exclusivamente a los puntos materia de apelación, según tesis dispuesta en el artículo 328 del CGP y apoyada por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹:

“(...). El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del CGP. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: -tantum devolutum quantum appellatum-. La sentencia de primera instancia solo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos demandados.”

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjueces, realiza en este momento una revisión de las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

c. CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Conjuez Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Bogotá DC, 6 de abril de 2022, radicado 76001233300020180041401(0470-2020), Demandante María Elide Acosta Henao, Demandada la Nación-Fiscalía General de la Nación.

- a) Derecho de petición, radicado el 10 de febrero de 2016 (fl. 17-23 C.1).
- b) Resolución n° DESAJMZR16-265 de 24 de febrero de 2016 “*por medio del cual se resuelve un derecho de petición*” y su constancia de notificación (fl. 24-25 C.1)².
- c) Recurso de apelación, radicado el 7 de marzo de 2016 (fl. 26-28).
- d) Resolución DESAJMZR16-604 de 5 de abril de 2016 “*por medio de la cual se concede un recurso de apelación*” y su constancia de notificación³ (fl. 29-30).
- e) Resolución n° 5408 de 16 de agosto de 2017 “*por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación*” y su constancia de notificación⁴ (fl. 31-36).
- f) Constancia laboral n° 0200 de 8 de febrero de 2016, de tiempos de servicio y emolumentos cancelados al demandante Javier Alfonso Cardona Murillo (fl. 37-39 C.1).
- g) Acta de acuerdo entre el Gobierno Nacional y los representantes de los Empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación del mes de noviembre de 2012 (fl. 40-41).
- h) Solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación (fl. 42-48).
- i) Resolución n° 094 de 1 de febrero de 2018 “*por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación*” (fl. 50-51).
- j) Reclamación administrativa (fl. 95-102).

d. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, dos aspectos importantes;

- I. si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme

² Notificada el 3 de marzo de 2016.

³ Notificada el 20 de abril de 2016.

⁴ Sin notificación.

el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.

- II. Si la condena en costas cumple con los parámetros legales y jurisprudenciales que regulan la materia.

e. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“Artículo 1°: *Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”* (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

“Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5°: *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”*

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) *El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*

b) (...)”.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

- 1) Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*

- 5) Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).
- 6) Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).

PARÁGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

ARTÍCULO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3o. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

ARTÍCULO 4o. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1o de enero de 2013.” (Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.”

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: "los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna", cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental."

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del

derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución

colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(…)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"(art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos”.

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo, los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo⁵.

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no*

⁵ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

*sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones... ”.*⁶

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁷

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho... ”.

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

⁶ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁷ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁸."

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

"...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos." (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53)."

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de "duda", ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de "interpretaciones concurrentes", allí se dijo:

"La Corte considera en primer lugar que, la llamada "duda", debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

⁸ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que

sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁹:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”

Finalmente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o

⁹ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

servicio prestados¹⁰, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"¹¹.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los

¹⁰ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,¹² en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquellas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹³.

9. CONCLUSIÓN

Para la Sala de Conjuces, es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica y habitual, toda vez que se ha

¹² Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

¹³ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

venido cancelando al demandante **ANTONIO JOSE VILLEGAS CARMONA** mes a mes, ininterrumpidamente, desde la misma fecha en que el decreto 383 de 2013, inicio su vigencia¹⁴, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, frente a todas las prestaciones sociales, no solo para salud y pensión -como lo dispuso el Gobierno Nacional- y menos frente la vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses como lo apuntó el Juez Aquo, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras al señor **ANTONIO JOSE VILLEGAS CARMONA**, ocupé cualquiera de los cargos que ha ocupado en la Rama Judicial u otro incluido por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

Además de ordenar a la demanda la reliquidación de todas las prestaciones sociales -sin distinción alguna- a que ha tenido derecho el demandante **ANTONIO JOSE VILLEGAS CARMONA** desde la fecha misma en que entró en vigencia el Decreto 383 de 2013 (6 de enero de 2013) y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Además, deberá la demandada continuar con la liquidación de las prestaciones sociales, tomando esta bonificación como factor salarial y, después de la ejecutoria de esta sentencia, genere el demandante como contraprestación al desempeño del cargo de Citador Municipal¹⁵ o a otro que se encuentre contemplado en el decreto 383 de 2012.

a. CONDENA EN CONSTAS.

También; encuentra la Sala su desacuerdo en la condena en costas emitida en el fallo primario, -numeral 7º-, y de antemano de advierte que será revocada esta por completo, toda vez que esta sanción desconoce la tesis jurisprudencial que ha venido protegiendo el Consejo de Estado, cuando afirma que solo procede la condena en costas, cuando se vislumbra mala fe en las actuaciones de la parte vencida;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹⁶, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida

¹⁴ 6 de enero de 2013.

¹⁵ Ultimo cargo desempeñado conforme el hecho 2 de la demanda.

¹⁶ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹⁷

Corolario de lo anterior, según análisis del desarrollo del proceso, la parte vencida -demandada- atendió oportunamente a los llamados realizados por el Juez Aquo, al menos aquellos de carácter obligatorio, además en sus actuaciones no se vislumbra temeridad, mala fe y tampoco existen pruebas sobre la causación de aquellos, por ende, se itera el Despacho procederá a revocar la condena que, en materia de costas procesales, impuso el fallo primario.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, se revocará el numeral 7° y se confirmarán los demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

10. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1° y 4° de la sentencia de 13 de octubre de 2021, proferida por Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, que puso fin a la primera instancia de este proceso, los cuales quedaran así:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones “Ausencia de causa petendi”, “inexistencia del derecho reclamado”, “cobro de lo no debido” y “prescripción”.

CUARTO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda únicamente en lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de **TODAS** las prestaciones sociales a que tiene derecho la parte demandante, teniendo como factor salarial la bonificación judicial de que tratan los Decretos 383 y 384 de 2013”.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 7° de la sentencia de 13 de octubre de 2021, proferida por Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, que puso fin a la primera instancia de este proceso, y en consecuencia **NO CONDENAR** en costas-agencias en derecho.

¹⁷ Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales *de la sentencia de 13 de octubre de 2021*, proferida por Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, que puso fin a la primera instancia de este proceso,

CUARTO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

QUINTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 10 de marzo de 2023.

Los Conjueces;



JOSE MAURICIO BALDION ALZATE

Ponente



JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA

Revisor



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ

Revisor

17001333300320190032102

Nulidad y restablecimiento del derecho

Angela Inés Castañeda Toro Vrs Fiscalía General de la Nación

Sentencia de segunda instancia n° 008

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

Tomas Felipe Mora Gómez

Conjuez Ponente

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 7 de febrero del año que avanza pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado n° **17001333300420160033203** en el que es demandante **ANGELA INES CASTAÑEDA TORO** contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ** y **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. **INAPLICAR** por inconstitucional la expresión contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 “*y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*”, subrogado por el Decreto 22 de 2014.

2. **DECLARAR** la nulidad del *oficio GSA-31100-0520 de 26 de febrero de 2018* y el *acto administrativo ficto presunto negativo*.
3. **RECONOCER** y pagar a favor de la demandante la bonificación judicial prevista en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional, desde el momento de su creación, con incidencia en la liquidación de la prima de servicios, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados, y demás prestaciones en virtud de la Ley (en su sentido material) correspondan a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación.
4. **RELIQUIDAR** y **PAGAR** la diferencia resultante de la liquidación de la prima de servicios, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados, y demás prestaciones en virtud de la Ley (en su sentido material) correspondan a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, generados desde la fecha de expedición del Decreto 383 de 2013.
5. **PAGAR** la sanción/indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías al fondo al que se encuentre afiliada la demandante.
6. **PAGAR** a título de daño emergente una suma equivalente al 25% del total de los valores reconocidos por concepto de honorarios profesionales al abogado por su gestión prejudicial.
7. **INDEXAR** los valores reconocidos en la forma prevista en el CPACA.

4. HECHOS

La demandante **ANGELA INES CASTAÑEDA TORO**, es funcionaria de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN** desde el 30 de octubre de 2009 a la fecha.

5. FALLO PRIMARIO

El 11 de septiembre de 2020, el Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones de los demandantes.

En resumen, accedió a la nulidad de los actos administrativos acusados y en consecuencia ordenó a la demandada **a)**. Declaró infundadas las excepciones

denominadas “Cumplimiento de un deber legal”, “cobro de lo no debido”, “Buena fe”, **b).** Declaró probada la excepción oficiosa de “prescripción” frente a los periodos anteriores al mes de mayo de 2013, **c).** Inaplicar la expresión contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 cuando dice “...únicamente...”, al referirse esta norma a la calidad de factor salarial que tiene la bonificación judicial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, **d).** Declaró la nulidad del Oficio GSA-31100-0520 de 26 de febrero de 2018 y el acto administrativo ficto presunto negativo, **e).** Reconocer a favor de la demandante la incidencia prestacional, producto del reconocimiento y pago de la bonificación judicial, en las demás prestaciones sociales a que hubiere lugar, la cual ostenta carácter de factor salarial a efecto de reliquidar y reconocer las diferencias que se hubieren causado en las prestaciones sociales, y la bonificación por servicios prestados, teniendo en cuenta la prescripción trienal, respecto de la liquidación de las prestaciones sociales anteriores al mes de mayo de 2013, **e).** Condenó en costas -agencias en derecho- a la demandada, en la suma de \$156.900.00.

Como argumento a estas decisiones, consideró que la bonificación judicial de que trata el Decreto 383 de 2013, contiene todos los aspectos jurídicos y cumple con los requisitos de ley para ser considerada factor salarial.

6. RECURSO DE ALZADA

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 22 de septiembre de 2020. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjuces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a este Conjuez le correspondió por sorteo de conjuces celebrado el pasado 30 de junio de 2022.

Cabe precisar que esta decisión de segunda instancia se circunscribe única y exclusivamente a los puntos materia de apelación, según tesis dispuesta en el artículo 328 del CGP y apoyada por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹:

“(...). El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del CGP. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: -tantum devolutum quantum appellatum-. La sentencia de primera instancia solo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos demandados.”

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjuces, realiza en este momento una revisión de las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

c. CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

- Resolución n° 972-18 de 3 de septiembre de 2018 “por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación prejudicial” (fl. 21 y vto).
- Derecho de petición *-radicado el 2 mayo de 2018-* (fl. 22-30).
- Oficio GSA-31100-0520 de 28 de febrero de 2018 “por medio del cual se resuelve una petición” (fl. 32-33).
- Recurso de apelación (fl. 35-37).
- Resolución n° 057 de 16 de marzo de 2018 “*por medio de la cual se concede un recurso de apelación*” y su constancia de notificación (fl. 38-40).
- Contrato de prestación de servicios profesionales/legales (fl. 48).

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Conjuez Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Bogotá DC, 6 de abril de 2022, radicado 76001233300020180041401(0470-2020), Demandante María Elide Acosta Henao, Demandada la Nación-Fiscalía General de la Nación.

d. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, dos aspectos importantes;

- I. si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.
- II. Si la condena en costas cumple con los parámetros legales y jurisprudenciales que regulan la materia.
- III. Si se configura el fenómeno de la prescripción sobre el periodo reclamado por la demandante, en todo o en parte.

e. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

Artículo 1°: Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

“Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5°: El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.
- b) (...)”.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

- 1) *Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) *Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) *Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) *Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) *Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) *Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

PARÁGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

ARTÍCULO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de

1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3o. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

ARTÍCULO 4o. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1o de enero de 2013.” (Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.”

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: "los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna", cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental.”

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es,

porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(…)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”(art. 93), y “Los convenios

internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

"Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

"Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos".

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo, los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo².

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en

² Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”*.³

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁴

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales

³ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁴ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁵.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

"...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos." (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53)."

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de

⁵ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de “duda”, ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

“La Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de

un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁶:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma

⁶ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador."

Finalmente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁷, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁸.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

⁷ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir;⁹ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹⁰.

8. CONCLUSIÓN

Para la Sala de Conjuces, es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 382 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo *-relativo a la protección del salario-*, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando a la demandante **ANGELA INES CASTAÑEDA TORO**, mes a mes, ininterrumpidamente, desde la misma fecha en que el decreto 383 de 2013, inicio su vigencia¹¹, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras los demandantes, ocupen un cargo en la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** siempre que este incluido en el Decreto 382 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

Además de ordenar a la demanda la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que han tenido derecho de la demandante **ANGELA INES CASTAÑEDA TORO** desde la fecha misma en que entró en vigencia el Decreto 383 de 2013 (6 de enero de 2013)¹² y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que dejen de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Además, deberá la demandada continuar con la liquidación de las prestaciones sociales, tomando esta bonificación como factor salarial y, después de la ejecutoria de esta sentencia, generen los demandantes como contraprestación al desempeño de sus cargos desempeñados en la entidad demandada o a otro que se encuentre contemplado en el decreto 382 de 2012.

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹¹ 6 de enero de 2013.

¹² Siempre que los periodos no hayan sido afectados por el fenómeno prescriptivo.

II. PRESCRIPCIÓN.

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”

Claramente, no basta con el solo paso del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo.

Así las cosas, el derecho se hizo exigible desde la misma entrada en vigencia del Decreto 382 de 2013 -6 de enero de 2013-, de ahí que sea desde esta fecha, que se podía reclamar su reconocimiento como factor salarial, la demandante inicio la reclamación administrativa el 2 de mayo de 2018 y aplicando las regla dispuesta en la norma citada, el periodo cubierto va hasta el 2 de mayo de 2015, y fue afectado por el fenómeno prescriptivo el periodo comprendido entre el 6 de enero de 2013 y el 1 de mayo de 2015, como bien lo apuntó el Juez Aquo.

III. CONDENA EN CONSTAS.

La Sala discrepa de la condena en costas proferida por el Aquo, en contra de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, por lo que de entrada se advierte que se revocará por completo, toda vez que esta sanción desconoce la tesis jurisprudencial que ha venido protegiendo el Consejo de Estado, cuando afirma que solo procede la condena en costas, cuando se vislumbra mala fe en las actuaciones de la parte vencida;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹³, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹⁴

Corolario de lo anterior, según análisis del desarrollo del proceso, la parte vencida -demandada- atendió oportunamente a los llamados realizados por el Juez

¹³ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹⁴ Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

Aquo, al menos aquellos de carácter obligatorio, además en sus actuaciones no se vislumbra temeridad, mala fe y tampoco existen pruebas sobre la causación de aquellos, por ende, se itera el Despacho procederá a revocar la condena que, en materia de costas procesales y por la suma de \$156.900.00, impuso el fallo primario.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, se revocará el numeral 6° y se confirmarán los demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjueces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

9. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales *1°, 2°, 3°, 4°, 5ª, 7, 8° y 9° de la sentencia n° 211 de 11 de septiembre de 2020*, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que puso fin a la primera instancia de este proceso.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **SEXTO** *sentencia n° 211 de 11 de septiembre de 2020*, y en consecuencia **NO CONDENAR** en costas-agencias en derecho.

TERCERO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

CUARTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

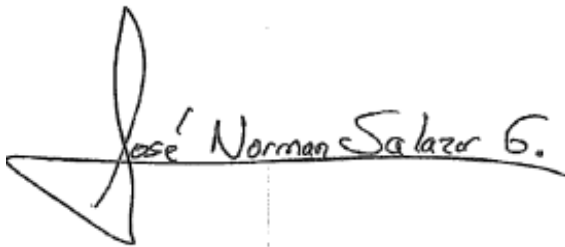
Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 10 de marzo de 2023.

Los Conjueces;



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ

Ponente



JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Revisor



JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Revisor

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a light gray background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Presidente

17001233300020190047000

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Gloria Luz Ramón López Vrs Fiscalía General de la Nación

Auto de Sustanciación n° 031

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', written over a light gray background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

1700123330002020026500

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Julián Andrés Vargas Mascarín y otro Vrs DESAJ

Auto de Sustanciación n° 051

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', written over a light blue background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', written over a light blue background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

17001233300020210014700

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Kevin Alejandro Rojas Echeverry Vrs DESAJ

Auto de Sustanciación n° 028

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, ocho (08) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía'.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

17001233300020210023200

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Alba Marina Delgado Cáceres Vrs Fiscalía General de la Nación

Auto de Sustanciación n° 047

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, ocho (08) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a horizontal line. Below the signature, the name 'PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA' is printed in a sans-serif font.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a rectangular stamp.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Presidente

17001233300020220004600

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Jairo Iván Giraldo Ramírez Vrs Fiscalía General de la Nación

Auto de Sustanciación n° 057

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a rectangular stamp that contains the same name in capital letters.

Presidente

17001233300020220015200

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Sthefania Toro Rendon y otro Vrs DESAJ

Auto de Sustanciación n° 056

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

The image shows a handwritten signature in black ink, which appears to be 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía'. Below the signature, the name 'PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA' is printed in a bold, sans-serif font.

Presidente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a rectangular stamp.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', written over a light gray background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, nueve(09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a light gray rectangular background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

17001333300220170043202

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Bertha Irlanda Flórez Marín y otro Vrs Fiscalía General de la Nación

Auto de Sustanciación n° 057

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a rectangular stamp. The stamp contains the text 'PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA' in a bold, sans-serif font.

Presidente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', written over a light gray background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', written over a light gray background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a rectangular stamp.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Presidente

17001333300320180045003

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Beatriz Elena Misas Mariño Vrs DESAJ

Auto de Sustanciación n° 026

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a rectangular stamp that contains the same name in capital letters.

Presidente

17001333300420190012503

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Claudia Yaneth Patiño Albino Vrs DESAJ

Auto de Sustanciación n° 034

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve(09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a rectangular stamp that contains the same name in capital letters.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

17001333300420190046402

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Ayda Constanza Guzmán Cardozo Vrs Fiscalía General de la Nación

Auto de Sustanciación n° 027

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', written over a light gray rectangular background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', written over a light gray background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

17001333900520180058103

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Joel Alberto Quintero Ramírez y otro Vrs DESAJ

Auto de Sustanciación n° 052
Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

The image shows a handwritten signature in black ink, which appears to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía'. Below the signature, the name 'PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA' is printed in a bold, sans-serif font.

Presidente

17001333900620160017405

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Edna Lucena Ruiz García Vrs Fiscalía General de la Nación

Auto de Sustanciación n° 030

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve(09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

The image shows a handwritten signature in black ink, which appears to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía'. Below the signature, the name 'PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA' is printed in a bold, sans-serif font.

Presidente

17001333900620180007603

Nulidad y restablecimiento del derecho.

María del Carmen Suarez Monroy Vrs DESAJ

Auto de Sustanciación n° 043

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a rectangular stamp. The stamp contains the text 'PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA' in a bold, sans-serif font.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

Una firma manuscrita en tinta negra, que parece ser la de Publio Martín Andrés Patiño Mejía, sobre un fondo blanco con una ligera sombra de agua.

Presidente

17001333900620180039003

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Oscar Mauricio Trujillo Narváez Vrs DESAJ

Auto de Sustanciación n° 035

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', written over a light gray background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

17001333900620180059403

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Claudia Marcela Arias Escobar Vrs DESAJ

Auto de Sustanciación n° 046

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', written over a light gray background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a rectangular stamp.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Presidente

17001333900720190011103

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Albeiro Antonio Mejía Cruz Vrs Fiscalía General de la Nación

Auto de Sustanciación n° 044

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A stylized, cursive handwritten signature in black ink, which appears to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía'.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

17001333900820180000604

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Santiago Bocanegra Cáceres Vrs Fiscalía General de la Nación

Auto de Sustanciación n° 041

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', written over a light gray rectangular background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Presidente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a rectangular stamp. The stamp contains the text 'PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA' in a bold, sans-serif font.

Presidente

17001333300220180021303

Nulidad y restablecimiento del derecho.

José Arley Arias Murillo y otro Vrs DESAJ

Auto de Sustanciación n° 053

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve(09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a rectangular stamp that contains the same name in capital letters.

Presidente

17001333900620180058403

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Mario Fernando Noreña Chica y otro Vrs DESAJ

Auto de Sustanciación n° 054

Fija fecha sorteo de Conjueces

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Presidencia-

Manizales, nueve (09) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Toda vez que el Consejo de Estado, aceptó el impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal y ordenó pasar su conocimiento a la Sala de Conjueces, se fija fecha para la realización de **SORTEO DE CONJUECES** el cual se programa para el próximo **MIÉRCOLES QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL VEINTITRES (2023)**, a las **ONCE Y TREINTA DE LA MAÑANA (11:30 a.m)**, a través de la plataforma teams.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a rectangular stamp that contains the same name in capital letters.

Presidente

CONSTANCIA SECRETARIAL: Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de admitir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

Marzo 10 de 2023.

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS
Secretaria

Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Radicación: 17001-33-39-007-2017-00498-02
Demandante: EDWIN OLIDEN - GIRALDO VALENCIA y OTROS
Demandado: DEPARTAMENTO DE CALDAS



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

A.S. 050

De conformidad con lo estipulado en los numerales 3, 4 del artículo 247 del CPACA, (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 19 de diciembre de 2022 (Archivo PDF 13 Expediente digital), al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el recurso se recibió vía correo electrónico el 24 de enero de 2023 (Archivo 16 ED) es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia (11-01-2023).

Vencido el término de ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, pasa el expediente a despacho para dictar sentencia, numeral 5 del artículo 247 del CPACA

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA y numeral 6º del art.247 CPACA.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 43

FECHA: 13/03/2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, diez (10) de marzo dos mil veintitrés (2023).

A.S. 49

Asunto: Requerimiento
Medio de control: Popular (Protección de los derechos e intereses Colectivos)
Radicado: 170012333000201700865-00
Demandante: Javier Elías Arias Idárraga
Demandados: Municipio de Chinchiná

Asunto

En atención a lo ordenado en la sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento proferida el 24 de septiembre de 2018, en la cual se dispuso:

PRIMERO: APROBAR el pacto de cumplimiento suscrito por las partes en la audiencia especial celebrada el día seis (06) de julio de dos mil dieciocho (2018), dentro del trámite de la acción popular promovida por JAVIER LEÍAS ARIAS IDARRAGA en contra del MUNICIPIO DE SAN(sic) CHINCHINÁ y CORPOCALDAS.

- 1. Continuar con la ejecución de las actividades de protección y mantenimiento que ha venido desarrollando en las microcuencas y zonas de interés para el abastecimiento de los acueductos. 2. Allegar escrituras públicas de los predios cuyos trámites ya está en ejecución de la microcuenca y que ya fueron avalados por Corpocaldas. 3. Apropiar en cada vigencia fiscal a partir del año 2019, los recursos en por lo menos el porcentaje de ley, y aplicarlos en las actividades la recomienden la autoridad ambiental, e informar al Tribunal al cierre de cada vigencia fiscal dichas ejecuciones. Obligaciones de Corpocaldas, • Brindar la asesoría y acompañamiento técnico que el municipio de Chinchiná requiera para adelantar las actividades de mantenimiento de las zonas de interés para el abastecimiento de los acueductos. "*

SEGUNDO: NÓMBRASE un Comité de Verificación de Cumplimiento de la Sentencia que estará integrado, además de esta Corporación en cabeza del Magistrado Ponente de esta providencia, por un delegado de CORPOCALDAS, quien lo presidirá, convocará e informará; un Delegado del municipio de Chinchiná, y al Ministerio Público, el cual será convocado en enero de 2019, donde analizará todo lo relacionado con la ejecución de las actividades acordadas.

En este sentido, en aras de verificar el cumplimiento de la sentencia se ordenará al Municipio de Chinchiná y a la entidad Corpocaldas, para que

dentro del término de cinco (5) días, alleguen un informe al despacho que contenga las acciones realizadas y ejecutadas conforme a lo ordenado en la providencia.

En consecuencia, se

Resuelve

PRIMERO: REQUIÉRASE, al Municipio de Chinchiná y a la entidad Corpocaldas para que dentro el término de cinco (5) días informe al despacho las acciones ejecutadas en aras de dar cumplimiento a la sentencia aprobatoria pacto de cumplimiento dentro de proceso de la referencia.

SEGUNDO: Una vez allegada la documentación requerida, continúese con el trámite procesal pertinente.

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. FECHA: 13/03/2023