



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "F"

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Magistrado ponente: Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

REFERENCIAS:

Radicación:	11-001-33-31-010-2011-00158-01
Demandante:	LUZ MARIELA TAMAYO HERRERA
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y OTROS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Correspondió a la Subsección "F" de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en uso de sus facultades legales, el conocimiento para emitir sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso, tramitado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Procede entonces la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 5 de febrero de 2018, por el Juzgado Cincuenta y Seis (56) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES¹

La señora LUZ MARIELA TAMAYO HERRERA acudió a la Jurisdicción, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare:

- La nulidad total de las comunicaciones **No. i) 2010EE89325** del 1 de octubre, **ii) 2-2010-028966** del 4 de octubre, **iii) 10010-305828** del 12 de octubre y **iv) 000012949** del 22 de noviembre de 2010, expedidas por la Fiduprevisora S.A., el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de la Protección Social y el Instituto de Seguro Social, respectivamente, a través de las cuales se dio respuesta a las reclamaciones presentadas por el accionante.
- La nulidad parcial de la comunicación **No. 09-0010529** del 6 de noviembre de 2009 expedida por la extinta E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento.

¹ Folios 529 a 558 del cuaderno principal No. 1

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a las entidades accionadas cancelar a favor de la demandante lo siguiente:

- a) *El ajuste, reconocimiento y pago de la diferencia de la asignación básica por el año 2004, entre el valor que se debe reconocer de acuerdo con el artículo 39, numeral 2 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente (6.49%) I.P.C. y así sucesivamente para los años 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009 en concordancia con el Art. 40 de la Convención y el valor reconocido con base en la escala salarial ponderada fijada para los empleados públicos.*
- b) *La reliquidación y pago como consecuencia del anterior reconocimiento por primas de servicio, cesantía, intereses de cesantía, vacaciones, prima de vacaciones, reconocimiento del mayor número de días que le correspondían por vacaciones de acuerdo con la antigüedad, recargo nocturno, dominicales, festivos, prima técnica, prima de alimentación, prima de transporte, subsidio familiar.*
- c) *Pago de dotaciones que quedaron pendientes desde el 2003 y hasta el momento de su desvinculación 2008.*
- d) *Reintegro por descuentos efectuados sin fundamento legal por los diferentes conceptos.*
- e) *Reconocimiento de lo estipulado en el Art. 40 de la Convención-*
- f) *El pago de manera retroactiva de las cesantías e intereses que correspondan así: Del 1° de enero de 2002 al 25 de junio de 2003 a cargo del Instituto de Seguros Sociales. Del 26 de junio de 2003 al 1 de julio de 2008 a cargo de la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento hoy liquidada.*
- g) *Todos los demás factores salariales y prestacionales a que tenga derecho.*
- h) *El pago de la indemnización a que tenía derecho, liquidada conforme lo estipula la convención.*

De igual forma, requirió i) se reconozca el subsidio familiar que le fue suspendido, ii) se declare que desde el 26 de junio de 2003 la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de todos los beneficios convencionales referidos, iii) se disponga que el reconocimiento de derechos convencionales efectuado mediante Resolución No. 0116 del 28 de enero de 2005, *"sí hacía parte integral de su salario y por ende afecta absolutamente todos los factores salariales y prestacionales de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo vigente"*, iv) que sobre las diferencias que se otorguen en el presente asunto, se efectúen los ajustes de valor correspondientes de conformidad con el IPC, v) se reconozcan los intereses moratorios que prevé el inciso final del artículo 177 del CCA, vi) se cancele la indemnización por mora que señala el artículo 65 del C.S. del Trabajo, el Decreto 797 de 1949 y el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, vii) se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del CCA y viii) se condene en costas y agencias en derecho a las accionadas.

1.2. HECHOS Y OMISIONES.

Los hechos en que se apoyan las anteriores declaraciones y condenas se resumen de la siguiente manera:

- La señora LUZ MARIELA TAMAYO HERRERA acreditó los siguientes tiempos de servicios en el Instituto de Seguro Social:
 - i) Desde el 16 de enero de 1985 *"en la modalidad de supernumeraria en forma ininterrumpida por espacio de 6 meses y 24 días"*.
 - ii) Del 26 de julio de 1990 al 25 de junio de 2003, *"mediante contrato a término indefinido como Auxiliar de Servicios Asistenciales"*, en calidad Trabajadora Oficial.

- Desde el 26 de junio de 2003 y hasta el 8 de noviembre de 2009, la accionante estuvo incorporada a la planta de personal de la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento como empleada pública, por lo cual considera que se hallaba cobijada por la Convención Colectiva del Trabajo suscrita entre el ISS y Sintra Seguridad Social en el año 2001.
- Previo a su retiro definitivo del servicio, la señora Tamayo Herrera fue retirada del cargo en la ESE en dos oportunidades, a saber: i) el **12 de mayo de 2008** pero fue reintegrada mediante la Resolución No. 3440 del 21 de julio de 2008, en virtud de lo ordenado en una acción de tutela, y ii) el **3 de septiembre de 2008**, por lo que *"procedió a iniciar otra tutela la cual protegió sus derechos y fue así como logro un segundo reintegro como consta en la Resolución No. 5862 de junio 25 de 2009 logrando de esta manera permanecer en la entidad hasta el día 8 de noviembre de 2009"*.
- Las prestaciones sociales de la accionante fueron liquidadas a través de la Resolución No. 5476 del 13 de febrero de 2009 y la comunicación No. 09-0010529 del mismo año. Sin embargo, la entidad no reconoció los derechos convencionales que le asisten, así como tampoco incluyó la base de liquidación correspondiente y el subsidio familiar.
- El Instituto de Seguros Sociales y la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no le han reconocido a la demandante la retroactividad de las cesantías por los periodos comprendidos entre el 1° de enero de 2002 y el 25 de junio de 2003, así como entre el 26 de junio de 2003 y el 8 de noviembre de 2008, respectivamente.
- La accionante presentó diversas peticiones solicitando el reconocimiento y pago de los beneficios colectivos, requerimiento que fue negado por las entidades mediante las comunicaciones acusadas.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

Constitucionales: artículos 25, 53, 58 y 243.

Legales: Decreto 2067 de 1991, artículos 231 y el Código Sustantivo del Trabajo, artículos 21, 22 y 479.

Sostuvo que con la expedición de los actos administrativos acusados, las entidades accionadas desconocieron los derechos laborales que le asisten a la demandante, vulneraron los principios de igualdad y favorabilidad, y omitieron el hecho de que pese a la sustitución patronal, la convención se impone al segundo empleador y aplica *"a todos los trabajadores escindidos sin importar el cambio que habían sufrido en su régimen laboral al pasar de trabajadores oficiales a empleados públicos"*.

Alegó que la E.S.E Luis Carlos Sarmiento estableció, sin fundamento alguno y en contravía del precedente jurisprudencial fijado en diferentes sentencias proferidas por la H. Corte Constitucional, que la convención colectiva tuvo vigencia solo hasta el 31 de octubre de 2004 y

que no tenía incidencia salarial, *“desmejorando de esta manera en forma sustancial e importante su base de liquidación salarial, prestacional, pensional, indemnizatoria, etc.”*.

Insistió en que los derechos convencionales de los trabajadores del ISS que fueron incorporados a las ESE en forma automática y sin solución de continuidad se encuentran vigentes por tratarse de derechos adquiridos, por lo que correspondía a la extinta ESE Luis Carlos Galán Sarmiento y al Instituto de Seguros Sociales garantizar el cumplimiento de la convención, y en ese sentido, debe accederse a lo pretendido.

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.4.1. Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES²

El apoderado de COLPENSIONES manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda argumentando que dicha entidad no se encuentra legitimada para reconocer y pagar las prestaciones reclamadas por la señora TAMAYO HERRERA, toda vez que *“el objeto de Colpensiones es la administración del Régimen de Prima Media con prestación definida, situación equívoca a las peticiones incoadas en la demanda”*.

Resaltó que en el evento de una condena, la entidad llamada a responder es la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parañiscales de la Protección Social – UGPP *“por tratarse de un tema de ISS Patrono”*. Al respecto, citó lo dispuesto en los decretos 2011 de 2012 y 1388 de 2013.

Finalmente, propuso como excepciones las siguientes: i) falta de legitimación en la causa por pasiva, ii) cobro de lo no debido, iii) prescripción, iv) buena fe y v) genérica o innominada.

1.4.2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público³

El apoderado señaló que no existió vínculo jurídico, legal, reglamentario, contractual o laboral alguno entre la accionante y dicha cartera ministerial, de manera que la entidad no ha vulnerado las disposiciones citadas en la demanda, ni se encuentra legitimada para responder frente a las pretensiones incoadas, teniendo en cuenta además que no expidió las comunicaciones impugnadas.

Explicó que conforme a lo dispuesto en el Decreto 4171 de 2009, la obligación del ministerio se limita a girar a la Fiduprevisora S.A las provisiones incluidas en el contrato formalizado y remitir los recursos *“por normalización pensional”* a la entidad que será la obligada frente a los beneficiarios para realizar el pago correspondiente, sin que esto constituya una razón suficiente para justificar su vinculación en el presente asunto pues es claro que, contrario a lo interpretado por la parte accionante, no asumió el pago de las obligaciones laborales a cargo de la ESE.

² Folios 622 a 627 del cuaderno principal No.2

³ Folios 638 a 658 del cuaderno principal No.2

Indicó que *“la entidad llamada a responder por la eventual responsabilidad que surja en la presente acción es la ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO en liquidación, representada por su liquidador, o ante su desaparición total, por parte de la Fiduciaria encargada de administrar el P.A.R.”*

Agregó que los empleados públicos no son beneficiarios de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social dado que esta solo aplica a los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del ISS. Al respecto, sostuvo que no existe disposición legal que soporte la aplicación de dicha convención a favor de empleados de otras empresas como son los vinculados a las ESE, teniendo en cuenta además que a la fecha de su suscripción (31 de octubre de 2001), la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no había nacido a la vida jurídica.

Alegó que *“el régimen prestacional de los servidores de las E.S.E.'s que surgieron de la escisión de la Vicepresidencia de Servicios de Salud del Seguro Social es de los empleados públicos de la rama ejecutiva del nivel nacional de conformidad con el artículo 18 del decreto 1750 de 2003”*, es decir, anualizado según lo dispuesto en el Decreto 3118 de 1968, razón por la cual no tiene fundamento alguno la pretensión de reconocimiento y pago de cesantías retroactivas.

Propuso como excepciones las que denominó de la siguiente manera: i) inepta demanda por inexistencia del acto administrativo, ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, iii) inviabilidad de reconocer efectos a la convención colectiva del ISS a empleados públicos de otra entidad, iv) prescripción, v) inexistencia de solidaridad o de vínculo entre la ESE y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, vi) excepción de cobro de lo no debido, vii) cumplimiento de las obligaciones de la Nación – Ministerio de Hacienda, viii) inexistencia de relación jurídica sustancial, ix) las pretensiones reclamadas no son responsabilidad del ministerio, x) régimen de cesantía de los servidores de la ESE era anualizado, y xi) excepción genérica.

1.4.3. Nación – Ministerio de Salud y Protección Social⁴

Insistió en que el ministerio no fue *“suscriptor ni parte dentro de los acuerdos convencionales”* y en el hecho que la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento no se encontraba bajo su subordinación, teniendo en cuenta el carácter especial que ostentaba en virtud del Decreto 1750 de 2003. Además, resaltó que no fue empleador de la accionante ni participó directa o indirectamente de la expedición de los actos acusados, por lo que no es la entidad llamada a responder por las pretensiones incoadas.

Alegó que el ministerio no es el sucesor procesal de la ESE mencionada pues *“no le fueron adjudicados los derechos litigiosos ni las eventuales obligaciones que puedan imponérsele en el proceso”*. Al respecto, resaltó que la entidad encargada es la Fiduprevisora S.A, teniendo en cuenta el contrato de Fidencia Mercantil No. 114 del 2008, a partir del cual se constituyó el patrimonio autónomo de remanentes.

⁴ Folios 671 a 693 del cuaderno principal No.2

Destacó que los empleados públicos que desde el 27 de junio de 2003 comenzaron a laborar en la planta de personal de las ESE, *"no son sujetos de negociación colectiva, ni pueden aspirar a ser beneficiarios de convenciones colectivas, situación que quedó restringida por ley, a los trabajadores oficiales"*. Además resaltó que el régimen de algunos de los empleados del ISS es el propio de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, lo que comportó la imposibilidad de negociar convenciones colectivas de trabajo.

Propuso como excepciones las siguientes: i) prescripción extintiva de la acción, ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, iii) inexistencia de la obligación, iv) inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico del ministerio para pagar prestaciones sociales convencionales, v) cobro de lo no debido, vi) inexistencia de la solidaridad entre las dos demandadas, vii) caducidad de la acción e viii) innominada.

1.4.4. Fiduciaria La Previsora S.A⁵

El apoderado de la Fiduprevisora resaltó que la representación judicial y el ejercicio del derecho de defensa de la extinta ESE Luis Carlos Galán Sarmiento corresponde expresamente a la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que dicha fiducia carece de capacidad y de la facultad contractual para comparecer en el proceso en nombre de la referida ESE.

Afirmó que ni el PAR ni la Fiduciaria asumen la calidad de vinculados o demandados en los procesos judiciales, por lo que es claro que se constituye la falta de legitimación en la causa por pasiva en el presente asunto. Además, señaló que conforme al contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pagos No. 114 de 2008, la Fiduprevisora S.A solo actúa como fiducia de administración de recursos y activos fideicomitidos.

Presentó como excepciones las siguientes: i) indebida representación del demandante o del demandado, ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, iii) imposibilidad jurídica y contractual, iv) inexistencia de la obligación, e v) innominada.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE IMPUGNACIÓN⁶

Mediante sentencia proferida el 5 de febrero de 2018, el Juzgado Cincuenta y Seis (56) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, dispuso negar las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

El *a quo* resaltó que el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social – SINTRASEGURIDAD SOCIAL suscribieron *"una convención colectiva de trabajo en donde se establece que serán beneficiarios de la misma los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales ISS, la cual tendrá una vigencia de tres años contados a partir del 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004"*.

⁵ Folios 918 a 924 del cuaderno principal No. 3

⁶ Folios 991 a 1003 del cuaderno principal No.3

Explicó que la escisión del ISS, adelantada mediante el Decreto Ley 1750 de 2003, dio lugar a la creación de siete Empresas Sociales del Estado, entre ellas, la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento y significó un cambio en la naturaleza de la vinculación de sus servidores (trabajador oficial a empleado público), modificación que implicó además *"la pérdida del derecho a presentar pliego de peticiones y a negociar convenciones colectivas de trabajo"*.

Señaló que conforme a lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en las sentencias C-314 y C-349 de 2004, los derechos convencionales adquiridos se mantuvieron solo hasta el 31 de octubre de 2004 y que posterior a dicha fecha, *"no le asistía ningún derecho convencional al personal trasladado del ISS a cada una de las ESE creadas, primero por su calidad de empleado público y segundo porque la convención perdería efectos al cesar el plazo inicialmente pactado"*.

En cuanto a las excepciones formuladas, desestimó la correspondiente a la falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por los ministerios accionados, explicando que al desaparecer jurídicamente la ESE, la entidad encargada de su representación es el Ministerio de la Protección Social, cartera a la cual se encontraba adscrita la extinta Empresa Social del Estado, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual se encuentra a cargo del giro de los respectivos valores. Sin embargo, resaltó que esta excepción sí se encuentra probada respecto de la Fiduprevisora S.A y COLPENSIONES.

Agregó que en el presente asunto no se configura la caducidad de la acción, en la medida que en el oficio acusado No. 10010-305828 del 12 de octubre de 2010, el Ministerio de la Protección Social negó a la demandante el reajuste del valor de las prestaciones sociales reconocidas y pagadas por la extinta E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, es decir, *"se pronunció sobre un asunto relativo al reconocimiento de prestaciones periódicas, y en consecuencia, la excepción no prospera"*.

Descendiendo al caso concreto, encontró probado que la demandante ingresó a laborar al servicio del ISS desde el **16 de julio de 1990** como auxiliar de servicios asistenciales y que tras la escisión de dicha entidad y la creación de la ESE (26 de junio de 2003) pasó a tener la calidad de empleada pública, situación que alteró sus condiciones laborales y régimen salarial, por lo que es claro que ya no se encuentra dentro de los beneficiarios de la convención colectiva pues esta solo es aplicable a los trabajadores oficiales.

Insistió en que con la expedición del Decreto 1750 de 2003, *"la actora perdió su derecho a invocar la prórroga automática de la convención, ya que a partir de la vigencia de esta norma su vinculación fue modificada"*, por lo que los beneficios laborales de la convención suscrita solo podían ser reconocidos durante el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2003 y el 31 de octubre de 2004. Al respecto, señaló que no es procedente ampliar la vigencia de la convención pues ello resultaría contrario al sentido de la Ley, razón por la cual consideró que no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados.

Finalmente, resolvió en los **numerales 1° y 2°** declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de las Fiduprevisora y COLPENSIONES, y no

probada en relación con los ministerios accionados, respectivamente; en el **numeral 3°** declarar no probada la excepción de caducidad y en los **numerales 4° y 5°** negar las pretensiones de la demanda y abstenerse de condenar en costas.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN⁷

El apoderado de la parte accionante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

"Quiero discutir ante el Superior, el derecho que le asiste a mi representada (...) a que se le reconozcan sus cesantías liquidadas de manera retroactiva.

(...).

A mi representada la cobija el principio de igualdad y de favorabilidad".

IV. ALEGATOS FINALES DE LAS PARTES

La **parte demandante**⁸ alegó de conclusión oportunamente, mediante escrito en el cual reiteró los hechos narrados y las pretensiones incoadas en la demanda, solicitando se ordene la corrección de la liquidación de las prestaciones sociales de la demandante.

Afirmó que la accionante tiene derecho a la liquidación retroactiva de las cesantías, teniendo en cuenta que no obra en el plenario prueba que acredite que de maneara expresa y voluntaria se acogió al régimen anualizado de cesantías. Además afirmó que en materia de reconocimiento de cesantías, el H. Consejo de Estado *"ha tenido una posición de respetar sin distinción de orden de vinculación el régimen que se encontraba vigente al momento del ingreso del trabajador"*, por lo que debe reconocérsele tal beneficio.

De otra parte, se encuentra que pese a que no fue controvertida la decisión de declarar su falta de legitimación en la causa por pasiva en el presente asunto, **COLPENSIONES**⁹ presentó un escrito de alegatos solicitando se confirme la decisión del *a quo* en la medida que no es la entidad responsable de atender las pretensiones reclamadas por la accionante.

Las demás entidades accionadas guardaron silencio y el Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

Conforme lo dispone el artículo 133, numeral 1 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con lo establecido en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil y siendo que la sentencia objeto del recurso de apelación fue proferida en primera instancia por el **Juzgado 56 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, esta Sala de Subsección del Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para decidir el asunto en segunda instancia.

⁷ Folio 1005 del cuaderno principal No.3

⁸ Folios 1014 a 1018 del cuaderno principal No.3

⁹ Folios 1020 y 1021 del cuaderno principal No.3

5.2 Sobre la competencia y los límites de la segunda instancia

Prevé el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión que autoriza el artículo 267 del Decreto 01 de 1984, que el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo desfavorable al apelante, **por lo que el superior, en principio, no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo.**

Así las cosas, comoquiera que en el presente caso corresponde a un apelante único, dado que sólo la señora LUZ MARIELA TAMAYO HERRERA presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que negó las súplicas de la demanda, la Sala procederá a pronunciarse frente a los estrictos términos planteados en la alzada, es decir, solo en lo que atañe a la procedencia o no del reconocimiento de las cesantías retroactivas reclamadas.

En tal virtud, nada se resolverá respecto de los argumentos planteados en el escrito de alegatos de conclusión frente liquidación de prestaciones sociales, teniendo en cuenta que su presentación en esa etapa procesal se entiende extemporánea.

5.3 Problema jurídico

Conforme a los planteamientos indicados en el recurso de apelación, se debe establecer si la señora LUZ MARIELA TAMAYO HERRERA, tenía derecho a la liquidación y pago de sus cesantías con la aplicación del régimen de retroactividad o si por el contrario, las cesantías debían ser liquidadas con el régimen anualizado.

Previo a resolver los problemas jurídicos, la Sala se referirá en primera medida a la caducidad y a la oportunidad para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no sin antes referirse a la competencia del juez para decretar excepciones de oficio.

5.4 ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1 De la competencia del juez para decretar excepciones de oficio

Sea lo primero señalar, que para determinar la competencia del juez para decretar excepciones de oficio es preciso acudir al art. 164 del CCA, norma que a su tenor indica:

Artículo 164. Excepciones de fondo. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos.

En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre **cualquiera otra que el fallador encuentre probada.**

Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión.

El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la "reformatio in pejus." (resaltado y negrita fuera de texto).

De conformidad con la norma anterior, es claro que **el operador judicial cuenta con la facultad legal de estudiar las excepciones que encuentre probadas**, por lo que previo a abordar el estudio del tema de apelación planteado lo procedente será analizar la excepción de caducidad de la acción ante su posible configuración, pese a que haya desestimada en la decisión de primera instancia.

5.4.2 La caducidad.

Sea lo primero señalar que la caducidad es entendida como el plazo establecido por la ley para el ejercicio de una acción o derecho; se trata de un fenómeno procesal preclusivo que se traduce en la obligación que tiene el interesado de ejercer oportunamente el derecho de acción. La caducidad permite determinar con claridad los límites para el ejercicio de un derecho y por tanto constituye una garantía para la efectividad de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general, en tanto establece con anticipación el momento en que fenece la oportunidad de acudir a la Jurisdicción en ejercicio del derecho de acción.

De esta suerte, el derecho al acceso a la administración de justicia no es absoluto, ya que puede ser condicionado legalmente a que la presentación de la demanda sea oportuna y las acciones se inicien dentro de los plazos que señala el legislador, pues la indeterminación y la incertidumbre chocan con los fines del derecho como herramienta para lograr la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones sociales. El término de caducidad, tiene entonces como uno de sus objetivos, racionalizar el ejercicio del derecho de acción, e impone al interesado el empleo oportuno de las acciones, so pena de que las situaciones adquieran la firmeza.

Bajo esta perspectiva, la H. Corte Constitucional se ha referido a la caducidad de la acción en los siguientes términos:

*"(...) el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se halla en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia."*¹⁰

De igual forma, el H. Consejo de Estado ha indicado:

"...diferente es la caducidad que afecta directamente el ejercicio de las acciones, y según la cual una vez obtenido el pronunciamiento de la administración, si este es desfavorable a las pretensiones, el interesado tiene la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa a demandarlo dentro del término señalado para cada acción".

(...)

"La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría

¹⁰ Sentencia C-832 de 8 de agosto de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general."¹¹. (Negritas fuera del texto)

Visto así, la existencia de un término de preclusión dentro del cual sea posible ejercer oportunamente el derecho de acción, es un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones, no solo entre los particulares sino entre estos y el Estado, habida cuenta que permite determinar, con exactitud, el momento en que se extingue el derecho de acción, y que trae como consecuencia la firmeza del acto.

En suma, la caducidad ha de ser entendida como el plazo perentorio y de orden público fijado por la ley, para el ejercicio de una acción o un derecho, que transcurre sin necesidad de alguna actividad por parte del juez o de las partes en un proceso jurídico..."¹²

Ahora bien, conviene recordar que los términos para presentar oportunamente las demandas ante el Contencioso Administrativo, han sido consagrados en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, norma que en relación al ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, previó las siguientes reglas:

- i.* Como **regla general**, cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda debe ser presentada 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 corresponda, so pena del suceso de la caducidad de la acción.
- ii.* A manera de **excepción**, cuando la demanda sea promovida contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas, o contra actos producto del silencio administrativo, puede presentarse en **cualquier tiempo**.

Siendo así, la Sala colige que la configuración del fenómeno jurídico procesal de la caducidad, en asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho, solo es predicable respecto de las demandas adelantadas contra actos administrativos expedidos de manera cierta y material por la administración, que no versen sobre el reconocimiento y pago de prestaciones periódicas, razón por la cual dicho concepto (el de "prestación periódica"), es un aspecto de mayor importancia para determinar la regla de oportunidad de presentación de la demanda aplicable a cada controversia.

Sobre el particular, los pronunciamientos de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado han sido pacíficos, en el sentido de señalar que por prestación periódica debe entenderse todo emolumento que una persona percibe de manera habitual, siempre y cuando la retribución se encuentre vigente, así:

"La Sección Segunda ha indicado los parámetros para identificar las prestaciones periódicas de la siguiente manera:

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro, sentencia del 23 de febrero de 2006, Radicación No: (6871-05), Actor: Marcos Melgarejo Padilla.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004

La posibilidad de demandar en cualquier tiempo, apunta a los actos que tienen el carácter de prestación periódica, es decir, aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe el beneficiario.

*En ese sentido, los actos que reconocen prestaciones periódicas, comprende no sólo decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino también envuelve los actos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente se sufragan al beneficiario, **siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente.**"¹³*

La "vigencia" del derecho que se persiga hace referencia a la hipotética situación de actualidad de la causación del mismo al momento de la presentación de la demanda, esto es, que la demanda sea presentada cuando la supuesta causación del derecho no se hubiere interrumpido, en consideración a las condiciones conforme a las cuales nace, permanece o se extingue jurídicamente.

Luego, la Sala concluye que siempre que a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se persiga el reconocimiento y pago, sea total o parcial, de cualquier emolumento que conforme a derecho una persona eventualmente deba percibir de manera habitual por razón de una situación jurídica que no se ha extinguido, es decir, que su contingente causación no ha cesado, la demanda podrá presentarse en cualquier tiempo. En contrario, las controversias en las cuales se persiga el reconocimiento y pago de emolumentos que pese a haber sido periódicos, perdieron su habitualidad y vigencia por sustracción de los hechos en que hipotéticamente se originaron, se encuentran sujetas al término de caducidad de cuatro (4) meses.

Sobre este tema, el órgano de cierre de esta jurisdicción indicó:

"No es de recibo la tesis planteada por el recurrente, según la cual el tema que aquí se discute corresponde a la reclamación de prestaciones periódicas, ya que tal calidad se predica tan sólo del derecho a la pensión de jubilación de las personas de la tercera edad como claramente lo tiene sentado esta Corporación en su jurisprudencia, como a continuación se precisa en uno de sus apartes¹⁴:

*"Si la interpretación sobre lo que debe entenderse por **prestación periódica** fuera el significado lingüístico de las palabras, sería elemental que el actor tendría razón.*

*No obstante, tal método, cuando la ley se encarga de poner ejemplos sobre los cuales son las prestaciones periódicas, no es eficaz y debe atenderse a la orientación que brinda aquella. En efecto, el artículo 131,6 letra b) del CCA, se refiere a las pensiones de jubilación y de invalidez como prestaciones periódicas, referencia que debe observarse para los efectos del inciso 3º del artículo 136 ibídem, pues la norma en últimas lo que da a entender es que tratándose de derechos que existen durante la vida del titular y después respecto de los beneficiarios llamados a sustituirse también en forma vitalicia (cónyuge, compañera o hijo inválidos), es lógico, justificable y razonable que **en cualquier tiempo** pueda discutirse tales prestaciones, para diferenciarlas de los demás derechos laborales que no son vitalicios y por consiguiente la definición de las controversias sobre los mismos, debe hacerse en los términos de la caducidad establecida para ellos, vale decir, a meses.*

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Auto de 3 de noviembre de 2016, Expediente núm. 25000-23-42-000-2013-06802-01(1021-14), C.P. Dr. César Palomino Cortés.

¹⁴ Véase la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", calendada 5 de septiembre de 2002, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, radicación interna No. 5018-2001 (Referencia del auto en cita).

Si tal no fuera el alcance de la norma, resultaría que como en el derecho laboral casi todos los derechos se causan por un determinado tiempo, habría que concluir en esa materia la indefinición de los conflictos sería la constante, porque no operaría la caducidad en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y tal interpretación sería absurda, a juicio de la Sala" (subraya fuera de texto).

Ahora bien, en punto de reclamación por salarios y demás prestaciones sociales derivadas de una relación laboral, que es la tesis planteada por el recurrente y, haciendo una interpretación extensiva de la línea jurisprudencial citada en precedencia, habrá de predicarse su periodicidad mientras subsista el vínculo laboral, ya que tal derecho (el de recibir salarios y prestaciones), contrario a la característica de la mesada pensional, no es vitalicio ni sustituible, sino finito e intuitu personae, al extinguirse por la desaparición del nexu laboral y sólo exigible por el sujeto que de manera directa hubiere prestado sus servicios en cumplimiento de las estipulaciones pactadas en el mismo; dicho en otras palabras, la periodicidad de las prestaciones reclamadas por la demandante ASTRID MAGNOLIA ZAPATA SALAZAR desapareció el mismo día en que ocurrió su desvinculación como empleada de la entidad demandada, por lo que, ante la afectación de sus derechos, ha debido impetrar la acción correspondiente dentro del término de caducidad previsto por el artículo 136 del Decreto 1 de 1984, vigente para la época de ocurrencia de los acontecimientos". (Negrilla y subrayado fuera del texto).

De conformidad con el criterio expuesto por el H. Consejo de Estado, una prestación es periódica cuando su causación corresponde con esa naturaleza (periodicidad) y sea vigente su reclamación, esto es, que no haya cesado su periodicidad, lo cual ocurre cuando termina la relación laboral o por pérdida del derecho a acceder a esta.

5.5. ANÁLISIS CRÍTICO DEL CASO EN CONCRETO.

Sea lo primero señalar que en las pretensiones de la demanda se pidió la nulidad parcial de la **comunicación No. 09-0010529 del 6 de noviembre de 2009¹⁵** expedida por la extinta E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento, y al analizar su contenido, en principio puede concluirse que se trata de un acto de trámite en tanto se limita a indicar que se "remitió a cada una de las EPS. Fondos, Caja de Compensación, ICBF y SENA los valores cancelados por cada servidor reintegrado por orden judicial, en forma discriminada por mes, días e IBC de cotización", con el fin de que se efectuara la respectiva modificación. Sin embargo, con dicho oficio se anexó el cruce de cuentas realizado a fin de establecer los mayores valores que debe devolver la accionante por concepto de las prestaciones sociales definitivas e indemnización que ya le habían sido liquidadas mediante acto administrativo anterior (Resolución No. 5476 de 2009), teniendo en cuenta que fue reintegrada al cargo a través de la Resolución No. 5862 del 25 de junio de 2009 hasta el retiro definitivo en el mes de noviembre del mismo año.

Por tanto, debe tenerse en cuenta que la Resolución No. 5476 del 13 de febrero de 2009¹⁶, por la cual se reconoció inicialmente una suma de dinero a la demandante por concepto de liquidación de prestaciones sociales definitivas e indemnización por su desvinculación laboral de la extinta ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, es un acto definitivo que estuvo sujeto a una modificación sustancial por la liquidación anexa a la **comunicación No. 09-0010529 del 6 de noviembre de 2009**, y por esta razón este último, puede ser considerado el acto administrativo que resolvió de

¹⁵ Folio 429 del cuaderno principal No.1

¹⁶ Folios 409 a 411 del cuaderno principal No.1

manera definitiva sobre la liquidación de las prestaciones y la indemnización de la señora TAMAYO HERRERA, y por tanto, sobre la pretensión en comento de la misma en la demanda. En este punto, precisa la Sala que en una controversia de similar contexto fáctico, esta Subsección, en relación con este tema determinó lo siguiente¹⁷:

"Expuesto lo anterior, si bien de la lectura del oficio No. 09-009413 del 6 de noviembre de 2009 se desprende que este corresponde a un acto de trámite en tanto dispone remitir unos documentos a la demandante, entre los cuales se encuentra el que tiene consignado el reajuste de la liquidación de sus prestaciones definitivas y la indemnización por supresión del cargo con ocasión de los nuevos tiempos de servicio prestados por el reintegro, debe considerarse que este puso fin a la actuación administrativa que resolvió sobre la liquidación de las prestaciones mencionadas, y que por tanto es el acto definitivo frente a la pretensión de reconocimiento de las prestaciones convencionales reclamadas, por las siguientes razones:

- *En el documento adjunto al oficio No. 09-009413 hubo una modificación sustancial de la liquidación efectuada en la Resolución No. 2936 de 2008, por cuanto en esa se incluyeron los tiempos de servicio laborados por la actora luego de su reintegro a la E.S.E. (13 de mayo de 2008 a 4 de noviembre de 2009).*

Por lo anterior, contrario a lo resuelto por el A quo, no puede entenderse que la Resolución No. 2936 de 2008 liquidó definitivamente las prestaciones y la indemnización de la demandante hasta el 12 de mayo de 2008, y que los oficios demandados, excepto el No. 09-009413 del 6 de noviembre de 2009, resolvieron lo mismo pero para el periodo comprendido entre el 13 de mayo de 2008 al 6 de noviembre de 2009, por cuanto el reajuste contenido en el oficio referido modificó en su totalidad la liquidación.

- *El reajuste contenido en el oficio No. 09-009413 del 6 de noviembre de 2009 resolvió de fondo sobre la liquidación definitiva de las prestaciones y la indemnización por supresión de cargo de la actora, pues determinó qué prestaciones había lugar a reconocer.*

En ese sentido, contiene una manifestación de la Administración que modifica lo resuelto por la Resolución No. 2936 de 2008, pues, valga la redundancia, modificó la situación jurídica particular de la demandante frente a lo determinado en principio por tal Resolución respecto de las prestaciones que había lugar a reconocer y a incluir en la liquidación definitiva, y de esta manera imposibilita la continuación de la actuación administrativa.

- *No se evidencia la existencia de otra resolución que expresamente modifique la No. 2936 de 2008 y que técnicamente pueda reputarse como acto definitivo.*

- *A partir de la comunicación del Oficio No. No. 09-009413 del 6 de noviembre de 2009 la actora conoce el reajuste efectuado a la liquidación de sus prestaciones e indemnización, y por tanto se establece su oportunidad para censurar la forma en que ello fue efectuado ante la Autoridad competente.*

Por lo anterior, el oficio No. 09-009413 del 6 de noviembre de 2009 es el acto definitivo que resolvió de fondo en sede administrativa sobre la pretensión de reconocimiento de las prestaciones convencionales reclamadas en la demanda, pues por lo expuesto, puso fin a la actuación administrativa adelantada frente a la liquidación definitiva de las prestaciones e indemnización por supresión del cargo de la actora".

De conformidad con el criterio de esta Subsección, se determina que la **comunicación No. 09-0010529 del 6 de noviembre de 2009**, es el acto administrativo que resolvió de manera definitiva sobre la liquidación de las prestaciones sociales e indemnización reconocida a la señora TAMAYO HERRERA, por lo que, una vez establecido lo anterior, pasa la Sala a pronunciarse respecto de la caducidad de la acción sobre este acto administrativo.

¹⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "F", Sentencia de 10 de febrero de 2017, expediente núm. 11001-33-31-017-2010-00421-02, M.P. Dra. Beatriz Helena Escobar Rojas.

Según lo manifestado en los hechos de la demanda, la accionante prestó sus servicios en la extinta ESE Luis Carlos Galán Sarmiento hasta el **08 de noviembre de 2009** (f. 534), en consecuencia, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada, está sometida al término de caducidad previsto en el numeral 2º del artículo 136 del CCA., es decir, cuatro (04) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según corresponda. Lo anterior en razón a que pese a tratarse de emolumentos periódicos de los cuales se pretende su reliquidación en aplicación de una convención colectiva, estos perdieron su habitualidad y vigencia con la terminación del vínculo laboral del demandante, vínculo en el cual hipotéticamente se originó el derecho reclamado, de suerte que la interposición de la demanda no podía ocurrir en cualquier tiempo.

Establecido lo anterior, encuentra la Sala que no obra en el expediente la constancia de notificación del acto administrativo cuya nulidad parcial se pretende, razón por la cual se entenderá que la señora TAMAYO HERRERA se notificó por conducta concluyente durante la primera quincena del mes de enero de 2010, toda vez que la parte accionante en los diferentes escritos anexados a la demanda aseguró:

La liquidación final por concepto de prestaciones sociales e indemnizaciones se reflejó en la comunicación No. 09-0010529 la cual contenía el cruce de cuentas que le efectuaron. Si bien es cierto la misma la calendaron el 6 de noviembre la recibió en los primeros días de enero de 2010 y no pudo hacer ninguna reclamación porque ya la ESE había desaparecido de la vida jurídica. (Negrilla fuera del texto).

Por tanto, al no revelar con exactitud la fecha en que tuvo conocimiento del contenido de la referida comunicación, se le tomará el 15 de enero de 2010, y en ese sentido, la oportunidad legal para presentar la respectiva demanda ante esta Jurisdicción fenecía el **15 de mayo de 2010**, a menos que hubiese presentado solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación dentro de este término, la cual se advierte fue radicada solo hasta el **16 de diciembre de 2010**, el acta fue expedida el **10 de marzo de 2011**¹⁸ y la demanda fue presentada el **14 de marzo de 2011**, es decir, por fuera del término legal previsto en el art. 136 del CCA, siendo evidente que al momento de la presentación de la demanda, se encontraba caducada la acción.

Una vez establecido lo anterior, debe tenerse en cuenta que en las pretensiones de la demanda se pidió además la nulidad de las comunicaciones No. i) 2010EE89325 del 1 de octubre, ii) 2-2010-028966 del 4 de octubre, iii) 10010-305828 del 12 de octubre y iv) 000012949 del 22 de noviembre de 2010, expedidas por la Fiduprevisora S.A., el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de la Protección Social y el Instituto de Seguro Social, respectivamente, a través de las cuales se le negó la solicitud de reconocimiento y pago de los beneficios convencionales estipulados en la convención colectiva de trabajo pactada entre el ISS y el SNTSS, así como el pago completo de sus prestaciones sociales.

¹⁸ Folio 528 del cuaderno principal No.1

Sobre estos actos acusados, debe aclarar la Sala que no pueden tenerse como definitivos, ya que es evidente que al pretenderse el reajuste de unas prestaciones de carácter unitario¹⁹ y no periódico, que revisten tal carácter al producirse la desvinculación del servicio, momento en el cual se hace reconocimiento de prestaciones definitivas, y en tal medida, las prestaciones o reconocimientos salariales que periódicamente se reconocían y pagaban, bien sea mensual, trimestral, semestral o anual, dejan de tener el carácter de periódicos, pues ya se expidió un acto de reconocimiento definitivo al momento de finiquitar la relación laboral. Así entonces, las peticiones que se presentaron en el mes de septiembre 2010 ante las entidades antes mencionadas y que dieron origen a tales actos administrativos, no revivieron los términos ya caducados.

De conformidad con lo anterior y siendo evidente que la demanda fue presentada cuando el término de caducidad de la acción había expirado, de este modo, se impone para esta Corporación revocar la providencia dictada por el *a quo* en cuanto negó las pretensiones de la demanda, para en su lugar, declarar la caducidad de la acción respecto de las pretensiones de reliquidación de salarios y emolumentos percibidos, con aplicación de la convención colectiva.

5.5.1 Del reconocimiento y pago de las cesantías – Régimen de cesantías de los trabajadores del Instituto de Seguro Social

Sea lo primero señalar, que respecto de la solicitud de reconocimiento y pago de cesantías de manera retroactiva presentada por la demandante, la Sala no observa configurado el fenómeno de caducidad de la acción frente a los actos acusados, esto es, 10010-305828 del 12 de octubre expedida por el Ministerio de Protección Social y 000012949 del 22 de noviembre de 2010 suscrita por el Instituto de Seguros Sociales, ya que estos actos fueron los definitivos que resolvieron sobre tal solicitud y fueron demandados dentro del término de caducidad. Se excluye de esto, a la comunicación No. 09-0010529 del 6 de noviembre de 2009, en la que no se resolvió nada sobre tal aspecto.

Así, observamos en primer lugar que mediante el Decreto 1651 de 1977, se dictaron normas de administración de personal en el Instituto de Seguros Sociales, y en su artículo 3 estableció 3 categorías de empleados a saber:

i) Empleados públicos de libre nombramiento y remoción, que serían aquellos que ocuparon los empleos de Director General del Instituto, el Secretario General, subdirectores y Gerentes Seccionales de la entidad. Tales empleados se sujetarán a las normas generales que rigen para los funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Se indicó que el ISS tendría, **ii) Funcionarios de seguridad social**, a cuya categoría de empleo pertenecían los cargos clasificados como asistenciales.

¹⁹ Se pretende el incremento de salarios, reajuste de primas, vacaciones, auxilios, dotaciones, bonificaciones, etc.

Según el artículo 2 del Decreto 1651 de 1997, se denominan genéricamente cargos asistenciales aquellos cuyas funciones están directamente relacionados con la prestación de los servicios propios de atención integral de la salud y cuyos titulares deben ser profesionales de la medicina y de la odontología, así como los atendidos por personas naturales que cumplen actividades dirigidas a coadyuvar y complementar los servicios de atención integral de la salud.

Y finalmente encontramos dentro del tipo de trabajadores a los iii) Trabajadores oficiales, quienes cumplirían actividades que serán de aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte.

De conformidad con los artículos 25 y 26 del Decreto 1653 de 1977, en caso de retiro de un **funcionario de seguridad social**, el Instituto le reconocería y pagaría un auxilio de cesantía equivalente a un mes de salario por cada año completo de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.

Esta liquidación tenía como base de determinación el último salario cuando éste no hubiese variado durante los tres meses anteriores a la fecha de retiro, o el promedio de lo percibido por concepto de salario durante el último año de servicio en los casos en que existió variación.

Ahora bien, en el año 1993, el Congreso de la República en uso de sus atribuciones constitucionales expidió la Ley 100 de 1993 *"por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones"*, en su artículo 275 señaló:

"El Instituto de Seguros Sociales es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el régimen de sus cargos será el contemplado en el Decreto-Ley 1651 de 1977 y podrá realizar los contratos de que trata el numeral 5o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993".

Por su parte, en el párrafo acusado del artículo 235 de la misma ley, se dispuso:

"Los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales mantendrán el carácter de empleados de la seguridad social".

En virtud de esta disposición y pese a la categoría de empresa industrial y comercial que ostentaba el Instituto de Seguros Sociales, la que fue adquirida mediante el Decreto 2148 de 1992, sus trabajadores siguieron teniendo el carácter de *"funcionarios de seguridad social"*, lo que de suyo les permitió gozar de un régimen prestacional especial, que entre otras cosas, prevé la liquidación de cesantías retroactivas, como antes se explicó.

Habrà de recordarse que de conformidad con el artículo 5 inciso 2 del Decreto-Ley 3135 de 1968 *"Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales"*. De este modo, si el instituto de Seguros Sociales tenía esta calidad, lógico era que todos sus servidores fueran trabajadores oficiales, sin embargo, como se vio, la Ley 100 de 1993, optó por mantener la categoría de funcionarios de seguridad social y con ello la posibilidad de seguir gozando del régimen establecido en los Decretos-Ley 1651 de 1977 y 1653 de 1977.

En este punto conviene precisar que la categoría de empleo, de *"funcionarios de seguridad social"*, prevista para los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales desapareció del ordenamiento jurídico el 30 de octubre de 1996, fecha en la cual la Corte Constitucional profirió la sentencia C-579. En esta sentencia el máximo organismo de lo constitucional señaló que los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales debían tener la calidad de trabajadores oficiales, misma asignada a los demás servidores de las empresas industriales y comerciales del estado, como es el caso del ISS, pero en todo caso, a estos trabajadores se les respetaron los derechos que habían adquirido cuando fungían como funcionarios de la seguridad social.

Señaló la H. Corte Constitucional:

"Con fundamento en las consideraciones precedentes, es evidente que al haberse transformado el Instituto de Seguros Sociales en una empresa industrial y comercial del Estado, sus trabajadores tienen por regla general la calidad de trabajadores oficiales, y excepcionalmente para quienes desempeñen cargos de dirección y confianza, se les otorga la condición de empleados públicos, de conformidad con sus estatutos, por lo que no es admisible una tercera modalidad de empleados, como la establecida en el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, pues al hacerlo quebranta el ordenamiento superior, salvo que la misma ley precise en forma taxativa los empleos que son susceptibles de ser desempeñados por funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se hizo en el Decreto 2148 de 1992, según el cual el Presidente, Secretario General y demás funcionarios que desempeñen cargos de dirección o confianza, ostentan la calidad de funcionarios públicos.

(...)

Por lo tanto se declarará la inexequibilidad del párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 y del inciso segundo del artículo 3o. del Decreto-ley 1651 de 1977 en el aparte mencionado, con la advertencia de que la sentencia solamente producirá efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria, respetando los derechos adquiridos (artículo 58 CP.) y las situaciones consumadas con anterioridad a la misma.

(...) Resalta la Sala.

Lo expuesto con anterioridad permite a la Sala concluir que los trabajadores del nivel asistencial del Instituto de Seguro Social, **vinculados hasta el 30 de noviembre de 1996**, fecha en la que la Corte Constitucional declaró inexecutable el párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 y el inciso segundo del Decreto Ley 1651 de 1977, en el aparte *"las demás personas naturales que desempeñen las funciones de que trata el artículo precedente se denominan funcionarios de la seguridad social"*, tuvieron la calidad de **"funcionarios de seguridad social"**, y a ellos, en respeto sus derechos adquiridos los cobija el régimen de cesantías retroactivas establecido en el Decreto 1653 de 1977, citado antes citado.

Ahora bien, el cambio de naturaleza jurídica del empleo de funcionarios de seguridad social a trabajadores oficiales, no fue el único que experimentaron los servidores del Instituto de Seguro Social, quienes en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1750 de 26 de junio de 2003, obtuvieron la calidad de empleados públicos.

En efecto, a través del Decreto 1750 de 26 de junio de 2003, se ordenó la escisión y fueron creadas siete (7) Empresas Sociales del Estado, como entidades descentralizadas del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al

Ministerio de Protección Social, las cuales deberían continuar haciéndose cargo de los salarios y prestaciones de los servidores que venían vinculados al ISS.

Pese al cambio de naturaleza del empleo, las nuevas empresas tenían la obligación de respetar los derechos adquiridos de quienes fueron incorporados sin solución de continuidad. Así se indicó de forma expresa en el artículo 18 del Decreto 17580 de 2003, en el que si bien se señaló que *"... El Régimen salarial y prestaciones de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto será el propio de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional..."* no lo es menos que precisó que *"... En todo caso se respetarán los derechos adquiridos..."*.

Tal prerrogativa también fue reconocida por la Corte Constitucional en la sentencia C – 314 de 2004, en la que expresó que *"ni la ley ni las autoridades administrativas o judiciales pueden modificar situaciones jurídicas que se han consolidado conforme a las leyes anteriores..."*. También recordó que esa Corporación ha sido prolija al afirmar *"que la modificación en la estructura administrativa de las entidades públicas, incluyendo el cambio de régimen laboral de sus servidores, no autoriza el desconocimiento de los derechos que han ingresado definitivamente en el patrimonio personal..."*.

Afirmó la Corte Constitucional que el respeto por los derechos adquiridos no sólo comprende aquellos derechos de orden prestacional sino también los de orden salarial, pues ambos espectros del régimen laboral son susceptibles de generar ese tipo de garantías consolidadas. La tesis anterior fue reiterada en la sentencia C-349 de 2004.

Así las cosas, para la Sala es plausible concluir que aun cuando los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales se vieron sometidos a cambios que alteraron la naturaleza de su calidad de empleados, pues en principio tuvieron la calidad de funcionarios de la salud, luego la de trabajadores oficiales y finalmente la de empleados públicos, ello en manera alguna permite desconocer los derechos consolidados cuando ostentaron cada una de estas calidades.

Siendo ello así, para efectos de determinar cuál es el régimen de cesantías aplicable a un trabajador habrá de verificarse la fecha de vinculación del servidor, y la circunstancia de encontrarse probado la indebida liquidación de la prestación.

En el *sub judice*, se encuentra probado que la demandante ingresó al Instituto de Seguro Social el **16 de julio de 1990**²⁰ fecha en la que tomó posesión del cargo de auxiliar de servicios asistenciales, de donde se sigue que su vinculación se realizó bajo la denominación *"funcionarios de seguridad social"*, a quienes como se indicó les cobija el régimen de cesantías retroactivas previsto en el Decreto 1653 de 1977, el cual debía ser respetado por el Instituto de Seguros Sociales y por la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento entidad a la que fue vinculado sin solución de continuidad cuando se produjo la escisión del ISS.

²⁰ Folio 428 del cuaderno principal No.1

Es claro para esta instancia que el régimen de cesantías de la señora TAMAYO HERRERA siempre ha sido el retroactivo, pues la accionante no renunció expresamente a ese derecho y tampoco podía ser desconocido por la entidad so pretexto del cambio de vínculo, dado que como se vio, las normas que regularon los distintos cambios de estructura de la administración y de régimen de empleo propendieron por el respecto de los derechos adquiridos de los empleados.

En el *sub examine*, no se encuentra demostrado que la autoridad pública hubiere contado con la manifestación expresa de la demandante para acogerse al régimen de cesantías anualizado, requisito que era necesario para que tal variación estuviera revestida de legalidad.

Sobre este particular, la Corte Constitucional en sentencia SU-519 de 1997, señaló:

"En lo relativo a la actitud del trabajador respecto a distintos regímenes laborales por cambio de legislación, en la época de transición, particularmente en la materia que ahora se debate - la libertad del trabajador privado para acogerse o no a la Ley 50 de 1990-, la Corte Constitucional ha sido enfática al afirmar:

"La disposición contenida en el numeral 2º del artículo transcrito es imperativa para quienes celebren contratos de trabajo a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1990. No lo es para quienes los tenían celebrados con antelación al momento de su entrada en vigor. Estos pueden acogerse a la nueva normatividad, pero en principio y salvo el caso de que voluntaria y espontáneamente manifiesten su voluntad en contrario, lo relacionado con su auxilio de cesantía sigue gobernado para ellos por el régimen anterior, es decir, el del Código Sustantivo del Trabajo.

Se trata de una previsión del legislador en cuya virtud modifica el sistema que venía rigiendo, pero sin afectar a los trabajadores que ya tenían establecidas sus relaciones contractuales con anterioridad, a menos que ellos mismos resuelvan, por manifestación expresa, acogerse al nuevo régimen.

(...)

Es claro, entonces, que los trabajadores indicados gozan, en virtud de la misma norma legal, de la facultad de optar entre uno y otro régimen. La normatividad les garantiza esa libertad, que no puede ser coartada por los patronos. Su decisión en determinado sentido no puede convertirse en condición o requisito para acceder a prerrogativa laboral alguna, ni constituir objeto de transacción en el curso de negociaciones colectivas.

Se reitera entonces que no era viable jurídicamente aplicar otros regímenes de cesantías de orden legal, pues como se ha dicho no se contaba con la autorización de la demandante.

En el caso de autos, se tiene que el 28 de septiembre de 2010²¹, la accionante presentó una reclamación ante el Ministerio de la Protección Social requiriendo, entre otros aspectos, la reliquidación de la cesantía definitiva y el reajuste y/o pago de los intereses a las cesantías a partir del 1º de enero de 2002 y hasta el momento de su retiro *"considerando que la entidad efectuó la liquidación de manera anualizada, cuando la misma debe ser retroactiva"*, pese a que la accionante no autorizó el cambio de uno a otro régimen de cesantías.

De igual forma, se encuentra que en la misma fecha, la accionante solicitó ante el Instituto de Seguros Sociales²² el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas correspondientes al periodo comprendido entre el 1º de enero de 2002 y el 25 de junio de 2003, así como los intereses que por dicho concepto haya lugar.

²¹ Folios 360 a 367 del cuaderno principal No.1

²² Folios 386 a 388 del cuaderno principal No.1

Mediante la comunicación acusada **No. 10010-305828 del 12 de octubre de 2010**²³ el Ministerio de la Protección Social, indicó que en términos generales no es posible acceder a las solicitudes de la accionante, argumentando que los actos administrativos a través de los cuales la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento liquidó sus prestaciones sociales se encuentran en firme y gozan de presunción de legalidad, aunado a que dicha cartera ministerial no tiene la competencia para adoptar posición alguna respecto al reconocimiento de derechos laborales, teniendo en cuenta que entre ambas entidades no existió sustitución, subrogación o cesión de obligaciones de ninguna especie.

Así mismo, en dicho acto se indicó que a los empleados públicos del ISS a los que no se les aplican los beneficios de la convención colectiva, cuentan con el régimen laboral propio de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, *"lo cual comporta la no presentación de pliegos de peticiones ni la posibilidad de negociar convenciones colectivas de trabajo"*.

A través de la comunicación **No. 0012949 del 22 de noviembre de 2010**²⁴ el ISS señaló que el régimen aplicable en materia de cesantías es el previsto en el Decreto 3118 de 1968, el cual se encuentra establecido tanto para los empleados públicos como para trabajadores oficiales de las entidades de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Nivel Nacional, el cual es *"modificable solamente mediante la negociación colectiva"*. Además explicó que en la convención colectiva suscrita con Sintraseguridad Social se modificó el régimen de cesantías al pactarse el congelamiento de la retroactividad, por lo cual en el caso particular su liquidación debe realizarse de manera anualizada.

Sobre el particular, el Instituto de Seguros Sociales ha alegado que el artículo 62 de la Convención Colectiva *"congela la retroactividad de las cesantías por diez (10) años a partir del 1 de enero de 2002..."*, lo que sitúa el asunto en aparente conflicto entre la norma legal (Decreto 1653 de 1977) y la convención colectiva; conflicto que al resolverse obliga a la aplicación de la norma más ventajosa para la demandante, pues ha de tenerse en cuenta que como lo ha decantado la jurisprudencia constitucional, en virtud de los principios de la condición más beneficiosa y favorabilidad *"... 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..."*.

Así pues, aun cuando el reconocimiento del auxilio se encuentra regulado de forma distinta en las dos disposiciones, la legal y la convencional, lo cierto es que es obligación del fallador dar aplicación a aquella que contenga mejores condiciones para el reconocimiento de la prestación, que este caso, no es otra que la contenida en el Decreto 1653 de 1977, vigente al momento de su vinculación.

²³ Folios 368 a 374 del cuaderno principal No.1

²⁴ Folios 389 a 394 del cuaderno principal No.1

De otra parte, conforme a las consideraciones expuestas por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, No. de radicado 2011-00628, se precisa que en el caso particular no hay lugar a predicar el fenómeno de la prescripción respecto de las sumas que conforman las cesantías sino a partir de la fecha de retiro definitivo del servicio, razón por lo cual tal fenómeno no acaeció en el *sub lite*, dado que el retiro de la accionante fue a partir del 08 de noviembre de 2009, y presentó reclamaciones administrativas en el año 2010.

Como corolario de lo anterior, y sin necesidad de más consideraciones, la Sala revocará el fallo de 5 de febrero de 2018, proferido por el Juzgado 56 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las súplicas de la demanda y en su lugar, declarará: (i) la caducidad de la acción frente a la pretensión de reconocimiento de beneficios estipulados en la convención colectiva de trabajo pactado entre el ISS y SNTSS, y (ii) la nulidad de los actos administrativos contenidos en las comunicaciones i) 10010-305828 del 12 de octubre expedido por el Ministerio de Protección Social y iv) 000012949 del 22 de noviembre de 2010 suscrita por el Instituto de Seguros Sociales, y ordenará que el pago de las cesantías de la demandante sean liquidadas atendiendo al régimen retroactivo. Régimen que se precisa no conlleva el pago de intereses, pues la retroactividad tiene como fin evitar la depreciación del auxilio. Sin embargo, el pago se ordenará desde el 1° de enero de 2002 y no a partir de la vinculación, atendiendo al alcance de las pretensiones de la demanda.

De otra parte, se precisa que como quiera que la E.S.E. LCGS fue el último empleador de la demandante, le correspondía a esta efectuar la liquidación y el pago de las cesantías bajo el régimen señalado. No obstante, como quiera que dicha entidad fue liquidada de forma definitiva por disposición del Decreto 4241 de 2009 el 6 de noviembre de 2009, ello le corresponde efectuarlo al Ministerio de Salud y Protección Social, esto, en razón que este ministerio, es fideicomitente y cesionario del contrato de fiducia mercantil No. 114 de 2008- cuyo objeto fue la administración del patrimonio de la E.S.E. liquidada-, en virtud de lo dispuesto en los artículos 4° del Decreto 3202 de 2007, 35 del Decreto Ley 254 del 2000, y las cláusulas quinta y décima séptima de dicho contrato, asumió las obligaciones de la E.S.E. posteriores a su liquidación²⁵.

Finalmente, encuentra la Sala que el ministerio accionado aportó un memorial poder a favor del Doctor NELSON RODRIGO ÁLVAREZ TRIANA y COLPENSIONES allegó una sustitución a favor de la Dra. YESBY YADIRA LÓPEZ RAMOS por lo que, verificada la ausencia de sanciones disciplinarias, corresponde a la Sala efectuar el reconocimiento de personería correspondiente.

Costas en segunda instancia

Finalmente, la Sala observa que, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado

²⁵ Este criterio ha sido acogido por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección 'B', en la sentencia proferida el 29 de enero de 2015, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, No. de radicado 2008-00782, y por esta misma Subsección en las sentencias proferidas el 30 de noviembre de 2016 con radicado 2010-01002 y 02 de febrero de 2017 con radicado 2012-209-02 M.P. Dra. Beatriz Helena Escobar Rojas, No. de radicado 2010-01002.

temerariamente y en el *sub-lite* ninguna procedió de tal forma; en consecuencia, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda - Subsección "F", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia proferida el 5 de febrero de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Cincuenta y Seis (56) del Circuito de Bogotá, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la señora **LUZ MARIELA TAMAYO** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar se dispone:

SEGUNDO: DECLÁRASE la caducidad de la acción respecto de todas las pretensiones, excepto de la de reconocimiento y pago de las cesantías en aplicación del régimen de retroactividad, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: DECLÁRASE la nulidad de las comunicaciones i) 10010-305828, del 12 de octubre expedida por el Ministerio de Protección Social y ii) 000012949 del 22 de noviembre de 2010 suscrita por el Instituto de Seguros Sociales.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, reconocer y pagar a favor de la señora **LUZ MARIELA TAMAYO HERRERA** sus cesantías definitivas conforme el régimen retroactivo al que pertenece, desde el 1° de enero de 2002, atendiendo a lo solicitado en la demanda, hasta cuando se hizo efectivo el retiro del servicio (08 de noviembre de 2009), descontando los valores reconocidos y pagados, en el evento de que ello se hubiere realizado, por concepto de liquidaciones parciales de cesantías y por la misma prestación bajo el régimen anualizado.

Los valores que resulten de la condena serán actualizados en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, aplicando para ello la siguiente formula.

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia), por índice inicial (vigente en la fecha en que debió hacerse el pago).

QUINTO: A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO: RECONÓZCASE personería al Doctor NELSON RODRIGO ÁLVAREZ TRIANA identificado con cédula de ciudadanía 79.729.540 de Bogotá y T.P. No. 319042 del C.S.J para actuar como apoderado principal del Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con el memorial poder obrante a folio 1035 del expediente.

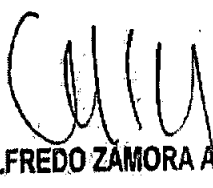
SÉPTIMO: RECONÓZCASE personería a la Doctora YESBY YADIRA LÓPEZ RAMOS identificada con cédula de ciudadanía 1.022.947.861 de Bogotá y T.P. No. 285844 del C.S.J para actuar como apoderada sustituta de COLPENSIONES, de conformidad con el memorial poder obrante a folio 1030 del expediente.

OCTAVO: En firme este proveído devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

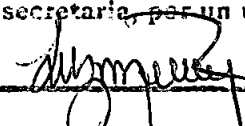
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMINÍQUESE Y CÚMPLASE.
(La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha)

MAR 1 12:42 PM '21


LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA
Magistrado


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada

AUSENTE CON EXCUSA
Beatriz Helena Escobar Rojas
Magistrada

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA (2)
CONSTANCIA DE FIJACIÓN
EDICTO #06
Bogotá, D.C. 09 MAR 2021
HAGO CONSTAR que para notificar a las partes la anterior SENTENCIA se fijó el EDICTO en un lugar público de la secretaría, por un término legal.
Oficial mayor 
JP6C