

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA TERCERA DE DECISIÓN

**MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**

**Sentencia No. 258**

Manizales, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-39-005-2017-00298-02  
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: María Frida Reinhardt Nieto  
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

Se decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demandante.

## **I. Antecedentes**

### **1. Demanda**

#### **1.1. Pretensiones**

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de las Resoluciones: i) GNR 144646 del 17 de mayo de 2016, y ii) VPB 32626 del 17 de agosto de 2016, emitidas por Colpensiones y en consecuencia, se condene a pagar la pensión de jubilación con el promedio de la totalidad de los factores de salarios devengados en el último año de servicios y la indexación de la primera mesada pensional.

#### **1.2. Sustento fáctico relevante**

Se relata que, el Instituto del Seguro Social mediante Resolución 2268 de 29 de junio de 2012 reconoció la pensión de jubilación en cuantía de \$574.713, efectiva a partir de 30 de septiembre de 2008. Que el 25 de abril de 2016 solicitó la revisión de la pensión para que se tuviera en cuenta todos los factores salariales y la indexación de la primera mesada pensional, petición que fue resuelta a través de los actos administrativos demandados.

#### **1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión**

Invocó como vulneradas la Constitución Política, artículos 2, 6, 25, y 58; Código Civil, artículos 10; Ley 57 del 87, Decreto 3135 de 1968; Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Ley 5 de 1969, Ley 71 de 1988, entre otras. Consideró que los actos atacados desconocen que el régimen de transición abarca no sólo la edad y el tiempo de servicios, sino también el monto

de la pensión, que incluye todos los factores salariales percibidos y no sólo los enumerados de manera taxativa por la Ley 62 de 1985, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010; Que igualmente se desconoce el derecho a la indexación de la primera mesada pensional.

## 2. Contestación de la demanda

La **entidad demanda** se opuso a las pretensiones de la parte actora y propuso las excepciones:

-. *“Ausencia del derecho reclamado”*: basada en que, es posible acceder a la reliquidación pensional ya que al dar aplicación a una normatividad anterior a la vigente en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la ley de 1993, sobre ella únicamente se puede aplicar lo atinente a edad, semanas y monto, mas no la forma de calcular el IBL; dicho criterio encuentra sustento en las reglas definidas en la Sentencia de Unificación 230 de 2015 de la Corte Constitucional.

-. *“Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados”*: Los factores que se deben incluir en el IBL son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre ellos se hubiera efectuado aportes al Sistema General de Pensiones.

-. *“Improcedencia de reliquidar la prestación pensional”*: Como la parte actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, el reconocimiento prestacional se efectuó con sujeción a lo previsto en dicho régimen, por lo que el ingreso base de liquidación se toma teniendo en cuenta el promedio de lo aportado durante los últimos 10 años o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior y contare con más de 1250 semanas cotizadas.

-. *“Prescripción del reajuste a la mesada pensional”*: La jurisprudencia ha sido reiterativa en sostener que el derecho a la pensión no prescribe, pero ello sólo opera respecto a las bases salariales sobre las cuales se determina el monto de la pensión, excluyendo de esta forma la indexación pensional.

-. *“Prescripción”*: Se debe tener en cuenta el fenómeno de la prescripción respecto a las mesadas pensionales, en los términos establecidos en los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969.

-. *“Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.”*: Para la causación de los intereses moratorios, la ley dispone que el interesado debe presentar la reclamación de la misma ante la entidad, ya que los mismos no nacen únicamente de haberse proferido una sentencia condenatoria.

-. *“Buena fe”*: basada en que, las actuaciones de la demandada se han permeado de buena fe, puesto que ha atendido de manera diligente las reclamaciones realizadas por el actor, y ha reconocido aquellas procedentes.

## 3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de “prescripción” e infundadas las demás propuestas por Colpensiones, declaró la nulidad de los actos demandados y condenó a Colpensiones a reliquidar y pagar los ajustes económicos de la pensión de vejez reconocida a la demandante, tomando en cuenta el 75% del promedio de todos los factores salariales que sirvieron de cotización (asignación salarial, ajuste de remuneración - horas extras, bonificación por servicios prestados) percibidos en los últimos 10 años de servicios, esto es, entre el 5 de junio de 1988 y el 5 de junio de 1998, con prescripción del mayor valor de las mesadas anteriores al 25 de abril de 2013.

Además indicó que, las sumas que resulten a favor de la demandante, deberán indexarse conforme al artículo 187 del CPACA y en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, se autoriza a la demandada para realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes.

Para ello, tras hacer un recuento de la normativa aplicable y con base en jurisprudencia del Consejo de Estado señaló que, conforme a la Resolución 2268 de 29 de junio de 2012 y el certificado de salarios para la liquidación pensional, el ingreso base de liquidación pensional, incluyó el promedio de factores que sirvieron de cotización hasta el 1994, desconociendo que la demandante estuvo vinculada entre el 5 junio de 1988 hasta el 5 de junio de 1998 y no como se mencionó en la Resolución GNR 144646 de 2016, en la que se tuvo en cuenta el IBC de cotización entre el 1º de enero de 1986 al 5 de junio de 1998.

#### **4. Recurso de apelación**

##### **4.1. La parte actora**

Solicitó se adicione la sentencia en el sentido de advertir a la entidad demandada que si al momento de efectuar la reliquidación ordenada en la sentencia, se obtiene un valor inferior al reconocido inicialmente, se le deberá cancelar a la demandante el mayor valor, lo anterior al beneficio de favorabilidad y de que lo ordenado por el juez no desmejore las condiciones.

Que además, es inviable aplicar la sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-427 DE 2016 de la Corte Constitucional, y que esta fue enfática en señalar que aquellas pensiones adquiridas legítimamente debían gobernarse por la tesis de la integralidad, por tanto, en el presente caso, se debe respetar la expectativa legítima al acudir a la administración de justicia bajo una tesis jurisprudencial que luego fue cambiando, ello en virtud del principio de la confianza legítima.

Que por regla general debe observarse y aplicarse por parte de los jueces de determinada jurisdicción lo que su órgano de cierre de jurisdicción ha resuelto en casos análogos, lo cual en el caso particular, resulta ser la sentencia de unificación de jurisprudencia proferida por el Consejo de Estado el 4 de Agosto de 2010, ya que con ello se materializa de manera efectiva e integral el derecho a la igualdad que debe garantizarse en toda la nación, por cuanto desde que se profirió la sentencia en mención, la liquidación de las pensiones de los empleados Públicos se ha realizado bajo las premisas que el Consejo de Estado determinó. Que negarse a realizar lo mismo argumentando su decisión en una sentencia con efectos “*inter comunis*” proveniente de una revisión a fallos de tutela accionadas por un trabajador oficial deslegitima la actividad judicial.

Que el Juzgado no hizo ningún pronunciamiento sobre la pretensión de indexar la base de liquidación para obtener el valor de la primera mesada pensional. Que tiene derecho a que se actualice la base de liquidación para obtener el valor de la primera mesada pensional, por cuanto la fecha de desvinculación del servicio público, 5 de junio de 1998, no coincide con la fecha de cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, 30 de septiembre de 2008.

#### **4.2. Colpensiones**

Solicitó revocar la sentencia y en su lugar absolver a la entidad de las pretensiones y condenar en costas a la demandante; señaló que, con fundamento en las premisas normativas y jurisprudenciales citadas, la pensión que fue reconocida a la demandante, no puede ser reliquidada en los términos deprecados, es decir, aplicando una "tasa de remplazo" del 75% sobre el ingreso base de liquidación equivalente al promedio de todos los salarios percibidos durante el último año de servicios, por cuanto los actos administrativos demandados dan aplicación al primer inciso de artículo 1° de la Ley 33 de 1985, al paso que reajustaron su prestación vitalicia con base en lo previsto en el inciso 39 de la ley 100 de 1993, esto es, aplicando el IBL resultante de promediar lo cotizado durante los últimos 10 años laborados y en el que sólo se tuvieron como factores salariales los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

### **II. Consideraciones**

#### **1. Problemas jurídicos**

Al analizar la sentencia de instancia y los argumentos de las apelaciones, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Cuenta la parte accionante con derecho a que su mesada pensional sea reliquidada tomando como base todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios?*

*¿Tiene derecho la parte actora a que se actualice la primera mesada de su pensión?*

En caso afirmativo: *¿Se debe advertir a la entidad demandada que si al momento de efectuar la reliquidación, se obtiene un valor inferior al reconocido inicialmente, se le deberá cancelar el mayor valor?*

#### **2. Primer Problema Jurídico**

##### **2.1. Tesis del Tribunal**

No es procedente reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta todos los factores salariales percibidos durante el último año de servicios, por cuanto, si bien por ser beneficiaria del régimen de transición, deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior, para determinar el IBL y la liquidación debe aplicarse lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma, lo cual fue cumplido en el acto de reconocimiento de la pensión.

Para fundamentar lo anterior se señalaran: i) las situaciones jurídicas relevantes probadas; ii) el marco jurídico sobre la aplicación del régimen de transición pensional y la aplicación en el tiempo de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, para descender al iii) análisis y resolución del caso concreto.

## 2.2. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- La demandante nació el 30 de septiembre de 1953 y de conformidad con el Formato No. 1 "Certificado de información laboral", la demandante laboró desde el 3 de marzo de 1975 hasta el 31 de diciembre de 1994 en el Ministerio de Transporte – Invias y del 6 de junio de 1997 al 5 de junio de 1998 en la Registraduría Nacional del Estado Civil.<sup>1</sup>

- Mediante Resolución 22268 de 29 de junio de 2012, el Instituto de los Seguros Sociales reconoció a la demandante la pensión de jubilación en cuantía de \$574.713, efectiva a partir de 30 de septiembre de 2008, bajo el régimen de transición, conforme a la Ley 33 de 1985. La liquidación se realizó con 1068 semanas, sobre un ingreso base de liquidación de \$766.284.<sup>2</sup>

- La demandante, el 25 de abril de 2016 solicitó la reliquidación pensional con todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y la indexación de la mesada pensional.<sup>3</sup>

- Colpensiones a través de la Resolución GNR 144646 del 17 de mayo de 2016, negó la solicitud señalando que, al reliquidar la prestación conforme a la Ley 33 de 1985, tomando en cuenta los IBC cotizados entre el 01 de enero de 1986 al 05 de junio de 1998, da como resultado un IBL de \$607,507, al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 75%, para una cuantía del 2016 de \$689.455 el cual es superior a la mesada pensional actual que corresponde a \$780.689. Que además, la pensión ha sido indexada anualmente a partir del 1º de enero de cada año.<sup>4</sup>

- La demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por Colpensiones a través de la Resolución VPB 32626 del 17 de agosto de 2016, en la que se confirmó la decisión anterior, basada en que, el ingreso base para liquidar la pensión es el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, y que los únicos factores salariales que se deberán tener en cuenta son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994, siempre y cuando sobre los mismos se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones. En cuanto a la indexación indicó que, los salarios correspondientes a años anteriores se reajustan con el índice de Precios al Consumidor reportados por el Dane de manera anual.<sup>5</sup>

- De conformidad con el certificado de salarios mes a mes para la liquidación y emisión de bonos pensionales, a la demandante le efectuaron cotización al sistema de seguridad social con los siguientes conceptos: asignación salarial, ajuste de remuneración, bonificación y

---

<sup>1</sup> Fl. 5-6 A.D. 04Anexos.pdf

<sup>2</sup> Fl. 1-4 A.D. 04Anexos.pdf

<sup>3</sup> Fl. 10-13 A.D. 04Anexos.pdf

<sup>4</sup> Fl. 14-20 A.D. 04Anexos.pdf

<sup>5</sup> Fl. 26-35 A.D. 04Anexos.pdf

otros factores promediados hasta el 1994<sup>6</sup> y de junio de 1997 a junio de 1998.<sup>7</sup>

- De conformidad con el certificado de factores devengados por la demandante, desde el 6 de junio de 1997 al 5 de junio de 1998, expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, además de la asignación básica, devengó: *auxilio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y remuneración electoral*; sin embargo, solo se efectuaron aportes a pensión respecto de la asignación básica, las horas extras y la bonificación por servicios.<sup>8</sup>

## 2.3. Fundamento jurídico

### 2.3.1. Aplicación del régimen de transición pensional

Las partes coinciden en afirmar que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993<sup>9</sup>, empero, difieren en la interpretación que se hace de dicha normativa, pues la parte actora aduce que la pensión debe liquidarse según la Ley 33 de 1985<sup>10</sup>, teniendo como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios, mientras que la demandada sostiene que debe darse aplicación al precedente jurisprudencial fijado por la Corte Constitucional, que tiene al IBL como aspecto no cobijado por el régimen de transición.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a través de sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018<sup>11</sup> señaló:

*“85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.*

*86. Como se dijo en párrafos anteriores el régimen de transición prorrogó la vigencia de todos los regímenes pensionales anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, otorgando efectos ultractivos a algunos elementos constitutivos de dichos regímenes para aquellas personas que se encontraban afiliadas a los mismos y que estaban próximas a adquirir el derecho pensional. Tales elementos son la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.*

*87. Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y*

---

<sup>6</sup> Fl. 17-20 A.D. 14ExpedienteAdministrativo.pdf

<sup>7</sup> Fl. 22 A.D. 14ExpedienteAdministrativo.pdf

<sup>8</sup> Fl. 8-9 A.D. 04Anexos.pdf

<sup>9</sup> Ver, escrito de demanda y actos administrativos demandados.

<sup>10</sup> Artículo 1º: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”.

<sup>11</sup> Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01.

sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el periodo de transición abarcaría varias décadas.  
(...)

92. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sienta la siguiente regla jurisprudencial:

**“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”.**

93. Para este grupo de beneficiarios del régimen de transición y para efectos de liquidar el IBL como quedó planteado anteriormente, el Consejo de Estado fija las siguientes **subreglas**:

94. La **primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.
- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

...

96. La **segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones”.

De la Sentencia de Unificación se concluye:

(i) El régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se refiere a la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión.

(ii) Dentro del concepto monto, existe un elemento especialmente regulado por el legislador de forma homogénea para todos los beneficiarios del régimen de transición, este es, el ingreso base de liquidación –IBL–, factor que debe atender a lo regulado por el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado, a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, para adquirir el derecho a la prestación.

Así pues, si al 1° de abril de 1994 (empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), la persona beneficiaria del régimen de transición le faltaren **menos** de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice

de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Si le faltaren **más** de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

*(iii)* Para lo anterior, deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión, solamente los factores sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas, en tanto, la liquidación pensional debe atender a lo efectivamente cotizado.

### **2.3.2. Aplicación en el tiempo de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018**

El Consejo de Estado, en la referida sentencia de unificación, en cuanto a sus efectos, precisó:

*113. El artículo 237, ordinal 1, de la Constitución Política consagra como una de las atribuciones del Consejo de Estado el desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo. En este sentido, la jurisprudencia que profiere este órgano de cierre es vinculante para resolver los conflictos cuya competencia está atribuida a esta jurisdicción, por la Constitución y la Ley.*

*114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.*

*115. La Sala Plena de esta Corporación, por regla general, ha dado aplicación al precedente en forma retrospectiva, método al que se acudirá en esta sentencia, disponiendo que las reglas jurisprudenciales que se fijaron en este pronunciamiento se aplican a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.*

*116. Para la Sala, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.*

*117. No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas en el régimen de transición, con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada. (...)” (Se resalta)*



Por lo tanto, las reglas señaladas en la Sentencia de Unificación citada son aplicables al presente asunto, en tanto se encontraba pendiente de decisión, toda vez que no existía sentencia ejecutoriada y por tanto no había operado la cosa juzgada.

#### **2.4. Análisis sustancial del caso concreto**

Conforme a la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que acoge esta corporación, deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior. Sin embargo, para determinar el IBL, la liquidación debe regirse por lo dispuesto en los artículos 21 y 36 inciso 3º de la Ley 100 de 1993, dependiendo del tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la prestación.

En el caso concreto se observa que, para la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, a la demandante le faltaban más de 10 años para cumplir los 55 años de edad, (nació el 30 de septiembre de 1953). Lo anterior significa que, la liquidación de su pensión, debía realizarse en los términos previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, que el ingreso base de liquidación sería el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el Dane.

Ahora, de conformidad con la Resolución 22268 de 29 de junio de 2012, la liquidación de la pensión se realizó de conformidad con el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, con base en el 75% del salario promedio que sirvió de base. En la Resolución GNR 144646 del 17 de mayo de 2016, en la que se negó la reliquidación, se precisó que, se tuvo en cuenta los IBC cotizados durante los diez 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Al respecto, si bien el *a quo* señaló que, conforme a la Resolución 2268 de 29 de junio de 2012 y el certificado de salarios para la liquidación pensional, el ingreso base de liquidación pensional, incluyó el promedio de factores que sirvieron de cotización hasta el 1994, ello no es correcto, pues, en ellas expresamente se señala que, fue tenido en cuenta el tiempo laborado hasta el 5 de junio de 1998; lo cual se encuentra en armonía con los certificados de salarios mes a mes para la liquidación y emisión de bonos pensionales, en el primero se señalan los factores salariales devengados y sobre los cuales se cotizó, desde marzo de 1975 hasta de 1994<sup>12</sup>, y en el segundo los de junio de 1997 a junio de 1998.<sup>13</sup>

Por lo tanto, es claro que, la liquidación de la pensión de la accionante fue realizada en los términos previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, que el ingreso base de liquidación sería el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, por lo tanto, en este aspecto se cumple con la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

---

<sup>12</sup> Fl. 17-20 A.D. 14ExpedienteAdministrativo.pdf

<sup>13</sup> Fl. 22 A.D. 14ExpedienteAdministrativo.pdf

En cuanto a los factores que se deben tener en cuenta, atendiendo lo dispuesto por la Corte Constitucional en sus sentencias de unificación sobre la materia, los únicos que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, conforme al Decreto 1158 de 1994, que indica:

- “ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: “Base de Cotización”. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*
- a) La asignación básica mensual;*
  - b) Los gastos de representación;*
  - c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
  - d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
  - e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
  - f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
  - g) La bonificación por servicios prestados”.*

En la Resolución 2268 de 29 de junio de 2012, acto administrativo que liquidó la prestación periódica, se dispuso que la misma se calcularía con la inclusión de los factores contemplados en el artículo 1º del Decreto 1158 de 1994 sobre los cuales se hubieran efectuado los aportes al Sistema General de Pensiones, es decir el ingreso base sobre el que mes a mes se efectuaron aportes con destino a pensión, lo cual se acompasa con la disposición que se acaba de reproducir.

Además, aunque se certificó que la demandante también percibió otros factores en el último año de servicio, como son: *auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad y remuneración electoral*, estos no se enuncian en la norma como factores salariales para efectos pensionales, además que no se encuentra acreditado que sobre ellos fueran realizados aportes a pensión.<sup>14</sup>

Por último, en cuanto a la tasa de reemplazo para el cálculo del monto de la pensión, se observa que en la Resolución que ordenó la reliquidación de la pensión se tuvo en cuenta el 75%, lo cual se encuentra en armonía con la Ley 33 de 1985<sup>15</sup> y las pautas jurisprudenciales previamente expuestas.

## 2.5. Conclusión

De conformidad con lo expuesto, se concluye que, la demandante no cuenta con derecho a que la prestación pensional reconocida sea objeto de reliquidación en los términos deprecados en la demanda -con el promedio de todos los emolumentos percibidos durante el último año de servicios-, pues de conformidad con el inciso 3º de del artículo 36 de la ley 100 de 1993, este

<sup>14</sup> Fl. 8-9 A.D. 04Anexos.pdf

<sup>15</sup> Artículo 1º: “El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”.

debe ser liquidado con base en el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, “actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el Dane” y en todo caso, solamente los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994 y que fueron objeto de cotizaciones al sistema pensional, tal como en efecto fue realizado en la Resolución 2268 de 29 de junio de 2012.

En tal sentido se revocara la sentencia, para en su lugar negar la pretensión de reliquidación pensional formulada por la demandante.

### **3. Segundo Problema Jurídico** *¿Tiene derecho la parte actora a que se actualice la primera mesada de su pensión?*

#### **3.1. Tesis del Tribunal**

La parte actora tiene derecho a que se actualice la primera mesada de su pensión teniendo en cuenta que, se retiró del servicio el 5 de junio de 1998, pero cumplió la edad para el estatus pensional el 30 de septiembre de 2008.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: i) el fundamento jurídico sobre la indexación de la primera mesada; para descender al ii) análisis del caso concreto.

#### **3.2. Fundamento jurídico - Indexación de la Primera Mesada**

El artículo 53 de la Constitución Política ordena que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica al pregonar la indexación de las mesadas pensionales, incluyendo la primera de ellas, en los casos en que el pensionado dejó de prestar sus servicios años antes del cumplimiento del otro requisito previsto normativamente (la edad) para materializar su estatus pensional. Esto, ante la palpable reducción de la capacidad adquisitiva de la moneda con el paso del tiempo, tal y como lo ha reseñado esa Alta Corporación:

*“Negar la revalorización de la base de liquidación de la pensión de jubilación, argumentando ausencia de una disposición precisa que así lo establezca, no obstante la evidente pérdida del poder adquisitivo de la unidad monetaria, es desconocer la primacía de los principios y valores constitucionales que por mandato de nuestra Carta se deben observar en las actuaciones judiciales y se incurre en el pecado que señala el aforismo latino de “sumum jus summa injuria” – derecho estricto injusticia suprema – que se suele utilizar para indicar que al juez no puede considerársele como un autómatas, o esclavo de la norma escrita, por ley debe entenderse el ordenamiento jurídico como un todo. Incluso, en los casos como el aquí examinado, la doctrina constitucional permite dejar de lado el texto de la ley para no proferir decisiones que contraríen el orden justo, valor este constitutivo de nuestro ordenamiento Constitucional”.*

*“i) Frente a la indexación de la primera mesada pensional, si bien no existe norma expresa que la consagre, la jurisprudencia ha desarrollado con base en principios constitucionales, una posición en la que bajo criterios de justicia y equidad determina que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario son hechos notorios y que, por tanto, el trabajador no tiene que soportar las consecuencias negativas de dicha situación al tener que recibir al momento de pensionarse sumas de dinero desvalorizadas que no van en armonía con el valor real del salario que devengaba cuando prestaba sus servicios.*

*ii) La indexación de la primera mesada **procede, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio en un año determinado, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder al derecho cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría perdido su valor adquisitivo, por lo que se hace necesario traer a valor presente las sumas de dinero que se tienen en cuenta para determinar el monto de la pensión, con el fin de que ésta se aproxime realmente al salario que la persona ganó mientras estuvo activa laboralmente.**”<sup>16</sup>*

Es por lo que, si una persona se retira del servicio antes de adquirir el estatus pensional, tiene derecho a que se indexe la primera mesada por la pérdida del valor adquisitivo.

### 3.3. Análisis del caso concreto

Las partes disienten sobre la procedibilidad de la indexación de la primera mesada pensional; lo anterior toda vez que, la demandante considera que, no fue actualizado el salario promedio mensual que devengó durante el último año de servicios, teniendo en cuenta que el 5 de enero de 1998 se retiró del servicio, y que cumplió la edad el 30 de septiembre de 2008. Por su parte, la entidad demandada señala que, la Ley 100 de 1993 ordenó el reajuste de las pensiones reconocidas, en forma anual con base en el IPC y *que este derecho no cubre el reajuste de los salarios sobre los cuales se calculó la primera mesada pensional.*

Al respecto, de conformidad con las pruebas aportadas, la Sala encuentra acreditado que, la demandante se retiró del servicio público el **5 de junio de 1998**<sup>17</sup> y que cumplió los 55 años de edad exigidos para la pensión de jubilación, el **30 de septiembre de 2008**, fecha en que adquirió el estatus de pensionada.

Así, mediante Resolución 2268 de 29 de junio de 2012, el Instituto de los Seguros Sociales reconoció a la demandante la pensión de jubilación en cuantía de \$574.713, efectiva a partir de 30 de septiembre de 2008, sobre un ingreso base de liquidación de \$766.284,<sup>18</sup> pero sin precisar si se indexó o no las sumas de dinero que tuvo en cuenta para determinar el monto de la pensión.

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección B- C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 2 de octubre de 2019. Rad.: 25000-23-42-000-2013-02578-01(0439-17). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. sentencia del 12 de abril de 2012, Rad: 25000-23-25-000-2008-00800-01(0581-10). Ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. sentencia del 18 de febrero de 2010. Rad.: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08).

<sup>17</sup> Fl. 5-6 A.D. 04Anexos.pdf

<sup>18</sup> Fl. 1-4 A.D. 04Anexos.pdf

En los actos administrativos cuestionados, a través de los cuales se negó la reliquidación de la pensión Colpensiones señaló que, la pensión ha sido indexada conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y artículo 41 del Decreto 692 de 1994, esto es, anualmente a partir del 1º de enero de cada año<sup>19</sup> y que *“este derecho no cubre el reajuste de los salarios sobre los cuales se calculó la primera mesada pensional, es a partir de la adquisición del status pensional que se pueden efectuar tales reajustes e incrementos de ley no antes”*.<sup>20</sup>

De acuerdo a lo anterior, es claro que, los valores que fueron tenidos en cuenta para liquidar la primera mesada pensional de la accionante no fueron actualizados a la fecha en que cumplió los requisitos para la pensión de jubilación.

Por lo tanto, habiendo ocurrido el retiro del servicio el **5 de junio de 1998**, y que la demandante completó los demás requisitos para acceder al derecho, el **30 de septiembre de 2008**, esto es más de 10 años después del retiro, en ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidó la pensión había perdido su valor adquisitivo, por lo tanto, se hacía necesario traer a valor presente las sumas dinero que se tienen en cuenta para determinar el monto de la pensión, con el fin de que ésta se aproximara realmente al salario que la persona ganó mientras estuvo activa laboralmente.

### 3.4. Conclusión

Por lo anterior, se colige que, la parte actora tiene derecho a que se actualice la primera mesada de su pensión teniendo en cuenta que, se retiró del servicio el 5 de junio de 1998, pero cumplió la edad para el estatus pensional el 30 de septiembre de 2008.

Por lo anterior, se reformará la sentencia apelada para en su lugar, declarar la nulidad parcial de las Resoluciones GNR 144646 del 17 de mayo de 2016, y ii) VPB 32626 del 17 de agosto de 2016, emitidas por Colpensiones en cuanto negaron la indexación de la primera mesada pensional y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se condenará a la entidad demandada a reconocer y pagar a la demandante, la suma resultante de: actualizar el monto de la pensión de jubilación desde la fecha de retiro - **5 de junio de 1998**, -, a la fecha en que adquirió el estatus pensional -**30 de septiembre de 2008**-, aplicando para ello la fórmula establecida por el Consejo de Estado:  $R = RH \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es el monto reconocido a la demandante por concepto de pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane, vigente en la fecha en que adquirió el estatus pensional, por el índice inicial vigente para la fecha de su retiro.

Actualizada en estos términos la base de liquidación de la pensión, la demandada pagará la diferencia que resulte entre lo pagó y lo que debió pagar en cada uno de los meses transcurridos a partir de la fecha en que adquirió el estatus pensional - **30 de septiembre de 2008**- y la fecha de cumplimiento de la sentencia, tomando en consideración los reajustes de la ley en cada uno de esos años.

<sup>19</sup> Fl. 14-20 A.D. 04Anexos.pdf

<sup>20</sup> Fl. 26-35 A.D. 04Anexos.pdf

Las sumas que resulten a favor de la demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado y lo que debía pagarse, se ajustará en su valor, dando aplicación a la fórmula establecida por el Consejo de Estado, donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la diferencia entre lo que se pagó en cada uno de los meses y la fecha de cumplimiento de la sentencia; y lo que debía pagarse de acuerdo a las bases enunciadas en párrafos precedentes, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente en cada uno de los meses en que se causó el derecho.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

En los meses sucesivos al cumplimiento de la sentencia, la entidad pagará el monto de la pensión de jubilación de la demandante sobre la base actualizada dispuesta en esta providencia.

### **3.5. Prescripción**

El artículo 102 Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, señala que *"1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible" Y "2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual"*.

No hay lugar a declarar la prescripción, por cuanto, entre la fecha de causación del derecho -2 de septiembre de 2018- y la fecha de reclamación administrativa de la indexación de la mesada pensional -09 de marzo de 2020; y entre esta y la fecha de presentación de la demanda, -26 de octubre de 2021- no trascurrieron más de tres años.

Teniendo en cuenta que, la demandante adquirió el estatus pensional el 30 de septiembre de 2008 y que solicitó la indexación de la mesada pensional, el 25 de abril de 2016,<sup>21</sup> la Sala declarará probada la excepción de prescripción, propuesta por la parte demandada, en relación con los montos adeudados y actualizados correspondientes al período antecedente al 25 de abril de 2013.

Así las cosas, Colpensiones deberá pagar a la demandante las diferencias de las mesadas desde el 25 de abril de 2013, toda vez que las de los períodos anteriores se encuentran prescritas.

En consecuencia, en este aspecto se confirmará la sentencia apelada.

**4. Tercer problema jurídico** *¿Se debe advertir a la entidad demandada que si al momento de efectuar la reliquidación, se obtiene un valor inferior al reconocido inicialmente, se le deberá cancelar a la demandante el mayor valor?*

---

<sup>21</sup> Fl. 10-13 A.D. 04Anexos.pdf

#### 4.1. Tesis del Tribunal

Para fundamentar lo anterior, se analizará: **i)** el fundamento jurídico sobre el principio de favorabilidad; para descender al **ii)** análisis del caso concreto.

#### 4.2. Fundamento jurídico - principio de favorabilidad

El Consejo de Estado<sup>22</sup>, en materia pensional ha acudido al principio de *“interés en la pretensión u oposición, para la sentencia de fondo o mérito”*, consistente en que la autoridad judicial al decidir una controversia no puede hacer más gravosa la situación en que se encontraba el demandante antes de acudir ante la administración de Justicia, pues entiende que sólo se acciona el aparato judicial para obtener un beneficio, así:

*“Conforme con lo anterior, se advierte a simple vista que la tasa de reemplazo que el FONCEP le aplicó al accionante al momento de reconocer y liquidar su pensión de jubilación era más beneficiosa que aquella prevista en la Ley 33 de 1985, por lo que la aplicación del principio de favorabilidad el Tribunal accionado tenía que verificar si la base de liquidación establecida por la entidad demandada resultaba más favorable a la prevista en la Ley 33 de 1985.*

*En este sentido, la autoridad judicial accionada debió ampliar su análisis para determinar si la liquidación de la pensión del demandante con el 75% de la asignación básica y las doceavas de las primas de navidad y vacaciones, otorgaban una mesada pensional igual o superior a la inicialmente recibida por el señor Herrera Urrego.*

*A partir de lo mencionado, se puede inferir que lo pretendido por el accionante al interior del proceso ordinario era aumentar la base de liquidación pensional, incluyendo factores salariales que en su criterio no se tuvieron en cuenta por la administración, al momento de hacer el reconocimiento pensional, por lo que cualquier decisión dirigida a reducir la tasa de reemplazo y los emolumentos que conformaban el IBL, significaría desconocer la intención real de la parte demandante.*

*Al respecto, es importante señalar que no es procedente que la autoridad judicial al decidir una controversia haga más gravosa la situación en la que se encontraba el demandante antes de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud del principio de “interés en la pretensión u oposición, para la sentencia de fondo o mérito”.*

En el mismo sentido, afirmó:

*“Quien se dirige a la jurisdicción debe pretender obtener un beneficio o la protección de un derecho que considera está siendo vulnerado o amenazado, lo cual, haría imperiosa la actuación del Juez para restablecer el ordenamiento jurídico y resarcir el perjuicio irrogado al interesado.*

***Así las cosas, como la cuantía de la pensión que fue reconocida por CAJANAL al señor Gutiérrez Villada es superior a la que se deriva del cumplimiento de la Sentencia de Primera Instancia, se concluye que las resultas del proceso no le estarían reportando***

---

<sup>22</sup> Sentencia tutela del 7 de marzo de 2019, CP., César Palomino Cortés, Rad. AC 11001-03-15-000-2018-03765-01.

*un beneficio, sino un perjuicio, situación que debe ser conjurada por el Juez de lo Contencioso Administrativo*"<sup>23</sup>.

De tal forma que, en las sentencias en las que se controvierte la forma de liquidación de las prestaciones periódicas, debe siempre tenerse en cuenta el interés del demandante para acudir a la jurisdicción y en caso de duda, impera aplicar el criterio de interpretación más favorable.

Además, el salario y las pensiones del trabajador están protegidas por un "*principio general de intangibilidad*", que se refleja, entre otros aspectos, en el derecho a mantener su valor y a que el mismo no sea afectado sino por las causas previstas en la ley<sup>24</sup>. Tal como lo dispone el Acto Legislativo 01 de 2005, al indicar "*Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho*". (Se resalta)

### 4.3. Análisis del caso concreto

La demandante interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de aumentar el monto de su mesada pensional, solicitando la reliquidación de su pensión con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios y la indexación de la primera mesada pensional.

Colpensiones en la Resolución GNR 144646 del 17 de mayo de 2016, que negó la solicitud de la demandante y que es objeto de la demanda, señaló que, al reliquidar la prestación conforme a la Ley 33 de 1985, da como resultado un IBL de \$607,507, para una cuantía a 2016 de \$689.455 el cual es superior a la mesada pensional actual que corresponde a \$780.689, por lo que se reduciría el monto de la pensión.<sup>25</sup>

Como se indicó en el desarrollo del problema jurídico anterior, en esta sentencia se ordenará a la entidad demandada reconocer y pagar a la demandante, la suma resultante de: actualizar el monto de la pensión de jubilación desde la fecha de retiro - 5 de junio de 1998, -, a la fecha en que adquirió el estatus pensional -30 de septiembre de 2008.

Por lo tanto en atención al principio de favorabilidad, y que en virtud de la orden judicial se puede ver disminuida la mesada pensional que actualmente devenga la demandante, es procedente advertir a la entidad demandada que, si al momento de efectuar la reliquidación ordenada en esta sentencia, en virtud de la indexación de la primera mesada de la pensión, se obtiene un valor inferior al reconocido inicialmente, se le deberá cancelar a la demandante el mayor valor.

### 3. Costas

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Subsección B, Sentencia de 29 de enero de 2015, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente 660012331000201000258 01.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B". C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. sentencia de 28 de junio de 2012. Rad.: 05001-23-31-000-2001-02260-01(0584-10).

<sup>25</sup> Fl. 14-20 A.D. 04Anexos.pdf



No se condenará en costas teniendo en cuenta que, las partes soportaron sus posiciones en la jurisprudencia que el Consejo de Estado había proferido para casos similares, aunado a la prosperidad tan solo parcial de los recursos interpuestos.

Por lo expuesto la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA

**Primero:** Se revocan los ordinales primero, tercero y cuarto de la sentencia proferida el 18 de febrero de 2020 por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Frida Reinhardt Nieto contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, los cuales quedarán así:

**PRIMERO: DECLÁRANSE FUNDADAS** las excepciones denominadas “Improcedencia de reliquidar la prestación pensional”, “Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados para realizar la reliquidación” y parcialmente configurada la excepción: “Ausencia del derecho reclamado” propuestas por Colpensiones.

**TERCERO: DECLÁRASE** la nulidad parcial de la Resolución 144646 de 17 de mayo de 2016 y la Resolución VPB 32626 de 17 de agosto de 2016, en cuanto negaron el derecho a la indexación de la primera mesada pensional.

**CUARTO:** A título de restablecimiento del derecho, SE CONDENAN a COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la señora María Frida Reinhardt Nieto, identificada con cédula de ciudadanía número 24.313.786 la suma resultante de:

- Actualizar el monto de la pensión de jubilación desde la fecha de retiro de la demandante -5 de junio de 1998-, a la fecha en que adquirió el estatus pensional -30 de septiembre de 2008, aplicando para ello la fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es el monto reconocido a la demandante por concepto de pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha en que adquirió el estatus pensional, por el índice inicial vigente para la fecha de su retiro.

- Actualizada en estos términos la base de liquidación de la pensión de jubilación, la demandada pagará la diferencia que resulte entre lo pagó y lo que debió pagar en cada uno de los meses transcurridos entre la fecha en que adquirió el estatus pensional - 30 de septiembre de 2008- y la fecha de cumplimiento de la sentencia, tomando en consideración los reajustes de la ley en cada uno de esos años.

- Las sumas que resulten a favor de la demandante por concepto de la diferencia entre lo pagado y lo que debía pagarse en virtud de esta Providencia, se ajustará en su valor, dando aplicación a la fórmula establecida por el Consejo de Estado, donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la diferencia entre lo que se pagó en cada uno de los meses y la fecha de cumplimiento de la sentencia; y lo que debía pagarse de acuerdo a las bases enunciadas en párrafos precedentes, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente en cada uno de los meses en que se causó el derecho.
- Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.
- En los meses sucesivos al cumplimiento de la sentencia, la entidad pagará el monto de la pensión de jubilación de la demandante sobre la base actualizada dispuesta en esta providencia.
- En virtud de la prescripción, Colpensiones deberá pagar a la demandante las diferencias de las mesadas desde el 25 de abril de 2013.
- Advertir a la entidad demandada que, si al momento de efectuar la reliquidación ordenada, se obtiene un valor inferior al reconocido inicialmente, se le deberá cancelar a la demandante el mayor valor.

**Segundo:** Se niegan las demás pretensiones de la demandante.

**Tercero:** Se confirma en lo demás la sentencia apelada.

**Cuarto:** Sin condena en costas en esta instancia.

**Quinto:** Ejecutoriada esta providencia, se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 073 de 2022.

**NOTIFICAR**



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado Ponente



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado

**AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado  
(ausente con permiso)

17001-23-33-000-2017-00366-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintiuno (21) de OCTUBRE de dos mil veintidós (2022)

S. 170

La Sala 4ª de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA (el Dr. Augusto Ramón Chávez Marín se halla en permiso), procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **ROSA MARÍA GONZÁLEZ RAMÍREZ** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**.

#### ANTECEDENTES

#### PRETENSIONES

- I) En virtud que la accionante es beneficiaria de la pensión gracia desde el año 2007, declarar que la UGPP está obligada a conceder los valores reconocidos en la Resolución N° 48107 de 5 de octubre de 2007, sin que normas posteriores al reconocimiento de la prestación puedan afectar el monto de la pensión.
- II) Se declare la nulidad de la Resolución RDP 010021 del 25 de marzo de 2014, que modificó la Resolución N° 48107 del 5 de octubre de 2007, con la cual le fue reconocida la pensión gracia a la señora ROSA MARÍA GONZÁLEZ RAMÍREZ.
- III) Se declare como vía de hecho el actuar de la entidad demandada, al no haber convocado a ejercer su derecho de defensa a la señora ROSA MARÍA

GONZÁLEZ RAMÍREZ, conforme a lo previsto en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011.

IV) Se ordene al cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 189, 192 y 195 del C/CA.

V) Se condene en costas a la entidad demandada.

### **CAUSA PETENDI.**

En síntesis expresa la demandante, que con Resolución N° 16169 de 30 de diciembre de 1995, le fue reconocida su asignación pensional fundamentada en la ley 114 de 1913.

El 9 de mayo de 2001, en razón de su retiro definitivo del servicio de la docente GONZALEZ RAMIREZ, el monto de la jubilación le fue reliquidado mediante la Resolución N° 11885; y el 5 de octubre de 2007, con la Resolución N° 48107, la Caja Nacional de Previsión nuevamente reliquidó el monto de la pensión gracia de la formadora, basándose en nuevos factores salariales debido a su condición de docente nacionalizada.

Añadió que el 25 de febrero de 2014, la demandante solicitó a la UGPP dar cumplimiento cabal a los actos administrativos que reliquidaron su monto de jubilación, y, en ese sentido, el pago de los valores adeudados desde el reconocimiento de su pensión gracia y sus posteriores reliquidaciones.

El 25 de Marzo de 2014, la UGPP expidió la Resolución N° RDP 010021 para modificar la Resolución No. 48107 de 2007, y en la parte resolutive dispuso que, *“por el grupo de nómina de esta entidad se deben pagar las diferencias que resultaron entre lo reconocido entre las resoluciones N° 16169 del 30 de diciembre de 1995 y N° 11885 DEL 09 DE MAYO DE 2001 (sic), y a la fecha de inclusión en nómina de la presente providencia, teniendo especial cuidado en deducir lo cancelado por vía ejecutiva o administrativa y practicar los reajustes, descuentos de ley y demás operaciones de orden contable a que haya lugar”*.

Manifestó así mismo la parte actora, que con la decisión adoptada por la UGPP, los pagos recibidos durante los meses de mayo y junio de 2014 reflejaron una disminución de casi el 50% del monto históricamente recibido por concepto de pensión gracia, considerando este actuar de la entidad como un menoscabo a sus derechos.

Finalmente señaló que el 16 de abril 2015, solicitó la revocatoria directa de la Resolución N° RDP 010021 de marzo de 2014, solicitud que fue negada por la UGPP mediante decisión de 16 de junio de 2015.

#### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Se invocan como vulnerados los artículos 93, 94, 95, 96 y 97 de la ley 1437 de 2011, y el artículo 29 Constitución Política.

Como sustento de la infracción, la accionante expresó, en suma, que la modificación realizada por la UGPP sobre su mesada pensional afectó derechos adquiridos desde el año 2007, dado que la actuación desplegada por la entidad no garantizó su debido proceso, en tanto no contaba con su consentimiento y autorización para la modificación del acto administrativo del reconocimiento pensional.

Seguidamente se refirió al procedimiento fijado por la Ley 1437 de 2011 para la revocatoria directa de los actos administrativos de carácter particular y concreto, recalcando la necesidad de contar con el consentimiento previo y expreso del titular. Con ello concluyó que no le está dado al Estado proceder con la revocatoria de manera unilateral, pues con ello vulnera los principios de la buena fe y de confianza legítima, pilares de la seguridad jurídica y de la legitimidad de las decisiones de la administración.

Así mismo indicó que la UGPP, al no contar con su consentimiento, debía acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para invocar la nulidad de su decisión y el consecuente restablecimiento del derecho; recalcando, de igual manera, que

temas como el presente han sido ampliamente abordados no solo por la jurisprudencia del máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sino por la H. Corte Constitucional, debido a la afectación *ius fundamental* que se deriva de los derechos reconocidos a los administrados.

### **CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.**

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**, /fls. 150 a 155 C.1/, al dar contestación a la demanda explicó que la reliquidación pensional de la señora ROSA MARÍA GONZÁLEZ RAMÍREZ se sustentó en las normas que regulan la materia, por lo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo demandado. En virtud de lo anterior, formuló los medios exceptivos que denominó: ‘PROCEDER LEGAL DE LA ENTIDAD DEMANDADA’, ‘BUENA FE’, ‘PRESCRIPCIÓN’ y ‘LA GENÉRICA’.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

- **PARTE DEMANDANTE** /fls. 188 - 189 cdno 1/: Reiterando lo expresado en el escrito de demanda, insistió en que se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, en tanto la UGPP no obtuvo el consentimiento de la señora ROSA MARIA GONZALEZ RAMÍREZ para revocar el acto administrativo que reconoció su derecho pensional, desconociendo de esta manera el imperativo constitucional que permea todas las actuaciones que se surten ante las autoridades administrativas como judiciales. Reiteró que hasta tanto el acto administrativo sea discutido ante la jurisdicción contenciosa administrativa, la UGPP está en la obligación de seguir realizando el pago de la prestación que le fue reconocida.
  
- La **UGPP**, con escrito que obra a folios 194 a 198 del cuaderno principal, aseguró que el acto demandado no es violatorio de ningún principio constitucional, por el contrario, la expedición del mismo se hizo acorde al régimen jurídico aplicable.

También como sustento de sus alegatos, refirió que el artículo 2° de la resolución N° 48107 del 5 de octubre de 2007 ordena la aplicación del principio de favorabilidad, el cual no es aplicable en instancias administrativas, por lo que el mismo debía ser suprimido. Ello, en su sentir, constituye una corrección de tipo formal que no afecta el sentido material de la decisión.

Finalmente expresó que, al no existir un conflicto de interpretación normativa, la aplicación del principio de favorabilidad no resulta adecuado, pues la reliquidación del monto pensional se calculó con la inclusión de todos los factores salariales del último año de servicios, empleándose para ello el régimen el régimen jurídico aplicable al caso concreto.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte demandante se declare la nulidad de la Resolución N° RDP 010021 de 25 de marzo de 2014, con la cual la UGPP reajustó el valor de la pensión gracia reconocida a la señora ROSA MARIA GONZÁLEZ RAMÍREZ con la resolución N° 16169 de 30 de diciembre de 1995.

### PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

*i) ¿Debía la entidad demandada acudir al procedimiento de que trata el artículo 97 de la ley 1437 de 2011, a efectos de expedir la Resolución RDP 010021 de 25 de marzo de 2014, mediante la cual se modificó la Resolución 48107 del 5 de octubre de 2007, con la cual se ordenó la reliquidación de la pensión gracia a la señora Rosa María González Ramírez?*

**En caso afirmativo,**

**ii) ¿Se encuentra ajustado a derecho el acto administrativo demandado?**

**(I)**

### **LA REVOCATORIA DIRECTA**

El núcleo del debate jurídico en el presente caso se entrelaza con la decisión contenida en el acto administrativo demandado, esto es, si se trata de la modificación de un acto particular que había reconocido un derecho prestacional particular a la señora ROSA MARIA GONZÁLEZ RAMÍREZ, o si, por el contrario, como lo manifiesta la entidad apelante, se limitó a corregir un error formal sin afectar el sentido material del acto administrativo primigenio.

Sobre la revocatoria directa de actos de contenido particular, el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, establece que,

“Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.

PARÁGRAFO. En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa” /Resaltados de la Sala/.



Entre tanto, tratándose de la corrección o enmienda de errores puramente formales, el canon 45 de la misma obra prevé:

“En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda” /Resaltados de la Sala/.

Los requisitos establecidos en la ley procedimental para que las entidades públicas puedan revocar actos de contenido particular y concreto, hallan su fuente en el ordenamiento constitucional, que protege las prerrogativas individuales adquiridas con justo título, como elemento fundamental del derecho a la propiedad privada; así lo estableció el Consejo de Estado en fallo datado el 25 de enero de 2016 (Exp. 54001-23-31-000-2009-00166-01(0851-15), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez):

“...

Cuando se trata de actos de contenido particular y concreto, la normatividad Contenciosa Administrativa ha establecido un procedimiento reglado, en razón de la creación de situaciones subjetivas, individuales y concretas de los administrados sobre un derecho, protegidos por la Constitución Política en su artículo 58 cuando dice que «(...) se garantizan (...) los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (...)». De la lectura de la norma transcrita se desprende como regla general la imposibilidad de revocar directamente los actos administrativos particulares y concretos, si la administración no cuenta previamente con el

consentimiento expreso del titular del derecho reconocido”.

Retomando el principal punto de disenso entre las partes, el máximo órgano de lo contencioso administrativo conoció en segunda instancia un proceso de similares ribetes fácticos al que ahora concita la atención de esta colegiatura, en el que también se planteó la necesidad de diferenciar la potestad que le asiste a la administración pública de corregir los yerros que cometa en el marco de sus actuaciones, de aquellas decisiones que implican alterar el estado de cosas de las situaciones particulares que ha reconocido anteriormente.

En esa oportunidad, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo se pronunció bajo el siguiente esquema de argumentación sobre las características que comparten la revocatoria de actos de contenido particular y la corrección de errores formales, así como las diferencias entre ambas figuras (Sentencia de 3 de septiembre de 2020, M.P. William Hernández Gómez, Exp.17001-23-33-000-2017-00100-01(3251-17)):

“...

En cuanto a la diferencia entre la revocatoria directa y las correcciones de yerros simplemente formales, es adecuado señalar que ésta sí existe y que es sustancial al margen de que ambas figuras deriven del principio de autotutela de la administración.

El mentado postulado hace referencia a la potestad de las autoridades estatales para reconocer derechos, imponer obligaciones o crear situaciones jurídicas (de manera declarativa) y al mismo tiempo hacerlas efectivas o materializarlas (de forma ejecutiva o coactiva), ello respecto de los particulares y sin necesidad automática y previa de acudir a una instancia judicial, sino en pleno ejercicio del poder público que las reviste, todo siempre y

cuando se garantice el respeto pleno del principio de legalidad y del debido proceso.

Dicho planteamiento había sido abordado por la presente Subsección<sup>1</sup> en sentencia del 15 de marzo de 2018 cuando se señaló: «Es importante precisar que según la naturaleza de las prerrogativas que se le concedan a la administración, la autotutela puede ser de tipo declarativa o ejecutiva. En el primero de los casos, los actores públicos, en ejercicio de las facultades que les otorga la ley, producen actos administrativos a través de los cuales definen una situación jurídica como puede ser la existencia de un derecho y su correlativa obligación. La autotutela ejecutiva o coactiva alude a las operaciones o acciones llevadas a cabo por la administración, tendientes a hacer efectiva una determinada situación jurídica».

Con esta claridad sobre el tema, debe resaltarse que el mentado precepto nomoarquico de la autotutela administrativa, visto desde su arista declarativa, también hace referencia a la facultad de las entidades como la demandada, para reconocer sus errores y de esta forma modificarlos a fin de evitar la configuración de una situación ilegal, arbitraria, contraria a derecho o simplemente que no corresponda a la realidad material del asunto objeto de decisión.

Esto se verifica en casos como la resolución de los recursos en vía administrativa (antes vía gubernativa), cuando se accede a las peticiones de los administrados con base en un nuevo estudio fáctico y jurídico de lo decretado previamente que es objeto de impugnación, o bien ante la

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 15 de marzo de 2018. Radicado: 25000-23-25-000-2011-01239-01(3870-14).

existencia de figuras como la revocatoria directa y las correcciones formales antedichas.

Los dos mecanismos en comentario claramente implican que las autoridades pueden (e incluso deben), sin que medie un fallo judicial que así lo ordene, enmendar y adecuar de manera autónoma, todas sus decisiones tanto en el trámite de una actuación como en el acto definitivo que la finalice, ello cuando se advierta que con aquellas manifestaciones se afecta la base estructural de la función administrativa que es el principio de legalidad, el debido proceso y la garantía del equilibrio entre los intereses particulares y generales con sujeción a la normativa aplicable a cada caso.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que el legislador previó esta posibilidad bajo el entendido de que dicha autonomía en el control extra o prejudicial de los propios actos de la administración, no implica la facultad de los organismos públicos para declarar la nulidad de sus decisiones con efectos propios de una sentencia, sino que aquella posibilidad subsanatoria debe someterse a ciertas reglas que en el caso de las correcciones están previstas en los artículos 41 y 45 del CPACA previamente enunciados, así como en los cánones 93 a 97 ibídem para la revocatoria directa, (...)”;

Y concluyendo en esa oportunidad:

“(…) Como se infiere de estas formulaciones jurídicas, la revocatoria directa consiste en una herramienta propia de las autoridades en sede administrativa y sin validación judicial previa, que puede ser desatada de oficio o a petición de parte, consistente en la modificación o cambio sustancial de las decisiones en firme que se han

adoptado como manifestación unilateral de la respectiva entidad pública y que han creado situaciones jurídicas generales o particulares, siempre que éstas se acompañen con una o más causales o eventos de procedencia previstos en el artículo 93 del CPACA, esto es: «i) cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, ii) cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él, y iii) cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.». **Por el contrario, la corrección de irregularidades en la actuación administrativa o de errores aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras contenidos en los actos definitivos, es una modalidad de subsanación de yerros simplemente formales que no afectan ni involucran una variación material a la esencia de la decisión, sino que solo la aclaran para su eventual ejecución sin controversia**”/Resaltados del Tribunal/.

En conclusión, la ley faculta a la administración pública para enmendar los yerros en los que incurre dentro del reconocimiento de derechos o situaciones que ingresan a la esfera privada o patrimonial de los particulares, sin que esta potestad implique el desconocimiento del contenido material de estas prerrogativas, pues en esta hipótesis, la alteración estructural de estos contenidos conllevaría una auténtica revocatoria directa, que tratándose de actos de contenido particular, ha de someterse a las precisas reglas del canon 97 de la Ley 1437 de 2011, específicamente a lo que atañe al consentimiento previo, escrito y expreso de su titular, como mecanismo de protección de los derechos adquiridos con justo título, que deviene del artículo 58 Superior.

Una vez definido este marco normativo, en el expediente se encuentra probado lo siguiente:

- Mediante la Resolución N°48107 de 5 de octubre de 2017, la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - CAJANAL EICE reliquidó la pensión gracia

de la señora ROSA MARÍA GONZÁLEZ RAMÍREZ /fl 26 - 29/, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO PRIMERO: Reliquidar la pensión GRACIA por nuevos factores de salario de la señora GONZÁLEZ RAMÍREZ ROSA MARÍA ya identificada, estableciendo la cuantía de la misma en la suma de (\$205.208.26) (...) efectiva a partir del 18 de marzo de 1994 pero con efectos fiscales a partir del 27 de octubre de 2000 por prescripción trienal.

ARTÍCULO SEGUNDO: Por el grupo de nómina de esta Entidad se deben pagar las diferencias que resultaron entre lo reconocido en las Resoluciones N° 16169 del 30 de diciembre de 1995 y N° 11885 del 09 de mayo de 2001, y la fecha de inclusión en nómina de la presente providencia, aplicando el principio de favorabilidad, teniendo especial cuidado en deducir lo cancelado por vía ejecutiva o administrativa y practicar los reajustes, descuentos de ley y demás operaciones de orden contable a que haya lugar.

(...)”

- Con Resolución N° RDP010021 de 25 de marzo de 2014 /fl 31 - 35/ la UGPP modificó el artículo 2 de la resolución 48107 de 2007, el cual quedó así:

“ARTICULO SEGUNDO: Por el grupo de nómina de esta entidad se deben pagar las diferencias que resultaron entre lo reconocido entre las resoluciones No 16169 del 30 de diciembre de 1995 y No 11885 DEL 09 DE MAYO DE 2001, y la fecha de inclusión en nómina de la presente providencia, teniendo especial cuidado en deducir lo cancelado por vía ejecutiva o administrativa y practicar los reajustes, descuentos de ley y demás operaciones de orden contable a que haya lugar.

ARTÍCULO TERCERO: Los demás apartes y artículos de la Resolución N° 48107 DEL 05 DE OCTUBRE DE 2007, no sufren modificación, adición, ni aclaración alguna, por lo tanto debe dárseles estricto cumplimiento.”

- Fueron aportados comprobantes de pago de la pensión gracia a favor de la señora ROSA MARÍA GONZÁLEZ RAMÍREZ, correspondientes a los meses de abril, mayo y junio de 2014, que reflejan los siguientes valores:

FECHA DE PAGO	VALOR PAGADO
2014/06/24 /fl. 63/	\$1'098.396 (Pensión Gracia) \$1'098.396 (Mesada Adicional Junio)
2014/05/25 /fl. 63/	\$1'098.396 (Pensión Gracia)
2014/04/24 /fl.64/	\$1'747.151,50 (Pensión Gracia)

- Mediante Oficio N° 20155020236831 de 28 de enero de 2015 /fls. 40 a 43 C.1/, la UGPP, en respuesta a la petición presentada por la señora GONZÁLEZ RAMÍREZ tendiente a obtener información sobre los motivos de la disminución del monto pagado sobre su pensión gracia, explicó:

“Al respecto nos permitimos informar que su mesada pensional disminuyó en atención a:

Que mediante resolución No 16169 del 30 de diciembre de 1995 se reconoció pensión de JUBILACION GRACIA a la señora GONZALEZ RAMIREZ ROSA MARIA identificada con CC No 24360204 de AGUADAS CALDAS, en cuantía de \$189.720.63 efectiva a partir del 18 DE MARZO DE 1994.

Que mediante resolución No 11885 DEL 09 DE MAYO DE 2001 se reliquida la pensión de JUBILACION GRACIA de la señora GONZALEZ RAMIREZ ROSA MARIA ya identificada por retiro definitivo, elevando la cuantía de la misma en la suma de **\$992.858, 25m/cte., efectiva a partir del 02 de octubre del 2000**

Que mediante resolución No 48107 del 05 de octubre de 2007, se reliquida la pensión de JUBILACION GRACIA de la señora GONZALEZ RAMIREZ ROSA MARIA ya identificada por nuevos factores salariales, elevando la cuantía de la misma en la suma de \$205208.26.m/cte., efectiva a partir del 18 de MARZO de 1994, pero con efectos fiscales a partir del 27 de octubre del 2000 por prescripción trienal.

Que es pertinente aclarar que la resolución No 48107 del 05 de octubre-de-2007 no fue incluida en nómina por cuanto en su artículo segundo consagraba el principio de favorabilidad y por ende como la resolución No 48107 de 2007 era menos favorable para la pensionada que la resolución No 11885 de 2001 (la cual re liquidó la mesada pensional en un valor más alto) no se realizó dicha inclusión.

Que posteriormente mediante resolución No RDP 010021 del 25 de marzo de 2014 se modificó la resolución No 48107 del 05 de octubre de 2007, suprimiendo el principio de favorabilidad; señala la resolución No RDP 010021 del 25 de marzo de 2014 en su parte motiva:

*"Que mediante resolución No 48107 del 05 de octubre de 2007, se reliquida la pensión de JUBILACION GRACIA de la señora GONZALEZ RAMIREZ ROSA MARIA ya identificada por nuevos factores salariales, elevando la cuantía de la misma en la suma de \$205208.26.m/cte., efectiva partir del 18 de MARZO de 1994, pero con efectos fiscales a partir del 27 de octubre del 2000 por prescripción trienal. La citada resolución en su artículo segundo resolvió lo siguiente;*

*ARTÍCULO SEGUNDO: por el grupo de nómina de esta entidad so deben pagar las diferencias que resultaron entre lo reconocido entre las resoluciones No 16169 del 30 de diciembre de 1995 y No 11885 DEL 09 DE MAYO DE 2001, la fecha de inclusión en nómina de la presente providencia, aplicando el principio de favorabilidad, teniendo especial cuidado en deducir lo cancelado por vía ejecutiva o administrativa y practicar los reajustes, descuentos de ley y demás operaciones de orden contable a que haya lugar. Como se puede evidenciar en el artículo segundo de la citada resolución se ordena la aplicación del principio de favorabilidad, el cual no es aplicable cuando la resolución se profiere en vía administrativa, por lo cual se suprime la expresión aplicando el principio de favorabilidad.*

*De conformidad con lo anteriormente expuesto, se hace necesario modificar la Resolución No 48107 del 05 de octubre de 2007, tanto en su parte motiva como resolutive en su artículo segundo."*

En virtud de lo anterior en el mes de MAYO DE 2014 usted fue incluida en nómina con la resolución No 48107 del 05 de



octubre de 2007 modificada por la resolución No RDP 010021 del 25 de marzo de 2014 siendo ésta la razón de la disminución de su mesada pensional.

(...)

Se observa entonces, que no le es dable a la entidad la aplicación del principio de favorabilidad, toda vez que en el caso en estudio no se logra observar algún conflicto de interpretación normativa, ni la existencia de alguna duda respecto de la aplicación de una fuente formal, por consiguiente no hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, debido a que como se menciona en la anterior Jurisprudencia y como claramente lo determina el citado artículo es pertinente su aplicación en caso de duda respecto de la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, lo cual para el presente caso no se da”.

\*\*\*

A partir de lo expuesto, esta Sala de Decisión puede concluir sin hesitación alguna que la UGPP modificó de forma unilateral un acto administrativo de contenido particular y concreto, con el cual había creado una situación de la misma índole a favor de la señora ROSA MARÍA GONZÁLEZ; y, como consecuencia de ello, el valor de la mesada pensional gracia se vio notablemente disminuido a partir del mes de mayo de 2014.

En este punto, no resulta de recibo para este juez colegiado la tesis de defensa de la UGPP, cuando argumenta que el acto demandado limitó su alcance a la corrección de un error puramente formal. En contraste con esta postura, el contenido de la declaración administrativa referida devino en la modificación de la prestación reconocida a la demandante, tal como lo explicó la misma entidad demandada mediante Oficio N° 20155020236831 de 28 de enero de 2015 /fls. 40 a 43 C.1/.

Basta retomar el alcance que la jurisprudencia le ha brindado a la facultad de corrección de los errores formales y aritméticos, para concluir que en el sub lite, esta potestad fue desbordada por la UGPP al expedir el acto demandado,

pues la modificación introducida derivó en la variación sustancial de las condiciones en las que fue reconocido el derecho.

De ahí que no resulte acertado argumentar que la declaración administrativa demandada comporte una mera corrección de tipo formal, por lo que, ante la inobservancia de su obligación legal de obtener el consentimiento de la actora, procede declarar su anulación.

## **EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Toda vez que se declarará la nulidad del acto administrativo demandado, consecuentemente se ordenará a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- mantener incólume la resolución No. 48107 del 5 de Octubre de 2007. Así mismo, se dispondrá que la UGPP pague a favor de la accionante, las diferencias entre las mesadas que han sido pagadas y aquellas que debieron pagarse de no haber sido expedido el acto demandado, sumas que deberán indexarse utilizando la siguiente fórmula:

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

Según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la mesada pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

## **COSTAS**

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 -adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021-, y el artículo 365-1 del Código General del Proceso (CGP), se condenará en costas a la demandada, cuya liquidación y ejecución se someterán a los dictados de la última codificación referida (Ley 1564/12). Como agencias en derecho, se fija el equivalente al tres por ciento (3%) del valor que resulte de la condena y deba pagar la accionada, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL** del Tribunal Administrativo De Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**DECLÁRASE** la nulidad de la Resolución N° RDP 010021 de 25 de marzo de 2014, con la cual la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-** modificó unilateralmente y afectó los derechos pensionales de la señora **ROSA MARÍA GONZÁLEZ RAMÍREZ** en la Resolución No. 48107 del 5 de octubre de 2007.

En consecuencia, **CONDÉNASE** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** mantener incólume las disposiciones contenidas en la Resolución No. 48107 del 5 de octubre de 2007.

Así mismo, se dispondrá que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN** pague a favor de la accionante, las diferencias entre las mesadas que han sido pagas y aquellas que debieron pagarse de no haber sido expedido el acto administrativo demandado, sumas que deberán indexarse tal como se expresó en la parte motiva de esta providencia.


**COSTAS** a cargo de la entidad demandada. **FÍJASE** como agencias en derecho, el equivalente al 3% de la condena que deba pagar la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN**.

Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

### **NOTIFÍQUESE**

Ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión realizada en la fecha según Acta N° 056 de 2022.



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado

**AUGIUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado  
Ausente con permiso



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 256

Manizales, veintiuno (21) octubre de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17-001-33-39-008-2018-00223-02  
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Jaime Eduardo Bohórquez Castrillón  
Demandado: Superintendencia de Notaría y Registro

Se emite fallo con ocasión del recurso apelación impetrado por la parte demandada contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones del demandante.

**I. Antecedentes**

**1. La demanda**

**1.1. Pretensiones**

Solicitó en síntesis que, se declare la nulidad de la Resolución SNR2017EE007501 de 14 de febrero de 2018, mediante la cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago acreencias de orden laboral.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se declare la existencia de una relación laboral desde el 15 de diciembre 2014 hasta el 12 de septiembre de 2017 y sean cancelados los salarios dejados de pagar por la entidad, prestaciones sociales, prima de navidad, de alimentación, vacaciones, prima de vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, subsidio familiar, gastos de representación, bonificación por servicios prestados, bonificación por recreación, viáticos, incremento salarial por antigüedad, horas extras, dominicales, festivos, prima de servicios entre otras acreencias laborales.

**1.2. Hechos**

Se señaló que, el señor Jaime Eduardo Bohórquez Castrillón se vinculó mediante contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones como técnico en la Superintendencia de Notariado y Registro desde el 15 de diciembre de 2014 hasta el 12 de septiembre de 2017.

Que requirió a la entidad reconocer la existencia de una relación laboral, petición que fue negada mediante el acto demandado.

**1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

Indicó como violadas la Constitución Política: preámbulo, artículos 1, 2, 25, 53, 55, 93, 94, 121, 125 y 209; además los decretos 1042 y 1045 de 1978; las leyes: 80 de 1993, 1150 de 2007, 100 de 1993, 797 de 2003; y los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia, así como los convenios de la OIT Nos. 87,95,98, 100 y 111. Al igual que la recomendación sobre la relación de trabajo R198 del 2006.

Manifestó que celebró varios contratos de prestación de servicios con la demandada de forma continua, bajo las órdenes estrictas de dicha entidad, acatando el cumplimiento de horario de trabajo, y actuando bajo las mismas calidades de un servidor público, utilizando los elementos asignados por la institución, recibiendo ordenes de trabajo e instrucciones específicas, y sujeto a requerimientos verbales y escritos como memorandos, en su lugar de trabajo específico y concreto, sin autonomía e independencia para la prestación del servicio, siendo idéntica la labor desempeñada a la que realizaba un empleado de carrera administrativa, toda vez que era dependiente y subordinado a sus superiores inmediatos y de los demás servidores de la accionada. Que además recibió capacitación, preparación e instrucciones y cursos por parte de la demandada propios de un servidor público en calidad de técnico.

## **2. Contestación de la demanda**

La **Superintendencia de Notariado y Registro** se opuso a las pretensiones del demandante, señaló que el actor no laboró al servicio de la entidad ya que su vinculación fue mediante contratos de prestación de servicios. Propuso las siguientes excepciones:

.-“*Ausencia de causa para demandar*”, ya que el demandante no ostenta la calidad de empleado público, sin que tampoco haya logrado acreditar la existencia de un relación laboral.

.-“*Cobro de lo no debido*”, basada en que el demandante ejerció una actividad de manera autónoma e independiente, no siendo dable la exigencia de pago de indemnizaciones.

.-“*Falta de legitimación en la causa por pasiva*”, soportada en que la entidad no tiene responsabilidad alguna frente a las pretensiones porque la relación contractual que sostuvieron entre las partes no genera los derechos reclamados.

.-“*Inexistencia de la obligación*”, basada en que la entidad cumplió con las obligaciones estipuladas en el contrato de prestación de servicios, y dentro de las cuales se pactó el pago de honorarios.

.-“*Buena fe*”, por cuanto la demandada actuó con pleno convencimiento del carácter de la relación civil suscrita con el demandante por lo cual no efectuó pago de prestaciones sociales y demás emolumentos.

.-“*Pago*”, basada en que las obligaciones generadas fueron canceladas en su totalidad y recibidas a satisfacción y liquidadas legalmente.

.-“*Prescripción*”, solicitó dar aplicación a la figura de la prescripción en los términos del artículo 102 del decreto 1848 de 1969.

.-“*Compensación*”, solicitó la compensación de las sumas pagadas al demandante.

.-“*Caducidad de la acción*”, con fundamento en lo establecido en el artículo 164 # 2 literal d) de la ley 1437 de 2011, toda vez que el demandante suscribió 5 contratos de

prestación de servicios entre el 16 de diciembre de 2014 y el 12 de julio de 2017, por lo que de existir algunos derechos ya caducaron.

.-*"No configuración de las causales de nulidad del acto administrativo demandado"*, basada en que no se configura ninguna de las causales señaladas en el artículo 137 del CPACA.

### 3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró parcialmente probadas las excepciones de *"cobro de lo no debido"*, *"pago"* y *"compensación"* y no probadas las demás excepciones propuestas por la entidad demandada.

En consecuencia, **accedió parcialmente a las pretensiones** del demandante, por lo que, declaró la nulidad del Oficio SNR2017EE007501 del 14 de febrero del 2018 y a título de restablecimiento del derecho condenó a la Superintendencia de Notariado y Registro pagar las sumas que resulten de la liquidación por concepto de prestaciones sociales en el periodo del 16 de diciembre de 2014 al 12 de septiembre de 2017 que correspondan a una persona que dentro del personal de la entidad demandada cumpla labores similares al demandante teniendo en cuenta los honorarios pagados para la época, debidamente ajustadas, tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

Además la condenó a pagar al demandante los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el referido período, precisando que, el tiempo laborado se debe computar para efectos pensionales.

Para fundamentar lo anterior, luego de analizar las pruebas y desarrollo legal y jurisprudencial señaló que, a la presente controversia le es aplicable el principio de *"la primacía de la realidad sobre formalidades"*, pues de las pruebas se evidencia que, las funciones desempeñadas por el accionante no fueron de carácter transitorio o esporádico, característica propia del contrato de prestación de servicios, sino que por el contrario, se trató de una relación prolongada en el tiempo, como lo demuestran todos los contratos celebrados por las partes, entre el 6 de diciembre de 2014 al 12 de septiembre de 2017.

### 4. Recursos de apelación

**La parte demandada** solicitó revocar el fallo y negar las pretensiones del demandante; argumentó que este estuvo vinculado con la Superintendencia de Notariado y Registro mediante contratos de prestación de servicios.

Señaló que las labores desempeñadas por el actor, si bien tiene relación con los objetivos trazados en el artículo 2 de la Ley 1579 de 2012, ello no quiere decir que dichas actividades no pudieran cumplirse mediante contrato de prestación de servicios, máxime cuando el personal de las Oficinas de Registro no era suficiente.

En cuanto al cumplimiento de horario de trabajo, sostuvo que no es posible que la actividad contractual del demandante fuera realizada en horarios diferentes al establecido por la entidad para la atención al público, toda vez que, los documentos allegados por los usuarios

eran el insumo principal para cumplir con sus obligaciones contractuales, pero ello no quiere decir que existiera un cumplimiento de horario.

Fue enfático en señalar que, la relación entre el demandante y la entidad se fundamentó en el principio de coordinación, sin el cual no sería posible dar cumplimiento a las obligaciones contractuales de las partes en los contratos de prestación de servicios, que fueron desarrollados por el demandante y que no sería posible sin la vigilancia del supervisor.

## II. Consideraciones

### 1. Problema jurídico

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto, es necesario establecer: *¿Fue demostrada la subordinación en la relación que sostuvo Jaime Eduardo Bohórquez Castrillón con Superintendencia de Notariado y Registro o simplemente existió una coordinación de actividades?*

### 2. Tesis del Tribunal

Se encuentra demostrada la relación de subordinación en la relación que sostuvo Jaime Eduardo Bohórquez Castrillón con Superintendencia de Notariado y Registro, con ocasión a las funciones que desempeñó bajo órdenes de prestación de servicios, teniendo en cuenta: el lugar de trabajo, la sujeción a un horario laboral, la dirección y control efectivo de las actividades ejecutadas por el demandante; aunado a que las actividades desarrolladas son inherentes a la misión y objetivo principal de la entidad contratante, y a las condiciones de permanencia de las labores por cerca de 4 años.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: **i)** el marco normativo y jurisprudencial sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades y **ii)** los hechos relevantes acreditados; para luego descender, **iii)** al análisis del caso concreto.

### 3. Marco normativo y jurisprudencial<sup>1</sup>

#### 3.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo”*. La anterior premisa fue desarrollada en los artículos 13 y 25 *ibidem*, según los cuales: **i)** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y *“recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*; y, **ii)** se garantiza el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.

---

<sup>1</sup> Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)



Como sustento de lo anterior, el artículo 53 consagró el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),<sup>2</sup> expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT<sup>3</sup> al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

Dicho Convenio en Colombia es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución, 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 Constitución Política.

### **3.2. La relación de naturaleza laboral**

El Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y iii) un salario como retribución del servicio.

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio, el Consejo de Estado ha señalado: *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este<sup>4</sup>; 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”*.<sup>5</sup>

En lo referente a la subordinación o dependencia ha indicado que: *“se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición*

---

<sup>2</sup> Aprobada en 1919

<sup>3</sup> Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

<sup>4</sup> **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».

<sup>5</sup> **Cita de cita:** Al respecto, 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.

de los reglamentos internos, en cualquier momento, respetando la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales”<sup>6</sup>.

Sobre la existencia de remuneración precisó que: “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.”

De conformidad con lo expuesto, la denominada figura del contrato realidad, en aplicación del principio de realidad sobre las formas debe ser aplicada en aquellos asuntos en que se presenten los tres elementos esenciales de la relación laboral (prestación personal, subordinación o dependencia y remuneración), siendo una carga propia de la parte actora el demostrar su existencia material en cada caso concreto.

#### 4. Hechos relevantes acreditados

- El señor Jaime Eduardo Bohórquez Castrillón estuvo vinculado bajo la modalidad de prestación de servicios, según se desprende de los siguientes contratos:

Número de contrato	Periodo	Duración
905 de 2014 <sup>7</sup>	Del 16/12/2014 al 31/11/2015	11 meses, 15 días
713 de 2015 <sup>8</sup>	Del 16/12/2015 al 30/09/2016 <sup>9</sup>	9 meses, 15 días
669 de 2016 <sup>10</sup>	Del 04/10/2016 al 19/11/2016	1 mes, 15 días
811 de 2016 <sup>11</sup>	Del 21/11/2016 al 31/12/2016	1 mes, 10 días
115 de 2017 <sup>12</sup>	Del 16/01/2017 al 12/07/2017	4 meses, 27 días

- En los contratos 905 de 2014<sup>13</sup>; 713 de 2015<sup>14</sup>, 669 de 2016<sup>15</sup>, 115 de 2017<sup>16</sup>, se indica como objeto contractual: “...EL CONTRATISTA se obliga a prestar con plena autonomía técnica y administrativa sus servicios como **Técnico** para desarrollar las actividades establecidas para las líneas de producción, bajo los lineamientos del programa de Gestión Documental de la SNR, para la recepción, alistamiento, organización, **digitalización**, tipificación, control de calidad y disposición en unidades de conservación de los documentos misionales en Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos”. (Se resalta)

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 2021. Rad.: 20001-23-39-000-2015-00195-01(5186-16)

<sup>7</sup> Pág. 19-27 AD. “04AnexosDemanda”

<sup>8</sup> Pág. 29-35 Idem.

<sup>9</sup> Pág. 37-38 Idem. “ADICIÓN 01 Y PRÓRROGA 01 DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO No. 713 DE 2015”

<sup>10</sup> Pág. 39-45 Idem.

<sup>11</sup> Pág. 47-52 AD “04AnexosDemanda” y 45 AD “07AntecedentesAdministrativos”

<sup>12</sup> Pág. 53-59 Idem

<sup>13</sup> Pág. 19-27 AD. “04AnexosDemanda”

<sup>14</sup> Pág. 29-35 Idem.

<sup>15</sup> Pág. 39-45 Idem.

<sup>16</sup> Pág. 53-59 Idem

- En el contrato 811 de 2016<sup>17</sup>, se indica como objeto: “...El Contratista se obliga a prestar con plena autonomía técnica y administrativa sus servicios como **TECNICO** para garantizar la disponibilidad de las **imágenes digitalizadas** en el sistema definido para el trámite de registro con el fin de atender las solicitudes y consultas de los usuarios en las oficinas de registro de instrumentos públicos que cuentan con este sistema”. (Se resalta)

- En los contratos se señala que, el contratista se obligaba a prestar sus servicios en Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Manizales, que consistían entre otros en:

- *Desempeñarse en los roles de alistamiento, digitalización, calidad, custodia, segunda digitalización, armado y disposición física de documentos.*
- *Recibir los turnos de documentos producidos en las ventanillas de registro en orden de radicación o consecutivo y llevarlos para ser procesados en la línea de producción.*
- *Responder por los documentos físicos que se le entregan y por su custodia.*
- *Dentro del rol de alistamiento debe organizar los documentos de acuerdo al principio de prioridad o rango, la ordenación se encuentra definida por la SNR (recibo de caja, boleta fiscal o impuesto de registro, copia numerada de la escritura u oficio, anexos, ultima hoja de las firmas de las copias para la oficina de registro, catastro e interesados, con el respectivo sello y firma de notario), dejar las anotaciones de lo encontrado en los documentos (incompletos, rotos, fotocopias, etc.), para que posteriormente se puedan ingresar en el sistema de gestión documental (SGD-IRIS); ingresar cada turno en una carpeta mientras se termina el proceso de la línea de producción; retirar el material abrasivo de los documentos; ordenar los documentos de acuerdo a instructivo; entregar los paquetes de documentos al digitalizador.*
- *Dentro del rol de digitalización se debe verificar el turno del documento físico, contra el turno que aparece en pantalla del sistema (SGD-IRIS), asegurándose que; coincidan; digitalizar la totalidad de los documentos que ingresan a diario en la ORIP, sin afectar el proceso normal de confrontación y reparto de documentos en el proceso misional; digitalizar el documento en el orden de recepción; revisar la malla de turnos con el fin de verificar y controlar si hay turnos represados, y hacer el seguimiento para no afectar el proceso de registro en la Oficina; verificar que todas las hojas del documento queden debidamente digitalizadas y eliminar hojas en blanco, en la configuración del escáner debe prevalecer: resolución 300x300, tipo de escaneo ADF (Dúplex), tamaño del papel oficio (8,5x14 pul), modo de imagen Blanco y negro; garantizar que las imágenes digitalizadas queden grabadas en el sistema (SGD-IRIS) al 100%; verificar que el turno digitalizado desaparezca de la malla; informar al coordinador de la línea de producción los turnos de documentos faltantes entregar los paquetes de documentos a la persona que realiza calidad.*
- *Dentro del rol de calidad debe eliminar efectivamente las hojas que salen, en blanco; registrar las observaciones y numero de folios colocados en la etapa de alistamiento en el campo de comentarios (Actual) dispuesto programa de gestión documental para tal fin; asegurar la calidad de las imágenes digitalizadas; Verificar que el recibo de caja físico coincida, con el turno de documento digitalizado y los datos básicos cargados por los aplicativos Folio Magnético o SIR; indexar; tipificar asociando el tipo documental a cada imagen; verificar cada una de las imágenes contra el documento físico garantizando que estén completas y bien digitalizadas; grabar el documento al 100%; ubicar el documento físico en el lugar definido para el armado;*

---

<sup>17</sup> Pág. 47-52 AD “04AnexosDemanda” y 45 AD “07AntecedentesAdministrativos”

*informar al coordinador de la línea de producción del reproceso; verificar al final del día que la malla quede yacía de turnos de documentos radicados en el día;*

*• Dentro del rol de custodia se debe organizar el documento después de realizar la digitalización y el proceso de calidad, tal y como fue recibido por la ventanilla de registro; ordenar por orden de turno los documentos, los cuales se deben custodiar en el espacio físico dispuesto por la ORIP para este fin, mientras dura el trámite interno para el armado y entrega al público de acuerdo a instructivo.*

*• Dar cumplimiento a la Ley General de Archivos.*

*• Prestar en forma personal el servicio, por lo que no podrá subcontratar la labor contratada, dadas las condiciones y características de las actividades, se requiere que su ejecución se realice durante la jornada ordinaria de trabajo, sujeta en todo caso a las necesidades del servicio y a los horarios de atención al público definidos por la Superintendencia de Notariado y Registro, por cuanto estos se inician quince minutos antes de la apertura de la ventanilla, hasta el último documento radicado. Mantener actualizadas las imágenes de los turnos de radicación que hayan surtido el trámite durante el tiempo de inoperatividad por caída del sistema de Gestión Documental.*

*• Toda vez que los temas relacionados con la actividad a desarrollar por el contratista (proceso de línea de producción y manejo de documentos), requiere un nivel importante de confidencialidad, seguridad y concentración, el contratista deberá abstenerse de usar dentro del desarrollo del proceso el uso de elementos y dispositivos electrónicos, así como los de telefonía celular.*

-. El señor de Juan Carlos Flórez Gallego<sup>18</sup>, quien rindió testimonio ante el despacho de primera instancia, señaló que:

- Laboró al servicio de la Superintendencia de Notariado y Registro como técnico de gestión documental, que conoció al demandante toda vez que prestaron sus servicios juntos, desde el 2015 hasta el 2017.
- Que le consta que Jaime Eduardo Bohórquez Castrillón laboró como técnico en el área de documento, desempeñando funciones tales como, foliar los documentos para los diversos trámites, debía además digitalizar y organizar los documentos, anular hojas blancas hasta llevar a la entrega final a la ventanilla y devolución al usuario.
- Que al demandante se le entregó un computador por parte de la entidad, el cual además tenía una clave personal, que el lugar de trabajo era en la Oficina de Instrumentos Públicos de Manizales.
- Que el demandante desempeñó sus labores de lunes a viernes, desde las 7:15 am, sin horas de salida y, ocasionalmente se debía trabajar los sábados.
- Que el jefe inmediato del demandante era Herman Zuluaga quien se desempeñaba como el *Notario* de Instrumentos Públicos y el doctor Gabriel Villegas quien se desempeñaba como Jefe Administrativo; quienes exigían el cumplimiento de horarios y además requerían que antes de salir de la oficina debían dejar terminados los procesos. Que además, diariamente debía pasar por escrito un informe de las labores desempeñadas durante la jornada.

---

<sup>18</sup> AD. "21VideoAudienciaPruebas"

- Que le consta que dentro de la planta de personal de la entidad existía el cargo de técnico.

- El señor Santiago Alirio Castaño Gaitán<sup>19</sup>, quien rindió testimonio ante el despacho de primera instancia, señaló que:

- Conoce al demandante, toda vez que laboró al servicio de la Superintendencia de Notariado y Registro en la línea de producción de los documentos misionales, desde 2014 hasta el 15 de diciembre de 2015.
- Que el demandante laboró en la Oficina de Instrumentos Públicos, en la cual contaba con un puesto de trabajo asignado.
- Que el demandante tenía a su cargo, recibir los documentos que venían de las notarías, debía hacer la foliatura, escanear los documentos, se dejaba una copia para “catastro” y la copia para el usuario final. Que además dicho proceso de línea de producción debía tramitarse a través de un sistema llamado “IRIS DOCUMENTAL” y, que para acceder a ese sistema, debía acceder a través de una contraseña asignada por la Superintendencia.
- Que no tenían horario, sin embargo, posteriormente se exigió horario desde las 7:30 am hasta el mediodía y desde 1:00 pm hasta las 4:30 pm, horario que acataba el demandante y que el Registrador de Instrumentos señor Herman Zuluaga, ante los incumplimientos de dicho horario, hacía llamados de atención verbal.
- Que los documentos que recibían los “técnicos”, hacían parte de la actividad misional de la entidad, tales como compraventas, ventas, devoluciones, etc.

- El señor Federico Montes Zapata<sup>20</sup>, quien rindió testimonio ante el despacho de primera instancia, señaló que:

- Conoce al demandante, toda vez que laboró al servicio de la Superintendencia de Notariado y Registro como técnico operario, desde 2013 hasta el 2015.
- Que el demandante laboró en la Oficina de Instrumentos Públicos, ejerciendo labores de recepción de documentación tanto pública como privada en la línea de producción, labores que ejercidas diariamente.
- Que el demandante no era autónomo ni independiente en el ejercicio de sus funciones, que debía cumplir un horario de entrada, pero no sabían la hora de salida, que además debían cumplir todos los demás operarios; que en caso de no cumplir con dicho horario, obtenían llamados de atención por parte del señor Herman Zuluaga.
- Que el Registrador los obligaba a estar 15 minutos antes de abrir ventanilla al público, que no podían salir en el mismo horario de los empleados de carrera, que en caso de no dejar las labores terminadas de forma diaria, el Registrador no les firmaba la cuenta de cobro.
- Que el Registrador Herman Zuluaga era el jefe directo del demandante, además el señor Germán Eduardo Valencia y Gabriel Villegas, quienes compelían al demandante a cumplir el horario laboral, que debía permanecer en su sitio de trabajo y si debía hacer un trámite personal, debía pedir permiso.

---

<sup>19</sup> AD. “21VideoAudienciaPruebas”

<sup>20</sup> AD. “21VideoAudienciaPruebas”

## 5. Análisis del caso concreto

Dado que no existe discusión en lo que respecta a la efectiva prestación personal del servicio y la consecuente remuneración, la Sala descenderá al análisis del elemento de la relación laboral que ha sido objeto de litigio por medio del recurso vertical, esto es, la existencia de subordinación o dependencia en el desarrollo de las funciones del demandante al servicio del ente demandado.

Sobre la forma como debe demostrarse la subordinación, el Consejo de Estado ha precisado:

*“[N]o puede decirse que existe una prueba reina para demostrar el elemento de la subordinación y dependencia continuada, pero esta Sala si ha considerado que **para acreditar este elemento de la relación laboral deben aportarse aquellas que permitan demostrar fehacientemente que el contratista no ejercía su actividad para la cual fue contratado, en forma autónoma e independiente, sino que debía someterse ineludiblemente a las órdenes e instrucciones de funcionarios de la entidad, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que estos impusieran.***

*Lo anterior a través de, por ejemplo, los oficios, llamados de atención, memorandos de los cuales se advierta la imposición de órdenes e instrucciones sobre la forma de prestar el servicio más allá de lo que razonablemente debe realizar el contratista en virtud de la actividad, contratada; las que demuestren las sanciones o el uso del poder disciplinario del nominador por el incumplimiento de las funciones contratadas, el incumplimiento de un horario fijado exclusivamente por la entidad; las que acrediten el deber de disponibilidad permanente como los registros de llamadas y comunicaciones en ese sentido, y que superen lo contratado en caso de que por la actividad requerida así se necesitase; y en materia de testimonios, la asertividad, razonabilidad y completitud de los dichos de estos que permitan inferir la forma en que se exigía el cumplimiento de un horario no convenido con el contratista, la forma en que se daban las órdenes e instrucciones, las consecuencias de su incumplimiento, entre otras.”<sup>21</sup> (se destaca)*

Adicionalmente en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021<sup>22</sup> reiteró que la prueba de la subordinación laboral puede ser directa, pero también indirecta o de indicios, esto es, de un hecho probado indica la existencia de otro hecho; y señaló una serie de situaciones indicativas de su existencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular.

En el caso concreto, del análisis de las pruebas recaudadas, encuentra la Sala configurada una serie de indicios que permiten acreditar la existencia de la subordinación, así:

### 5.1. Indicio por el lugar de trabajo

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 25 de noviembre de 2021. Rad.: 20001-23-39-000-2015-00195-01(5186-16)

<sup>22</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021

Al respecto, el Consejo de Estado<sup>23</sup> precisó:

*“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”.*

En el caso concreto, los testigos afirmaron que las labores desarrolladas por el demandante debían presentarse en las instalaciones de la Oficina de Instrumentos Públicos de Manizales en el puesto de trabajo a él asignado.

Por lo tanto, se encuentra acreditado que el actor desempeñó las actividades para las cuales fue contratado, en las instalaciones de la Oficina de Instrumentos Públicos de Manizales, donde tenía un lugar de trabajo asignado.

## **5.2. Indicio por cumplimiento de horario:**

Al respecto, el Consejo de Estado<sup>24</sup> precisó:

*“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.) 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”.*

De la prueba testimonial recaudada, se desprende con claridad que el demandante debía desempeñar sus labores dentro de un horario de trabajo previsto, conforme lo disponía el Registrador de la Oficina de Instrumentos Públicos, no siendo posible por parte del demandante, realizar dicha labor a su antojo o en el horario que quisiera.

De acuerdo con la declaración del señor Juan Carlos Flórez Gallego, el horario laboral siempre era de 7:15 am sin hora de salida y ocasionalmente los días sábados. El testigo Santiago Alirio Castaño Gaitán, señalaron que el horario de entrada era en el horario de oficina a las 7:30 am. Adicionalmente, fueron contestes al referir que inicialmente pactaron turnos con los demás contratistas, no obstante, por órdenes del jefe directo el señor Registrador de Instrumentos Herman Zuluaga, dicho acuerdo no pudo realizarse y les ordenó cumplir el horario laboral.

Por su parte, el testigo Federico Montes Zapata, refirió que el Registrador los obligaba a estar 15 minutos antes de abrir la ventanilla de atención al público y además debían pedir

---

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021

permiso a su superior, en caso de requerir realizar diligencias de índole personal dentro del horario laboral.

Además, el cumplimiento de dicho horario resultaba necesario en atención a las funciones desarrolladas por el demandante, que consistían, por ejemplo en: - *Recibir los turnos de documentos producidos en las ventanillas de registro en orden de radicación o consecutivo y llevarlos para ser procesados en la línea de producción;* y concretamente la cláusula 14 de todos los contratos señala expresamente que el demandante se obligaba a:

*“Prestar en forma personal el servicio, por lo que no podrá subcontratar la labor contratada, dadas las condiciones y características de las actividades, se requiere que su ejecución se realice **durante la jornada ordinaria de trabajo**, sujeta en todo caso a las necesidades del servicio y a los horarios de atención al público definidos por la Superintendencia de Notariado y Registro, por cuanto estos se inician quince minutos antes de la apertura de la ventanilla, hasta el último documento radicado.”* (se destaca)

Cabe señalar que la entidad demandada no refuta el cumplimiento de horario de trabajo por parte del demandante, simplemente encausa su líbello en señalar que dicho horario, no es el único criterio para establecer la subordinación.

### **5.3. Indicio por la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar:**

Al respecto, el Consejo de Estado<sup>25</sup> precisó:

*“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”.*

En el presente caso se tiene que, el demandante en el desarrollo de las actividades para las cuales fue contratado debía acatar las directrices de la entidad contratante, ello resulta evidente de la lectura de los contratos, en tanto imponían por ejemplo, que debía *“Desempeñarse en los roles de alistamiento, digitalización, calidad, custodia, segunda digitalización, armado y disposición física de documentos”*.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021

<sup>26</sup> Así se consignó en todos los contratos



Adicionalmente, todos los testigos coincidieron en señalar que el Registrador de Instrumentos Públicos Herman Zuluaga era el jefe directo del demandante; adicionalmente, el testigo Santiago Alirio Castaño Gaitán señaló que, se había acordado con los demás contratistas turnos de atención, que no obstante ello, no se pudo realizar debido a que el señor Zuluaga exigió cumplimiento de horario al señor Bohórquez, quien además hacía llamados de atención en caso de ausentarse de sus labores.

Encuentra la Sala que, las declaraciones de los señores Juan Carlos Flórez Gallego, Santiago Alirio Castaño Gaitán, Federico Montes Zapata, son creíbles en la medida en que, al prestar sus servicios en la Oficina de Instrumentos Públicos de Manizales tenían conocimiento de los hechos relatados, además de ser coincidentes con las fechas, y las actividades señaladas en los contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante, suministran detalles específicos de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que eran ejecutadas dichas actividades. Además, no evidencia contradicción o falencia en sus declaraciones que pueda restar valor probatorio a la prueba testimonial o que permita afirmar la existencia de una indebida valoración por parte del *a quo*.

Por consiguiente, en el presente asunto no puede hablarse de una simple relación de coordinación de las actividades que ejercía el contratista, toda vez que en su ejecución, el actor estaba sujeto a las directrices de la entidad contratante, sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos, para que el contratista desarrollara sus labores; sin que a este le asista algún tipo de independencia, lo que demuestra la existencia de una verdadera subordinación.

#### **5.4. Indicio por el criterio funcional o del ejercicio permanente u ordinario de labores misionales asignadas a la entidad pública<sup>27</sup>**

De las cláusulas de los referidos contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante se evidencia que, su finalidad -entre otras- era desempeñarse en los roles de alistamiento, digitalización, calidad, custodia, segunda digitalización, armado y disposición física de documentos y en general, es decir trámite de la documentación que está relacionada con el servicio público que desarrollan las oficinas de registro de instrumentos públicos.

Las funciones antes mencionadas y que debía desarrollar el demandante, se encuentra en línea con lo dispuesto en la Ley 1579 de 2012<sup>28</sup>, normativa que establece como función principal de las oficinas de instrumentos públicos el registro de la propiedad inmueble<sup>29</sup>, labor que es realizada por los Registradores de Instrumentos Públicos y que de acuerdo con el artículo 2 de la citada norma, tiene como objetivo el siguiente:

*“ARTÍCULO 2o. OBJETIVOS. El registro de la propiedad inmueble tiene como objetivos básicos los siguientes:*

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Rad.: 73001-23-31-000-2008-00081-01(1618-09)Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección "A" C.P.: César Palomino Cortés, 26 de julio de 2018. Rad.: 68001-23-31-000-2010-00799-01.

<sup>28</sup> Por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones..

<sup>29</sup> Artículo 1, Ley 1579 de 2012

- a) *Servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos de conformidad con el artículo 756 del Código Civil;*
- b) *Dar publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extingan derechos reales sobre los bienes raíces;*
- c) *Revestir de mérito probatorio a todos los instrumentos públicos sujetos a inscripción”.*

Dicho registro tiene unos pasos, los cuales se encuentran descritos en el Capítulo V de la Ley 1579, que según el artículo 13 corresponden a: *“la radicación, la calificación, la inscripción y la constancia de haberse ejecutado esta.”*. De este proceso, concretamente el paso de la *“radicación”*, de acuerdo con el artículo 14 consiste en:

*“Recibido el instrumento público por medios electrónicos y con firma digital de las Notarías, Despachos Judiciales o Entidades Públicas o en medio físico o documental presentado por el usuario, se procederá a su radicación en el Diario Radicador, con indicación de la fecha y hora de recibo, número de orden sucesivo anual, naturaleza del título, fecha, oficina y lugar de origen, así como el nombre o código del funcionario que recibe.*

*Las Notarías y autoridades que envíen vía electrónica los instrumentos, se les dará constancia escrita de recibido por el mismo medio y con las mismas seguridades.*

*A quien lo presente para su registro se le dará constancia escrita del recibo, fecha, hora y número de orden. Estas circunstancias se anotarán tanto en el documento electrónico que se le comunique a la Notaría o autoridad de origen o al interesado en el instrumento que se le devuelva, como en el ejemplar destinado al archivo de la Oficina de Registro”.*

Así, se concluye que, todas las funciones desempeñadas por el actor, hacían parte esencial de las funciones que tiene a su cargo la entidad contratante y que hace parte específicamente del proceso de radicación del instrumento público, labor que hace parte del giro ordinario y habitual del servicio que prestan las Oficina de Instrumentos Públicos.

#### **5.5. Indicio por el criterio de igualdad:**

Al respecto, el Consejo de Estado<sup>30</sup> precisó:

*“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 el caso concreto se tiene que, en los contratos de prestación de servicios celebrados entre el demandante y la entidad demandada, las actividades específicas consistían entre otras en:

---

<sup>30</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021

- *Desempeñarse en los roles de alistamiento, digitalización, calidad, custodia, segunda digitalización, armado y disposición física de documentos. - Recibir los turnos de documentos producidos en las ventanillas de registro en orden de radicación o consecutivo y llevarlos para ser procesados en la línea de producción. - Dentro del rol de alistamiento debe organizar los documentos de acuerdo al principio de prioridad o rango, la ordenación se encuentra definida por la SNR (recibo de caja, boleta fiscal o impuesto de registro, copia numerada de la escritura u oficio, anexos, ultima hoja de las firmas de las copias para la oficina de registro, catastro e interesados, con el respectivo sello y firma de notario), dejar las anotaciones de lo encontrado en los documentos (incompletos, rotos, fotocopias, etc.), para que posteriormente se puedan ingresar en el sistema de gestión documental (SGD-IRIS); ingresar cada turno en una carpeta mientras se termina el proceso de la línea de producción; retirar el material abrasivo de los documentos; ordenar los documentos de acuerdo a instructivo; entregar los paquetes de documentos al digitalizador.*

En la Resolución 11682 del 19 de octubre de 2015 "*Por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Superintendencia de Notariado y Registro*"<sup>31</sup> Se contempla entre los empleos de carrera administrativa, varios cargos entre cuyas competencias funcionales esenciales se encuentran las que desempeñaba el demandante, como el Técnico Administrativo grado 16 código 3124, el Técnico Operativo grado 14 código 3132 o Auxiliar Administrativo grado 18 código 4044.<sup>32</sup>

De manera que, es evidente que las funciones desempeñadas por el demandante son propias del personal de planta de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, no obstante haber sido desempeñadas en virtud de contratos de prestación de servicios.

#### **5.6. Indicio de criterio de la continuidad<sup>33</sup>:**

El Consejo de Estado<sup>34</sup> ha precisado que, los contratos de prestación de servicios se realizan para adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, por lo tanto, si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración y si la tarea acordada no corresponde a actividades nuevas, que no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados<sup>35</sup> o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta

---

<sup>31</sup>[3.MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES.pdf \(supernotariado.gov.co\)](#)

<sup>32</sup> Vgr. Pág. 408 (Técnico Administrativo grado 16 código 3124); pág. 512 (Técnico Operativo grado 14 código 3132); pág. 521 (Auxiliar Administrativo grado 18 código 4044); página 542 (Auxiliar Administrativo grado 18 código 4044).

<sup>33</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter, 1 de marzo de 2018, Rad.: 23001-23-33-000-2013-00117-01(3730-14).

<sup>34</sup> Consejo de Estado sentencia de 3 de marzo de 2011. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad 15001-23-31-000-1999-02528-01(0693-10).

<sup>35</sup> Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "A" Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón Rad.: 68001231500020020210401 (0233-08)

En este caso, la contratación del demandante a través de los contratos de prestación de servicios ocurridos dentro del lapso comprendido entre el 15 de diciembre 2014 y el 12 de septiembre de 2017, esto es, por cerca de 4 años, con breves interrupciones, no superiores a un mes, como se indicó previamente, en el acápite "4. Hechos acreditados".

Lo anterior permite inferir lógicamente que, las actividades desarrolladas por el demandante al servicio de la entidad no eran ocasionales, ni extraordinarias a las actividades misionales de la entidad; que los contratos sucesivos de prestación de servicios, eran para desempeñar funciones permanentes, esto es, que no tenían el carácter de transitorias, accidentales o esporádicas.

## **6. Conclusión**

Teniendo en cuenta lo expuesto, esto es: el lugar de trabajo, la sujeción a un horario laboral, la dirección y control efectivo de las actividades ejecutadas por el demandante; aunado a que las actividades desarrolladas son inherentes a la misión y objetivo principal de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, y a las condiciones de permanencia de las labores por cerca de 4 años, se concluye que: se encuentra acreditada la relación de subordinación o dependencia del demandante, que va más allá de la simple coordinación de actividades.

Por lo tanto, contrario a lo afirmado por el apelante, de los documentos y testimonios, no es posible concluir que el demandante desarrolló las actividades para las cuales fue contratado con autonomía e independencia.

Así las cosas, es claro que los contratos de prestación de servicios por medio de los cuales se contrató al demandante para la prestación de sus servicios, pretendían enmascarar una verdadera relación laboral, en detrimento de los derechos laborales del actor, pues en la prestación del servicio se cumplieron los elementos de subordinación, remuneración y prestación personal del servicio.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada.

## **3. Costas en esta instancia**

Atendiendo a lo dispuesto por el artículo 365 del CGP aplicable por expresa remisión normativa del CPACA, no se condenará en costas en esta instancia, teniendo en cuenta las partes no incurrieron en gastos procesales, ni efectuaron actuación alguna en esta instancia.

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

## **RESUELVE**

**Primero:** **Confirmar** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales el 25 de julio de 2022 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jaime Eduardo Bohórquez Castrillón contra la Superintendencia

17-001-33-33-008-2018-00223-02

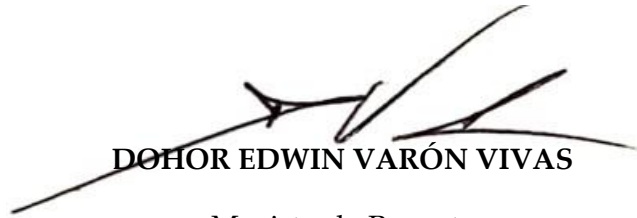
de Notariado y Registro.

**Segundo:** Sin costas en esta instancia.

**Tercero:** Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 073 de 2022.

**NOTIFICAR**



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**

Magistrado Ponente



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Magistrado

**AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN**

Magistrado

(ausente con permiso)

17001-23-33-000-2018-00451-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintiuno (21) de OCTUBRE de dos mil veintidós (2022)

S. 171

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, integrada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA (el Dr. Augusto Ramón Chávez Marín se halla en permiso), procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso **CONTRACTUAL** promovido por la sociedad **SUSUERTE S.A.** contra la **EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD -EDSA.**

#### ANTECEDENTES

#### PRETENSIONES

Pretende SUSUERTE S.A que se ordene a la EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD - EDSA realizar una modificación contractual para determinar el valor definitivo del Contrato de Concesión N°001 de juegos de suerte y azar suscrito entre las partes el 18 de noviembre de 2016, teniendo en cuenta el impacto negativo que generó el aumento del IVA del 16% al 19% con ocasión de la reforma tributaria adoptada mediante la Ley 1819 de 2016. Como consecuencia de ello, impetra se ordene a EDSA que reembolse a la demandante los valores pagados en exceso, que durante los 5 años de ejecución del contrato, ascienden a la suma de \$1.272'505.424, o la suma que para el momento de hacerse el reembolso hubiere pagado la accionante, sumas a las que debe adicionarse el pago de intereses a la máxima tasa legal permitida.

#### CAUSA PETENDI

Como fundamento de las pretensiones se expuso que SUSUERTE S.A y EDSA suscribieron el Contrato N°001 de 18 de noviembre de 2016, con el cual esta le

entregó a aquella mediante la modalidad de concesión, la operación de los juegos de suerte y azar en el Departamento de Caldas por el período comprendido entre el 1° de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2021.

Explicó que la venta del chance se hace a través del sistema de IVA incluido en el precio pagado por el apostador, lo que implica que cuando una persona compra un chance, SUSUERTE S.A. recibe un pago al que se resta el valor del IVA, obteniendo así el valor de lo que se denomina “venta bruta”, que sirve para calcular los mínimos contractuales. En ese contexto, mencionó, al momento de suscribir el acuerdo contractual, la tarifa del IVA era del 16%, y aumentó al 19% con la reforma tributaria prevista en la Ley 1819 de 2016, afectando gravemente los mínimos contractuales, pues con la nueva tarifa, al valor que recibe SUSUERTE hay que reducirle un 19% y no un 16%, que era lo inicialmente pactado.

A partir de lo expuesto, considero que es menester un ajuste contractual que refleje la nueva realidad producida por el incremento en la tarifa del IVA, pues el incremento en 3 puntos generó un impacto negativo en el equilibrio contractual frente a SUSUERTE S.A., ya que las ventas brutas son inferiores a los mínimos contractuales pactados, lo que ha generado que la empresa demandante deba realizar ajustes para poder cumplir con las obligaciones contraídas con EDSA.

#### **CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.**

La **EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD -EDSA** se pronunció en oposición a las pretensiones de la parte demandante con el libelo que reposa de folios 51 a 59 del cuaderno principal. Aludiendo a los hechos, indico que no es cierto que el valor de las ventas brutas sea la base para calcular los mínimos contractuales, lo que emerge de los artículos 23 de la Ley 643 de 2001 y 2° del Decreto 1350 de 2003, compilado en el Decreto 1068 de 2015.

Como argumentos de la defensa, insistió en que, contrario a lo expuesto por la parte actora, la tarifa de los derechos de explotación equivale al 12% de los ingresos brutos, y este último concepto se define como el valor total de las apuestas registrado en los formularios oficiales de juego, es decir, el valor que paga el apostador; adicionalmente, el concepto de rentabilidad mínima que determina los mínimos contractuales, se basa en las ventas de chance y no en lo que aspire ganar

el operador del juego, por lo que si a alguien afecta el aumento del IVA es al apostador y no a SUSUERTE S.A., por lo que su reclamación carece de fundamento.

Como excepción formuló la que denominó 'CARENCIA DE OBJETO DE LA DEMANDA', basada en la información suministrada por la firma auditora del contrato de concesión, que denota que los ingresos brutos percibidos por SUSUERTE S.A. luego de la aplicación de la nueva tarifa del IVA han aumentado, por lo que el incremento del valor de este tributo no ha desestimulado las ventas de chance, ni ha incidido en la forma negativa planteada en la demanda.

### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

➤ **SUSUERTE S.A.** /fls. cdno. ppl/: Expresó que el concepto de 'rentabilidad mínima' hace alusión a una suma fija que la concesionaria debe pagar por la operación del juego, cifra que se encuentra pactada en el acuerdo contractual y que es diferente a la 'rentabilidad del negocio', que es a la que alude EDSA a lo largo del trámite procesal, concepto que además se determinó con base en la prueba testimonial recaudada. Iteró que la rentabilidad mínima pactada en el contrato es la que SUSUERTE S.A. tiene que pagar durante los 5 años de vigencia del acto negocial. Refirió que la Ley 1955 de 2019 zanjó la discusión que se da en esta causa judicial, ordenando el ajuste de los contratos de concesión en los que el valor de la apuesta incluya el IVA, cuando la tarifa de este impuesto aumente.

➤ **EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD - EDSA** /fls. 111-117 cdno. ppl/: Reiteró que los 'mínimos contractuales' pactados se basan en las ventas que se hagan por juegos de chance, y no en el valor de la apuesta, que es el valor de la venta con el descuento del IVA, por ende, el costo del IVA lo asume el apostador, no la concesionaria, el IVA termina afectando el valor de la apuesta que hace el ciudadano, mas no el número de ventas mínimas que debe realizar SUSUERTE S.A. para pagar sus obligaciones con la concesión.

Anoto que, incluso, tampoco se afectan las utilidades esperadas por la concesionaria, pues el hecho de ganar o perder en la concesión depende de que no



existan ganadores en las apuestas y no del valor del IVA, por lo que las ganancias dependen del azar y no es posible establecerlas. Aclaro que el incremento del IVA puede generar disminución o aumento en las ventas de chance, y no existen estudios que realmente midan si esta influencia en el caso concreto fue positiva o negativa.

Para finalizar, cuestiona la falta de certidumbre de los testimonios aportados por la parte demandante, y considero que el ajuste pretendido no es una situación que deba producirse de forma automática por el incremento del IVA, además de que en el caso concreto, SUSUERTE S.A. no demostró que el incremento del IVA le haya generado un daño patrimonial o un decrecimiento en sus ingresos brutos.

El **MINISTERIO PÚBLICO** rindió concepto de mérito pidiendo que se nieguen las pretensiones de la sociedad demandante /fls. 100-110 cdno. 1/. Luego de abordar los pormenores de la ecuación económica del contrato, menciono que de acuerdo con la jurisprudencia de esta jurisdicción especializada, el aumento en la carga impositiva no implica por sí sola la afectación del equilibrio contractual, por lo que el juez debe evaluar la incidencia en el cumplimiento de las obligaciones contractuales con base en las circunstancias de cada caso. En el caso concreto, a juicio de la vista pública, no se demostró que el incremento del IVA haya generado una afectación grave y anormal de las condiciones existentes al momento de pactar el acuerdo contractual, pese a que correspondía a la parte demandante acreditar el menoscabo alegado; además, por cuanto la reforma legislativa corresponde al alea normal de riesgo que debe asumir el contratista.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN**

Pretende la sociedad SUSUERTE S.A., se modifique el contrato de concesión de la operación de los juegos de apuestas permanentes o chance, que suscribió con la EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD - EDSA, por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2021, ajustando su valor, por el aumento de la tarifa del IVA del 16% al 19%, establecida por la Ley 1819 de 2016.

## PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, los problemas jurídicos a resolver se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

- i) ¿Se afectó el equilibrio económico del contrato de concesión N° 001-2016 suscrito entre SUSUERTE S.A. y EDSA, a causa del fenómeno jurídico “El hecho del príncipe”, en virtud de la Ley 1819 de 2016 que aumentó la tarifa del IVA del 16% al 19% para los juegos de suerte y azar?*
- ii) En caso afirmativo, ¿Hay lugar a la modificación del acuerdo contractual?*
- iii) ¿Debe EDSA restituir a SUSUERTE S.A. alguna suma por concepto de lo pagado en exceso durante la ejecución del contrato, y en caso tal, a cuánto asciende dicha suma?*

### (I)

#### LA AFECTACIÓN DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO ESTATAL

El artículo 4° ordinal 8° de la Ley 80 de 1993, con la modificación que le introdujo el canon 32 de la Ley 1150 de 2007, que consagra los derechos y deberes de las entidades estatales, en aras de cumplir los fines contemplados en el artículo 3° *ibídem*, aquellas “*Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa...*”; al paso que el precepto 5° de la misma Ley de contratación estatal establece como derechos y deberes de los contratistas para la realización de los mismos fines consagrados en el artículo 3°,

“1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

Así mismo, el canon 27 del mismo esquema disposicional sobre la ECUACIÓN CONTRACTUAL, prevé que,

“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.

Al conceptualizar el equilibrio económico como elemento que gobierna el desarrollo de la actividad contractual del Estado, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo aludió lo siguiente (Sentencia de 10 de septiembre de 2020, Exp. Radicación número: 50001-23-31-000-2004-00887-01(50296), M.P. María Adriana Marín):

“(…) A través de los artículos 4, 5, 14, 25 numeral 14, 27 y 28 de la Ley 80 de 1993, el legislador consagró, en el ámbito de la contratación estatal, la figura del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, que de tiempo atrás fue elaborada e instituida por la jurisprudencia, en reconocimiento del hecho de que, si bien es cierto que, en principio, en materia de contratos funge el principio del *pacta sunt servanda*, esta exigencia de cumplimiento exacto de lo pactado, opera en la medida en que las condiciones existentes al momento de celebrar el contrato, se mantengan incólumes, por lo que se recurrió al principio del *rebus sic stantibus*, conforme al cual, las condiciones originales del contrato se deben mantener, siempre y cuando se conserve durante la etapa de ejecución o cumplimiento la situación de cargas y beneficios que soportaban las partes en el momento de su celebración, pero no se puede ni debe mantener, cuando esa situación sufre modificaciones entre el momento en que se trabó la relación negocial y una época posterior durante la ejecución del contrato; con fundamento en dicho principio, se abrió paso el derecho de la parte afectada por una situación imprevista y sobreviniente durante la ejecución de las prestaciones, a que se le restablezca la ecuación contractual, cuando haya sido gravemente afectada. Como reiteradamente lo ha reconocido la jurisprudencia, el equilibrio económico del contrato puede verse afectado por diversas causas, provenientes de la Administración contratante o exógenas a las partes del negocio jurídico que, si bien no corresponden a eventos de responsabilidad culposa en el ámbito de la contratación, sí dan lugar a reconocimientos económicos a favor de la parte afectada, en aras de restablecer el balance de la ecuación contractual que surgió al momento de celebrarse el negocio jurídico, cuando se consideraron equivalentes las prestaciones pactadas a cargo de las partes. (...) En todo caso, sea cual fuere la causa de la afectación de la ecuación contractual trabada al momento de la celebración del negocio jurídico, ella debe ser no sólo alegada expresamente en la demanda, sino

**acreditada en el proceso, junto con la prueba de los sobrecostos sufridos por el demandante y no reconocidos por la entidad**” /Resaltados de la Sala/.

Más recientemente, el Consejo de Estado, en fallo de 8 de junio de 2022 con ponencia del Doctor José Roberto Sáchica Méndez (Ex. 250002326000201101568 01 (53.299), expuso lo siguiente:

“(…) el desequilibrio económico surge ante una modificación sustancial de la simetría prestacional originalmente pactada, que es ajena a la conducta de los contratantes, en tanto tiene por génesis la existencia de circunstancias sobrevenidas (teoría de la imprevisión), o se presenta como consecuencia del ejercicio legítimo de los actos de autoridad de la administración (como el caso del hecho del príncipe y del ius variandi), cuyo impacto es capaz de romper la medida de equivalencia recíproca en que se fundaron las mutuas prestaciones de los contratantes, es decir, la ecuación contractual acordada” /Destacados extra texto/.

Uno de los aspectos relevantes de la ecuación financiera o económica del contrato estatal es que su afectación se da únicamente cuando los hechos que la ocasionan tienen un efecto sustancial, anormal o determinante en la desaparición de la conmutatividad o equivalencia de las prestaciones acordadas, y, por ende, no cualquier alteración o cambio en dichas condiciones emerge como título justificativo del derecho al restablecimiento del equilibrio económico entre las partes.

Como consecuencia de ello, no basta que quien alega el derecho a que se restituyan las condiciones originales de la celebración del acuerdo bilateral alegue o pruebe que estas cambiaron de forma sobreviniente, pues para que dicha prerrogativa surja, deberá acreditar que la afectación es de una magnitud tal, que desbordó el margen normal de riesgo que subyace a las relaciones negociales. Así lo ratificó el supremo órgano de lo contencioso administrativo en sentencia de 30 de marzo de 2022, con ponencia del Magistrado Fredy Ibarra Martínez, precisamente ante la

afectación alegada por causa de nuevas disposiciones en materia de tributos (Exp. 76001233100020110129701 (57.676):

“(…) Como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corporación, la sola demostración del incremento del valor de la estampilla no da lugar a acoger las pretensiones económicas de la sociedad contratista, quien, tenía la obligación de acreditar que por esa causa se alteró de manera grave el equilibrio financiero del contrato, lo cual no se demostró. En efecto, no se allegó al proceso la propuesta económica del contrato ni ninguna otra prueba que permita concluir que el cobro del 1% adicional por concepto de la estampilla pro Universidad del Valle alteró de manera grave el equilibrio económico del contrato o que dejó al contratista en una situación de pérdida. (…) La carga de la prueba de la grave alteración de la economía del contrato le correspondía a la parte demandante quien, en este caso no cumplió con ella, razón por la cual se impone revocar la sentencia apelada que accedió a las pretensiones de la demanda” /Resalta el Tribunal/.

También resulta menester anotar que la jurisprudencia de esta jurisdicción especializada ha establecido los ribetes propios de cada una de las circunstancias en las que se afecta el equilibrio económico del contrato estatal, pues dicha situación puede partir de causas diferentes y generar consecuencias jurídicas también diversas. Sobre este punto, en sentencia de 2 de marzo de 2020 con ponencia del Magistrado Martín Bermúdez Muñoz, el Consejo de Estado hizo alusión específicamente al hecho del príncipe y a la teoría de la imprevisión (Exp. 05001-23-31-000-2000-03448-01(41804):

“(…) La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado de señalar los requisitos de la <<teoría del hecho del príncipe>> y de advertir sus diferencias con la teoría de la imprevisión. La sentencia más reciente expedida sobre el

punto es la del 31 de enero de 2019<sup>1</sup>, en la cual, siguiendo lo dicho en pronunciamientos precedentes, la Subsección A de la Sección Tercera señaló (...):

<<c) **Hecho del Príncipe:** En tercer lugar, se encuentra el denominado *hecho del príncipe*, que corresponde a una actuación legítima de la Administración, aunque no como parte del contrato.

En efecto, consiste esta teoría, en el rompimiento del equilibrio económico del contrato que se presenta con ocasión de la expedición, imprevista y posterior a la celebración del contrato estatal, de medidas de carácter general y abstracto por parte de la entidad estatal contratante, que de manera indirecta o refleja afectan la ecuación contractual y hacen más gravosa la situación del contratista; se trata de actos que profiere la Administración, en su calidad de autoridad estatal, en ejercicio de sus propias funciones, y no como parte contratante en el negocio jurídico, pero que, sin embargo, tienen incidencia indirecta en el contrato y afectan su ecuación, ocasionando una alteración extraordinaria o anormal de la misma, que se traduce en un detrimento de los intereses económicos del contratista. Debe tratarse de una afectación grave, que sobrepase el alea normal de todo negocio, para que surja el derecho de la parte afectada a obtener el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en tal forma, que se restituya la equivalencia de prestaciones que existía originalmente. >>

(...) La jurisprudencia que ha desarrollado la <<teoría del hecho del príncipe>> se refiere particularmente a los eventos en los cuales la modificación de las condiciones del contrato proviene de la misma entidad contratante para indicar que,

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 31 de enero de 2019, Exp: **25000-23-26-000-2003-00650-01(37910)**, C.P. María Adriana Marín.

en estos casos, la modificación es imputable a la entidad, mientras que cuando es una entidad distinta la que genera tal modificación, debe recurrirse a la teoría de la imprevisión.

24.- Si la misma entidad contratante expide la disposición que afecta directamente uno de los elementos esenciales del contrato, es evidente que ella no cumple con su obligación de ejecutarlo en las condiciones pactadas, razón por la cual su obligación de restablecimiento no puede sujetarse a la misma exigencia prevista en el evento en que el desequilibrio es producto de circunstancias que le son ajenas.

25.- En esta dirección la jurisprudencia ha señalado: <<...la importancia de la distinción del régimen procedente frente al rompimiento del equilibrio económico de un contrato, si lo es el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión, radica en el hecho de que dependiendo de cuál de los dos sea el llamado a operar, la parte afectada negativamente con el hecho perturbatorio de la ecuación contractual tendrá derecho al reconocimiento integral de los perjuicios -en el caso del hecho del príncipe-, o únicamente, habrá lugar al reconocimiento de una compensación, limitada a las pérdidas que haya podido sufrir el cocontratante -caso de la teoría de la imprevisión...

<<“... en el caso del hecho del príncipe lo que se configura es una responsabilidad contractual sin falta, que es imputable a un hecho de la propia autoridad contratante y que rompe el equilibrio económico del contrato, por lo cual ella está obligada a reconocer tanto el daño emergente como el lucro cesante resultado de ese desequilibrio por ella ocasionado... En cambio, en lo que hace relación a la teoría de la imprevisión, en cuanto ella consiste en situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato que alteran la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave,



sin imposibilitar su ejecución, se contempla el deber de la Administración de concurrir en ayuda del contratista, ya que éste obra como su colaborador y requiere de ese apoyo para concluir con el objeto contractual, en el cual está fincado el interés de la entidad contratante... Pero la indemnización en este caso, *no será igual a la que correspondería en el caso del hecho del príncipe, ya que la circunstancia que trastornó en forma grave la ecuación contractual no le es imputable a la entidad contratante ni siquiera a título de responsabilidad sin falta*, sino que obedece a hechos ajenos a las partes y la Administración sólo procederá a compensar la ecuación desequilibrada por razones de equidad y como colaboración al contratista que de todas maneras tiene que ejecutar el contrato en condiciones adversas a sus cálculos iniciales...”.<sup>2</sup>  
/Resaltados fuera del texto original/.

Finalmente, es del caso anotar que, en tratándose de la imposición de nuevos tributos o el aumento del valor de los existentes que afectan las condiciones del contrato estatal, como en el *sub lite*, la jurisprudencia ha acudido a ambas figuras *-hecho del príncipe y teoría de la imprevisión-*, siendo enfática en el hecho de que las nuevas medidas tributarias no implican por sí mismas la afectación del equilibrio contractual, por lo que resulta menester que la parte actora acredite el grado de afectación (fallo de 14 de marzo de 2014, Exp. 85001-23-31-000-1996-0025201(14445), M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera):

“[L]a imposición de nuevos tributos, que afectan por vía de reflejo la economía del contrato, pueden, eventualmente, fracturar la ecuación contractual por el acaecimiento del denominado “hecho del príncipe” y en otras oportunidades, en cambio, ha señalado que tal supuesto se ajusta a la llamada teoría de la imprevisión. Pese a lo anterior, ha dicho la jurisprudencia en forma reiterada que, **cualquiera sea la teoría que se aplique, la imposición de nuevos tributos no**

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Exp. 15119, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

**equivale, per se, a un rompimiento automático del equilibrio económico del contrato estatal, sino que, tratése de un “hecho del príncipe” o de una circunstancia imprevista, debe analizarse cada caso particular, para determinar la existencia de la afectación grave de las condiciones económicas del contrato a raíz de la aplicación de la nueva norma tributaria (...) Es decir, no basta probar que el Estado -entidad contratante u otra autoridad pública- profirió una medida de carácter general, mediante la cual impuso un nuevo tributo, que el mismo se hizo exigible y que el contratista tuvo que pagarlo o se vio sometido a su descuento por parte de la entidad contratante, sino que, además, para que resulte admisible el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, debe probar que esos descuentos representaron un quebrantamiento grave de la ecuación contractual establecida inicialmente, que el mismo se sale de toda previsión y que, además le representa una mayor onerosidad en la ejecución de la prestación a su cargo. Lo anterior, por cuanto no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato constituye rompimiento del equilibrio económico del mismo, pues siempre, en todo negocio, existen unos riesgos inherentes a la actividad contractual, que deben ser asumidos por el contratista” /Resaltados extra texto/.**

Colofón de lo expuesto, resulta indudable el derecho que les asiste a los extremos contractuales a mantener las condiciones económicas existentes al momento de la suscripción del acuerdo bilateral, y a que estas sean restablecidas cuando se ven gravemente afectadas por causas que no les son imputables, prerrogativa que emerge del diáfano contenido del artículo 27 del estatuto contractual público.

Sin embargo, las reglas hermenéuticas señalan además, que para que proceda este derecho es preciso que la afectación sea considerable, analizada desde el punto de vista de los riesgos normales que asume el contratista una vez suscribe el acuerdo, por lo que no resulta válido afirmar que cualquier medida de orden general, como lo son las relativas a impuestos, tienen la potencialidad de afectar de modo

automático el equilibrio contractual, y bajo esta perspectiva, la demostración de sus efectos perniciosos y graves es una carga probatoria de quien las alega.

Con base en estos postulados de orden teórico, corresponde a la Sala de Decisión determinar si la empresa SUSUERTE S.A. probó que con la expedición de la Ley 1819 de 2016, y puntualmente, con el aumento de la tarifa del IVA del 16% al 19% sobre los juegos de suerte y azar, se vio afectada de forma estructural la ecuación económica del contrato de concesión del juego de apuestas permanentes (chance) que suscribió con la EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD -EDSA para el periodo 2017-2021.

## (II) CASO CONCRETO

La sociedad SUSUERTE S.A. (concesionario) y la EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD - EDSA (concedente) suscribieron el Contrato N° 001 de 2016 /CD. fl. 17 vto cdno. 1/, cuyo objeto se pactó en los siguientes términos:

*"Otorgar la concesión para la operación del juego de apuestas permanentes o "chance", para que el concesionario opere, por su cuenta y riesgo, dicha modalidad de juego de suerte y azar en todo el territorio del Departamento de Caldas bajo el control, fiscalización y supervisión de la Entidad concedente durante el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2021".*

En cuanto al valor, pactaron ambas partes lo siguiente (CLÁUSULA 2ª): *"El valor del contrato será aquel que resulte de sumar los Derechos de explotación, equivalentes al 12% de los ingresos brutos, más el 1% de los Derechos de explotación para gastos de administración, de conformidad con la Ley 643 de 2001 y la Ley 1393 de 2010. El valor del presente contrato se estima en CUARENTA y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS DIEZ Y SIETE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$ 49,183.217.275) Nota: Este valor está calculado con respecto al IPC del mes de octubre de 2016 y se actualizará mes a mes hasta el 31 de diciembre de 2016*

		VENTAS BRUTAS	TRANSFERENCIA A LA SALUD (12%)	% ADMINISTRACIÓN EDSA
AÑO 1	2017	76.434.684.900	9.172.162.188	91.721.622
AÑO 2	2018	78.727.725.447	9.447.327.054	94.473.271
AÑO 3	2019	81.089.557.211	9.730.746.865	97.307.469
AÑO 4	2020	83.522.243.927	10.022.669.271	100.226.693
AÑO 5	2021	86.027.911.245	10.323.349.349	103.233.493
TOTAL		405.802.122.730	48.696.254.728	486.962.547

...'

Posteriormente, mediante Otrosí N° 2, firmado entr ambas partes el 29 de diciembre de 2017, el valor del acuerdo contractual fue ajustado a la suma de \$ 49'203.543,045, según consta en el documento N° 2 del mismo CD.

#### INTERROGATORIO DE PARTE

Se recibió el interrogatorio de parte del señor **GERMÁN ALBERTO RAMÍREZ VÁSQUEZ**, Gerente Suplente de SUSUERTE S.A., Contador público con maestría en administración de empresas /CD. fl. 77 cdno.1/. Expuso que conoce la forma en la que se cancelan a EDSA los mínimos contractuales, en varias oportunidades han recibido sustentaciones de verificaciones al contrato de concesión realizadas por una firma de nombre PROFESCO. Explicó que cuando una persona adquiere un boleto de chance, este no tiene un precio fijo, es el ciudadano quien decide cuánto va a apostar, y en dicho valor se incluye el IVA y la apuesta. Lo que hace SUSUERTE S.A. es recibir el precio, restarle el IVA que es un ingreso de la Nación y la diferencia es el valor de la apuesta, en el recibo se indican ambos valores, lo que corresponde al IVA y al valor apostado. Refirió que los valores que debe pagar SUSUERTE por la concesión se liquidan con base en el valor pagado una vez restado el IVA, cifra a la cual se le aplica una tarifa del 12%, así mismo, que los ingresos brutos son el valor apostado, es decir, lo pagado por el cliente menos el IVA, sobre los cuales se liquidan los derechos de explotación.

Dijo que las utilidades que deriva SUSUERTE S.A. dependen de los ingresos que obtienen, los valores apostados (valor pagado menos el IVA), después restan los premios pagados a los apostadores, los derechos de explotación y gastos de

administración, gastos de ventas, financieros, nómina y otros, y así obtiene la ganancia. Agrega que los valores que las personas ganan se tiene normalmente calculados, y coinciden con este cálculo, se mueve en una media claramente establecida, además, que cuando el IVA era del 16%, si una persona apostaba \$ 1.000, el valor realmente apostado era de \$ 862, y ahora que el IVA es del 19%, el valor apostado frente a los mismos \$ 1.000 es de \$ 840. Precisó que el impacto negativo del incremento del IVA sobre la apuesta afecta directamente la expectativa de ganancia del apostador, aunque considera que son varios los afectados, porque el concesionario ve reducidos sus ingresos en el 3%, además, pueden afectarse los ingresos del concesionario, pues se reducen los incentivos para jugar chance, aclarando que esa empresa compite en el mercado con una oferta ilegal que no paga IVA y no hace retención en la fuente en caso de ganar el apostador.

Anotó finalmente que en juego de chance se utiliza el concepto del IVA incluido, que implica que en el valor pagado ya va inmerso el IVA, y cuando la tarifa de este impuesto sube, la empresa sigue pagando el mismo 12%, sin que la rentabilidad mínima haya sido ajustada, reiterando que esa sociedad ve reducidos sus ingresos en un 3%, y el apostador también vería reducido su premio en un 3%.

## **PRUEBA TESTIMONIAL**

A continuación, la Sala de Decisión alude a los aspectos relevantes aportados por la prueba testimonial recaudada:

**MARIA DEL PILAR SALAZAR GARCÍA:** Contadora, especialista en legislación tributaria y de aduanas, directora tributaria en SUSUERTE S.A. Declaró que el contrato de concesión fue suscrito cuando el IVA era del 16%, y aumentó en 2017 al 19%, generando un impacto en la rentabilidad del negocio en 3 puntos, porque el valor de la apuesta no tiene precio fijo, cuando aumenta el IVA el valor de la apuesta disminuye y con ello, disminuye la rentabilidad de la operación, aclarando que el valor pagado es el mismo pero el valor que se apuesta disminuye. Indagada por el Magistrado, sostuvo que los 3 puntos de aumento del IVA los termina asumiendo el apostador (min. 46:57, 1:14:20), no obstante, también señaló, se afecta el ingreso para la rentabilidad de la operación, pues la rentabilidad mínima fue calculada sobre un IVA del 16% y hay que cumplir con dicho valor. Explica que SUSUERTE S.A. paga el 12% del ingreso por derechos de explotación, y si este 12%

es menor a la rentabilidad mínima, lo que debe pagarse es la rentabilidad mínima.

Añadió que los ingresos brutos son los valores de la apuesta registrados en el formulario, y que a este hay que restarle el valor del IVA. Sobre la rentabilidad mínima, expone que la Ley 1393 establece la forma de calcularla, pero las partes en el contrato pueden negociarla. En cuanto a las utilidades del negocio, expresó que dependen del azar, del ingreso que se genere, lo que apuesten los apostadores, que ganen o no ganen, la utilidad en este negocio depende más del azar. No tiene información para decir si el aumento del IVA ha desincentivado a los apostadores. No ha visto que la Ley 1393 haya señalado el IVA como un factor determinante para calcular los mínimos contractuales.

Indagada por el procurador judicial, refirió que es correcto que el aumento del IVA afecta de manera negativa el valor de la apuesta y de los premios, por lo que el apostador resulta afectado, agregando que también se afectan los ingresos de la compañía, porque la empresa debe cumplir con la rentabilidad mínima inicialmente pactada, por lo que la empresa debe ajustar los mínimos contractuales así no haya percibido los ingresos que le permitan cumplir con estos topes.

**DIEGO SÁNCHEZ RÍOS:** es Contador especialista en impuestos y aduanas, revisor fiscal principal de SUSUERTE S.A. Relató que el contrato de concesión fue suscrito en 2016 por un término de 5 años, contemplaba unas partidas mínimas contractuales de acuerdo a las ventas realizadas, y SUSUERTE liquidaría sobre estas los derechos de explotación. SUSUERTE es el recaudador de los impuestos de renta e IVA.

Acotó que el incremento del IVA afectó la parte rentable del contrato, pues este se firmó con un IVA del 16% que luego aumentó al 19%, lo que causó un impacto en la rentabilidad de 3 puntos, pues el incremento no se tuvo en cuenta al momento de la firma. Reitera que la rentabilidad se afecta porque el chance no tiene un valor fijo, tiene un IVA incorporado, y no se contaba al inicio con el aumento del impuesto, lo que repercute en menos ingresos para la compañía, pues debe asumir el impuesto. Planteó que habría una disminución en el consumidor final, y SUSUERTE disminuye la rentabilidad, aunque no explicó cómo o en razón de qué ocurre esta disminución, pero dijo que este efecto se calcula en aproximadamente \$ 1.200'.000.000. Seguidamente precisó que ingresos brutos son los pagados por el apostador, y apuesta es el valor pagado sin incluir el IVA. También manifestó que

conoció el contrato suscrito entre SUSUERTE S.A. y EDSA, e indagado sobre la cláusula del acuerdo en la que se supeditan los mínimos contractuales al valor del IVA, respondió: *‘No señor, yo estoy con los mínimos contractuales porque el contrato lo dice, pero que yo diga que se supedita claramente al impuesto a las ventas, no señor, no lo recuerdo’* (Min. 1:52:22). Aludió que los mínimos contractuales son negociables, y las utilidades de SUSUERTE S.A. dependen de la comercialización y las ventas que realice la empresa, y a mayor número de ganadores, menos utilidades para la empresa.

Insistió en que al incrementarse el IVA se reduce la rentabilidad en 3 puntos porque se van a percibir menos ingresos, pues debe responder por un mayor valor de impuesto al Estado, fuera de ello, afirmó, al apostador que acierta se le reconoce el premio sobre el total del valor pagado inicialmente sin desagregar el IVA; no obstante, preguntado luego por el Magistrado sobre el mismo punto, respondió que, el valor de la apuesta sobre el cual se paga el premio, es aquel que resulta de descontar el IVA al valor pagado por el apostador, manifestando nuevamente que al apostador debe responderse por todo el valor que pagó; y al insistírsele sobre este punto por el Magistrado, mencionó tener confusión sobre el tema, pese a ser la persona que emite los certificados.

**CARLOS JULIO ARIAS MARÍN:** expuso ser especialista en legislación tributaria, de aduanas y en auditoría. Es representante de la firma PROFESCO, que tiene un contrato de asesoría con EDSA.

Relató que conoce el contrato de concesión desde la época en la que su firma presta los servicios de consultoría, han existido inconvenientes con el IVA, por lo que esa empresa ha emitido varios conceptos. Acota que el IVA lo asume el apostador y no SUSUERTE S.A., por lo que considera que el aumento del IVA al 19% no afecta en las ventas. Indagado por el Magistrado, respondió que el premio se paga antes de IVA, e indica que los menores ingresos por concepto del aumento del IVA pueden llegar a afectar a la empresa SUSUERTE S.A., pero se trata de impuestos que no pueden ajustarse. Manifestó que los derechos de explotación equivalen al 12% de los ingresos brutos, aclarando que esta cifra es la que se tiene en cuenta, incluso, para los estudios previos, nunca se toma el IVA.

Interrogado por la parte accionada, respondió que el aumento del IVA perjudica en menor grado a la empresa y en un mayor grado al apostador, porque SUSUERTE S.A.

paga la apuesta sobre el valor neto, sin el IVA, por eso se pagará menos al apostador, aunque la empresa tiene disminución de los ingresos. Seguidamente expresa que las utilidades de SUSUERTE S.A. dependen básicamente de que pague o no pague apuestas, entre menos ganen los apostadores tendrá mayor utilidad. Expone que el aumento del IVA no afecta los mínimos contractuales, porque estos se calculan sobre los ingresos brutos.

Acotó que, según los conceptos de la DIAN, el IVA no es un ingreso para las empresas, es un valor que se transfiere, y el aumento del 16% al 19% lo asume el apostador. Desde el punto de vista de la rentabilidad o las utilidades, mencionó que el aumento de la tarifa del IVA afecta en un 3% los ingresos de la empresa, pero EDSA no maneja la rentabilidad de SUSUERTE, y es un riesgo que se corre. Aclara, respecto a la rentabilidad mínima pactada, que no existe impacto por el aumento de la tarifa del IVA, porque esta se basa en los ingresos brutos.

Preguntado por el Magistrado, explicó así mismo, que desde el punto de vista contable, el menor ingreso por el aumento del IVA se ve compensado con los menores premios que debería pagar la empresa, por lo menos en porcentajes, y al momento de suscribirse el contrato, no se prevén o calculan las utilidades que SUSUERTE pretende percibir.

**JHON FREDY ARIAS MARÍN:** Igualmente Contador público, especialista en revisoría fiscal. Es asesor tributario y administrativo de EDSA. De su declaración únicamente extracta la Sala que los derechos de explotación se calculan sobre unos ingresos brutos, y las utilidades de SUSUERTE S.A. se dan por las mayores ventas de chance, los premios caducos y por el no cobro de los premios, además, en el contrato no queda pactada la utilidad, únicamente los mínimos contractuales.

Lo anterior, por cuanto el deponente fue excesivamente evasivo en las respuestas, pese a que el Magistrado lo requirió en varias oportunidades para que sus manifestaciones fueran concretas, de lo cual se dejó constancia, la que obra en el minuto 1:22:20 de la grabación.

## **TACHA DE TESTIMONIOS**

En este punto, advierte el Tribunal que ambos extremos de la controversia formularon tachas a los testimonios de su contraparte. En el caso de EDSA, tachó



las declaraciones de MARIA DEL PILAR SALAZAR GARCÍA, por el nexo de subordinación que existe entre la declarante y la empresa SUSUERTE S.A., y la de DIEGO SÁNCHEZ RÍOS, por ser el revisor fiscal de SUSUERTE S.A. Y lo propio hizo SUSUERTE S.A. frente a los testimonios de CARLOS JULIO ARIAS MARÍN y JHON FREDY ARIAS MARÍN, aludiendo a los vínculos que estos ostentan con EDSA, en virtud de la asesoría contable que le prestan a esta empresa.

Sobre la tacha de testimonios, el Código General del Proceso en el artículo 211 establece:

**“Imparcialidad del Testigo.** Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

En cuanto a la valoración de los testigos que han sido tachados, esta Sala Plural en varias ocasiones ha acudido a la hermenéutica del Consejo de Estado<sup>3</sup>, que ha considerado que ante una tacha, el testimonio no se desecha por completo, sino que se debe valorar con mayor rigor y de conformidad con las reglas de la sana crítica:

“... ”

Respecto de los testigos sospechosos, quienes se encuentran en situaciones que afectan su credibilidad e imparcialidad y cuya declaración, si bien puede recibirse, ha de analizarse con severidad, es decir, la norma citada en precedencia no permite que de antemano y solo con la manifestación de tacha se descalifique el testigo y se impida la recepción de la

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Magistrado Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, Sentencia del diecisiete (17) de octubre de 2018, expediente: 68001-23-33-000-2014-00483-01(0265-16).

declaración, sino todo lo contrario, una vez rendida la versión jurada deberá ser apreciada con mayor severidad de tal manera que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, por lo que, la regulación contenida en la disposición prenotada es la manifestación de las reglas de la sana crítica aplicada al ordenamiento procesal.” /Resaltado del Tribunal/.

Por ende, la circunstancia de que las personas que rindieron testimonio en esta controversia judicial hayan tenido vínculos contractuales con las partes, no conlleva a prescindir de manera automática de sus declaraciones, pues el hecho de que hayan participado en la asesoría, fiscalización o asesoría en el marco de la ejecución del contrato de concesión, precisamente revela el grado de conocimiento directo que tienen acerca de los pormenores del desarrollo del vínculo negocial cuyo presunto desequilibrio económico se aborda en este litigio; además, según los extractos hechos por la Sala en párrafos anteriores y las conclusiones que se abordarán ulteriormente, no existen en dichas declaraciones elementos que señalen que su imparcialidad o veracidad ha de desestimarse.

De ahí que como lo ha hecho esta colegiatura en otros procesos en los que se formula la tacha del testimonio, y conforme la regla hermenéutica aludida, proceda la apreciación de su contenido de manera más estricta, mas no el rechazo de tales declaraciones, como lo pretenden las partes.

\*\*\*

A partir del marco que orienta la teoría del equilibrio económico del contrato estatal, el derecho a su restablecimiento surge a partir de la acreditación suficiente de la afectación de la ecuación negocial, pues no todo hecho sobreviniente a la suscripción del acuerdo tiene el potencial de afectar estructuralmente el estado de cosas existente al momento del nacimiento del negocio jurídico, tal como ocurre con la aparición de nuevos tributos o el aumento en la tarifa de los existentes, y aun cuando estas situaciones puedan repercutir de manera negativa en alguna de las partes, también se anticipó que se requiere que sobrepasen los riesgos normales que asume cualquier contratista para que obtengan la protección del ordenamiento jurídico.

En este escenario, correspondía a la firma SUSUERTE S.A. demostrar que el aumento de la tarifa del IVA sobre las apuestas permanentes (chance) del 16% al 19% generó una afectación de tal magnitud, que se justifica la adopción de medidas tendientes a la modificación del negocio jurídico, específicamente en punto a su valor. Sin embargo, más allá de las afirmaciones de algunos deponentes, desprovistas de razones concretas que las justifiquen, la afectación alegada cae en el vacío probatorio.

En primer término, por cuanto en el cálculo de los mínimos contractuales no interfiere la tarifa del IVA, en la medida que estos se encuentran determinados expresamente en las normas que regulan esta especie de juegos de suerte y azar. El artículo 24 de la Ley 643 de 2001 (texto vigente a la suscripción del contrato, sin la modificación introducida por el canon 60 de la Ley 1955 de 2019) dispone al respecto:

“El Gobierno Nacional fijará la estructura del plan de premios del juego de apuestas permanentes o chance que regirá en todo el país.

La rentabilidad mínima del juego de apuestas permanentes o chance, para cada jurisdicción territorial, se establecerá como criterio de eficiencia y obligación contractual en los respectivos contratos de concesión, y corresponde al mínimo de ingresos brutos que, por la venta del juego de apuestas permanentes o chance, deben generar los operadores por cada año y durante toda la vigencia del respectivo contrato, de manera que se sostengan las ventas y se procure su crecimiento como arbitrio rentístico para la salud(...) /Resalta la Sala/.

Por su parte, el concepto de ingresos brutos se halla definido en el artículo 2.7.2.1.2 del Decreto 1068 de 2015, como “*el valor total de las **apuestas** registradas en los formularios oficiales del juego*”, mientras que, por apuestas, ha de entenderse “*(...) el valor pagado por el apostador, sin incluir el valor del impuesto sobre las ventas, registrado en el formulario oficial que da derecho a participar en el juego de apuestas permanentes o chance*” /Resalta la Sala/.

En consonancia con lo anterior, en la determinación de los mínimos contractuales o rentabilidad mínima en modo alguno interfiere el impuesto sobre las ventas (IVA), pues por expreso mandato de las normas jurídicas que gobiernan el juego de apuestas permanentes o chance, aquella se basa en los ingresos brutos, es decir, el total de las apuestas, entendidas como el valor registrado en el formulario, billete o boleto de chance, restando el IVA. De ahí que no pueda sostenerse válidamente que el aumento de la tarifa del IVA afectó los mínimos contractuales.

A lo anterior ha de sumarse que también se demostró que, dentro de la dinámica del juego de chance, el IVA lo asume el apostador, por lo que tampoco es dable sostener que el aumento del 16% al 19% en el valor del tributo representó una mengua automática en los ingresos de SUSUERTE S.A. como concesionario. Ello se desprende de la definición legal de “apuesta” ya aludida, que indica que el valor apostado equivale a lo que paga quien compra un boleto de chance, menos el valor del IVA.

Y como se mencionó a lo largo del recaudo probatorio, por ejemplo, como lo ilustraron varios de los declarantes, en el hipotético caso de un apostador que compraba un boleto de chance por \$ 1.000 cuando la tarifa del IVA era del 16%, de esos \$1.000 había que restar \$160 por concepto de IVA del 16%, por lo que el valor realmente apostado era de \$ 840, es decir, que en caso de ganar, el apostador recibía un premio liquidado sobre \$ 840 y no sobre los \$1.000 que canceló por el chance. Actualmente, con el aumento de la tarifa del IVA al 19%, y continuando con el mismo ejemplo, de un chance de \$ 1.000, se restarán \$ 190 y el valor final de la apuesta será de \$ 810, que es la misma suma que servirá para liquidar el premio en el evento de acertar.

Así las cosas, resulta diáfano que el aumento del impuesto impacta directamente en el apostador, quien se recibirá un premio menor porque la suma sobre la cual apostó ha disminuido, sin que el incremento tributario se refleje de manera directa o automática en la operadora del juego, en este caso SUSUERTE S.A.

Este aspecto fue reconocido por diversos declarantes dentro del plenario, incluso, el representante legal de SUSUERTE S.A al absolver el interrogatorio de parte admitió que el efecto negativo del aumento del IVA perjudica al apostador, y más allá de la afirmación reiterada de que SUSUERTE S.A. vio reducidos sus ingresos en un 3%, no hubo una explicación concreta ni clara de la razón por la que esto

supuestamente ocurre, y menos, de que dicha afectación sea de la dimensión exigida por las reglas jurisprudenciales para que pueda catalogarse como un perjuicio sustancial del sinalagma. Y aun cuando se mencionó de forma tangencial que el aumento del IVA podría desincentivar la venta de chance, hipótesis en la que sí podría ocurrir una afectación de SUSUERTE S.A., de ello nulo registro obra en el plenario, aspecto al que también se referirá el Tribunal ulteriormente.

Contrario al planteamiento de la parte demandante, en el proceso no se probó cómo podían afectarse los mínimos contractuales en el acuerdo de concesión como consecuencia del incremento en la tarifa del IVA, tesis que carece de fundamento, porque aquellos no se calculan con base en este impuesto, sino en los ingresos brutos, concepto en el que tampoco influye el tributo conforme ya hubo ocasión de aludir.

Por otra parte, la testimoniante MARIA DEL PILAR SALAZAR GARCÍA, directora tributaria de SUSUERTE S.A., admitió que las ganancias de la compañía dependen de diversos factores como lo la cantidad de apuestas vendidas y de que haya un menor número de ganadores, así mismo, precisó que no tiene conocimiento de que el aumento de IVA haya desincentivado la venta de apuestas permanentes, y pese a que los testigos fueron interrogados en varias ocasiones sobre este punto, ninguno de ellos precisó la manera concreta cómo se dio la supuesta afectación en 3 puntos en la rentabilidad de SUSUERTE S.A., al tiempo que aceptaron que el aumento del IVA afecta es al apostador.

En el caso del testigo DIEGO SÁNCHEZ RÍOS, revisor fiscal de SUSUERTE S.A., aceptó que los mínimos contractuales hallan su génesis en las ventas realizadas, además, dijo que la compañía debe asumir el mayor valor del impuesto, aunque tampoco explicó la razón de esta afirmación, y mencionó que las utilidades de SUSUERTE S.A. se derivan de las ventas y de que haya menos ganadores. En este punto, anota la Sala que el declarante cambió de versión durante su declaración y finalmente manifestó no tener claridad sobre si al apostador se le paga el premio sobre el total del valor que paga por la apuesta o únicamente sobre el valor neto, es decir, descontado el IVA, lo que denota su falta de claridad sobre el particular y el nulo valor probatorio que aporta al análisis judicial.

Finalmente, para reforzar la falta de prueba del alegado desequilibrio contractual, la EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD -EDSA aportó la certificación

elaborada por la firma auditora PROFESCO S.A.S, en la que se consignaron los resultados de las auditorías a los informes presentados por SUSUERTE S.A. a EDSA para la declaración de los derechos de explotación sobre la venta del juego de apuestas permanentes (chance), según el cuadro que se plasma a continuación, que denota que no hubo una disminución significativa en los ingresos brutos desde 2017 (año en el que entró en vigencia la tarifa del 19% del IVA), incluso, puede observarse que los mismos aumentaron en 2018 /fl. 60 cdno. 1/:

Mes	Año	Ingresos Brutos-Chance	Año	Ingresos Brutos-Chance	Año	Ingresos Brutos-Chance	Año	Ingresos Brutos-Chance
Enero	2015	6.124.756.868	2016	5.831.289.246	2017	6.136.321.357	2018	6.120.026.518
Febrero	2015	5.381.131.774	2016	5.472.387.553	2017	5.507.172.900	2018	5.779.846.090
Marzo	2015	5.577.097.188	2016	5.499.727.674	2017	5.952.255.322	2018	6.052.157.937
Abril	2015	5.422.340.328	2016	5.728.391.414	2017	5.573.078.040	2018	5.599.959.936
Mayo	2015	5.636.727.457	2016	5.822.260.169	2017	5.831.836.977	2018	5.838.276.097
Junio	2015	5.223.344.045	2016	5.831.035.691	2017	5.923.848.383	2018	5.883.860.271
Julio	2015	5.510.454.248	2016	6.105.158.778	2017	6.298.039.806	2018	6.008.461.465
Agosto	2015	5.406.103.594	2016	6.100.116.572	2017	6.014.482.396	2018	6.367.326.602
Septiembre	2015	5.518.995.104	2016	6.097.996.947	2017	6.254.869.631	2018	6.296.419.889
Octubre	2015	5.958.537.463	2016	6.397.313.770	2017	5.921.235.205	2018	6.498.861.526
Noviembre	2015	5.784.094.767	2016	6.420.939.694	2017	6.019.740.018	2018	6.445.678.481
Diciembre	2015	7.123.378.998	2016	7.593.982.161	2017	7.323.862.771	2018	7.750.592.783
		<b>68.666.961.834</b>		<b>72.900.599.669</b>		<b>72.756.742.806</b>		<b>74.641.467.585</b>

En conclusión, dentro de esta controversia contractual, SUSUERTE S.A. se limitó a afirmar que el aumento de la tarifa del IVA del 16% al 19% redujo sus ingresos como operadora del juego de apuestas permanentes (chance), sin que en el plenario lograra explicar las razones que sustentan este planteamiento, pues tanto las normas que regulan este tipo de apuestas como las pruebas recaudadas permiten señalar que el incremento en la tarifa del IVA afecta directamente a quien adquiere el formulario o boleto del chance y no a la concesionaria; así mismo quedó demostrado que las ganancias o utilidades de SUSUERTE S.A. se basan en factores como la cantidad de chances vendidos o el número de personas que acierten en el juego, circunstancias que no dependen directamente de la tarifa o valor del impuesto, y tampoco apareció probado que el IVA del 19% haya desincentivado a los apostadores, a tal punto que según las certificaciones que obran en el cartulario, los mínimos contractuales no presentaron disminución, y en algunos años aumentaron.

Aunado a lo anterior, en el contexto del presunto desequilibrio contractual discutido, lo único que apareció acreditado fue que la tarifa del IVA sobre los juegos

de suerte y azar pasó del 16% al 19% en virtud de la Ley 1819 de 2016, y de acuerdo con la jurisprudencia abordada en la primera parte del este fallo, esta situación por sí misma no implica la alteración estructural de la ecuación contractual, pues para ello se precisaba probar que el cambio fue de tal magnitud, que derivó en la modificación absoluta de las condiciones existentes al momento de suscribir el acuerdo, elemento completamente ausente del debate probatorio.

En este contexto, el Tribunal coincide con la postura del Procurador Judicial, cuando conceptuó que en el sub lite no existen elementos probatorios que señalen la existencia del desequilibrio contractual alegado por SUSUERTE S.A., pues ninguno de los medios de convicción recaudados en el debate procesal apunta en esa dirección, por el contrario, el análisis judicial permite concluir que el impacto del aumento del IVA se dio en escenarios diversos a los del concesionario, y perjudicó a sujetos diferentes a la empresa demandante, razón que impone denegar las pretensiones, tendientes a la modificación del valor del contrato y el restablecimiento del equilibrio entre las partes.

## **COSTAS**

Con fundamento en el artículo 188 inciso 2° de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el canon 47 de la Ley 2080 de 2021, no habrá condena en costas en primera instancia, toda vez que no se observa que la demanda haya sido promovida con total ausencia de fundamento legal.

En mérito de lo expuesto, la SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL del Tribunal Administrativo De Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **FALLA**

**NIÉGANSE** las pretensiones de la parte actora, dentro del proceso **CONTRACTUAL** promovido por la sociedad **SUSUERTE S.A.** contra la **EMPRESA DEPARTAMENTAL PARA LA SALUD -EDSA.**

**SIN COSTAS** ni agencias en derecho en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

**NOTIFÍQUESE**

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 056 de 2022.



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado

**AUGIUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado  
Ausente con permiso



**PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**  
Magistrado



**Rama Judicial**  
**Honorable Tribunal Administrativo**  
**De Caldas**  
**Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía**



Radicado: 170012333002021-00108-00  
Medio de control: Popular (Protección de los derechos e intereses Colectivos)  
Demandante: Enrique Arbeláez Mutis  
Demandados: Unidad de Gestión del Patrimonio Autónomo Aerocafé,  
Scotiabank Colpatria – Asociación Aeropuerto del Café,  
Departamento de Caldas, Inficaldas, Infimanizales, Municipio  
de Manizales, Municipio de Palestina y la Unidad  
Administrativa Especial Aeronáutica Civil – Aerocivil.

**AI. 211**

Manizales, Octubre veintiséis (26) de dos mil veintidós (2022).

**Asunto**

En atención a las actuaciones procesales surtidas en el proceso de la referencia, y en conforme a las pruebas allegadas al proceso, se hace necesario pronunciarse sobre la necesidad de vinculación del Contratista Obrascón Huarte Laín S.A. Sucursal Colombia en atención al contrato de obra celebrado entre este último y la demandada el Patrimonio Autónomo Aerocafé administrado por Fiduciaria Colpatria S.A.

**Consideraciones**

Sobre el particular, es procedente traer a colación los fundamentos legales previstos en la Ley 472 de 1998, que refiere las intervenciones en las acciones populares, al respecto señala:

El artículo 14 de la citada norma, prevé:

*“La Acción Popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos.”*

Por su parte el último inciso del artículo 18 de la citada Ley, indica:

*“La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, si fuere conocido. No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación en los términos en que aquí se prescribe para el demandado.”*

Sobre el particular, el Consejo de Estado<sup>1</sup> ha manifestado que:

*“La Sala precisa al respecto que la ley 472 de 1998 enseña que el juzgador de primera instancia, en cualquier etapa del proceso adelantado en ejercicio de la acción popular, en caso de advertir la presencia de otros posibles responsables, del hecho u omisión que lesione intereses o derechos colectivos, de oficio ordenará su citación en los términos prescritos para el demandado (art. 18) (...) se recalca que en las acciones populares el legislador dotó al juzgador de poder de vinculación oficiosa de los posibles responsables. Tal poder implica, por su contenido, tener a los citados como demandados, ya que la intención del legislador al aludir a "posibles responsables" es la de entender que pueden haber participado en las conductas de acción u omisión que lesionan derechos colectivos, para que en el proceso se indague sobre su proceder.”*

De acuerdo a los preceptos normativos y jurisprudenciales, se colige que, ante la observancia de la presunta responsabilidad en la vulneración de los derechos colectivos, diferentes a las partes del proceso, y que fuera advertida en el trámite de la acción popular, se hace necesario su vinculación, en aras de establecer la obligación por los derechos infringidos. De tal manera, tendrá la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción, como se prevé para el demandado.

Conforme a las razones que motivan al Despacho de oficio pronunciarse sobre la vinculación del contratista Obrascón Huarte Laín S.A. Sucursal Colombia, obedece a la celebración del Contrato de Obra 09 de 2021 del 26 de marzo de 2021<sup>2</sup>, con la Unidad de Gestión del Patrimonio Autónomo Aerocafé cuyo objeto se describe: *“Realizar la Fase 1 de las actividades de explanación, transporte y disposición de materiales sobrantes, así como la construcción de obras varias de drenaje y la adecuación y conformación de sitios de depósito de materiales sobrantes, necesarios para la construcción de la Etapa 1 del Aeropuerto del Café, ubicado en el municipio de Palestina – Caldas”*

El anterior contrato se originó como consecuencia de la Convocatoria abierta PAUG-CA-01-2021, adelantada por la Unidad de Gestión del Patrimonio Autónomo Aerocafé con el fin de ejecutar la primera fase 1, en la Construcción del Aeropuerto Aerocafé.

Por lo anterior, se observa que el contratista en mención ejecutó las obras de la Fase 1 para la construcción del Aeropuerto del Café ubicado en el municipio de Palestina – Caldas. A su vez las pretensiones de la demanda se fundan en la vulneración de los derechos colectivos relacionados con los efectos de la convocatoria pública adelantada por la demandada en aras de ejecutar las obras iniciales para la construcción del Aeropuerto, ubicado en el municipio de Palestina-Caldas.

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre 2001, Radicación número: 25000-23-24-000-1999- 0033-01(AP-125), C. P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>2</sup> Contrato de Obra 09 del 2021 del 26 de marzo de 2021

[https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=20-4-11471615&g-recaptcha-response=03ANYolqsN2vDnKwoWJtavlxLBIOsr-aW7crATAYQiiXPb1e60iB4YyQqYbDDY9X8XNRoGhUz4qeXh4S2DRSR1ZOBqyIXf7AXVSzjM2Ltfba5LAIFFbrWjcWMn0w00Ruc7yrPxGCan5glUUypnvhaCEtYQTKRThsU2AuZTCvBfTb3vpHMGLtOgytDYBnxhe75VRXvtXxKOpNzPci0Ke\\_AKDG\\_sHOyoPPznhzQvWWOpJzJy\\_S-xn6BNwTQXMvGrPz\\_Cd6q8tjkHKJ\\_9pyY0ZSIE\\_xW-7cr0AagcgqfLW3h6XbtUdFwRu2\\_qSrpOy5qISdOJ0jY9veCIGWX4CDyXuykK1GuWGM\\_NPMMUbaDzXM117WCPqY\\_Ld\\_Dygd8OnMEKdghF2xyUvxHz\\_-fk4PNrzyo0RPHZmaZ3i1kGOA05nxZQGRVsKdmw6NhBg77tnnL7534Jsn-y70OFRSrPaIL-SbGKkFPHknEwbeEusnYPn0cvzB1RJwQKjGSu-x0bVeLuDKmHLYsCEahUB6ZrYwoEpDK8fvIR4J3imRgM1A](https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=20-4-11471615&g-recaptcha-response=03ANYolqsN2vDnKwoWJtavlxLBIOsr-aW7crATAYQiiXPb1e60iB4YyQqYbDDY9X8XNRoGhUz4qeXh4S2DRSR1ZOBqyIXf7AXVSzjM2Ltfba5LAIFFbrWjcWMn0w00Ruc7yrPxGCan5glUUypnvhaCEtYQTKRThsU2AuZTCvBfTb3vpHMGLtOgytDYBnxhe75VRXvtXxKOpNzPci0Ke_AKDG_sHOyoPPznhzQvWWOpJzJy_S-xn6BNwTQXMvGrPz_Cd6q8tjkHKJ_9pyY0ZSIE_xW-7cr0AagcgqfLW3h6XbtUdFwRu2_qSrpOy5qISdOJ0jY9veCIGWX4CDyXuykK1GuWGM_NPMMUbaDzXM117WCPqY_Ld_Dygd8OnMEKdghF2xyUvxHz_-fk4PNrzyo0RPHZmaZ3i1kGOA05nxZQGRVsKdmw6NhBg77tnnL7534Jsn-y70OFRSrPaIL-SbGKkFPHknEwbeEusnYPn0cvzB1RJwQKjGSu-x0bVeLuDKmHLYsCEahUB6ZrYwoEpDK8fvIR4J3imRgM1A)

En este sentido, la viabilidad de la vinculación, guarda relación con los hechos y pretensiones de la demanda, cuando se afirma sobre las afectaciones económica, sociales y ambientales que se pueden ocasionar con el proceso de contratación pública a efectos de la construcción de la primera fase de la construcción del Aeropuerto.

En este sentido, encuentra el despacho que se hace necesario la vinculación del contratista OBRASCÓN HUARTE LAÍN S.A. SUCURSAL COLOMBIA, de acuerdo a su participación en los hechos que pueden lesionar los derechos colectivos.

Por lo expuesto, la Sala Sexta Unitaria del Tribunal Administrativo de Caldas.

### Resuelve

**Primero:** Vincular al presente medio de control a la empresa OBRASCÓN HUARTE LAÍN S.A. SUCURSAL COLOMBIA, de acuerdo a los argumentos anteriormente expuestos.

**Segundo:** Se ordena notificar al vinculado en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 472 de 1998, y en la forma prevista en el artículo 199 del CPACA, modificada por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

**Tercero:** Acorde con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 472 de 1998, se correrá traslado al vinculado por el término de diez (10) días para que dé respuesta a la demanda, y soliciten la práctica de pruebas que estime necesarias, el término solo comenzará a correr al vencimiento del término de dos (2) días conforme lo prevé el CPACA.

**Cuarto:** Notifíquese la presente providencia conforme lo prevé el CPACA.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No.
FECHA: 27/10/2022
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Sentencia No. 257

Manizales, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022).

**Radicado:** 17001-23-33-000-2022-00064-00  
**Naturaleza:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Demandante:** Ana María Jaramillo Hurtado  
**Demandado:** Municipio de Manizales

Se emite sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

## I. Antecedentes

### 1. Demanda

#### 1.1. Pretensiones

Solicitó la nulidad de las Resoluciones 059 del 15 de febrero de 2021 y 125 del 24 de marzo de 2021, por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de manera retroactiva de unas cesantías y en consecuencia, se condene al municipio de Manizales a pagar: el mayor valor que se genere por la liquidación de la prestación en comento bajo el sistema de retroactividad y se tenga como base el último salario devengado; la actualización e indexación de dicha suma, y la sanción moratoria por la cancelación extemporánea de las cesantías.

#### 1.2. Hechos

Relató que, ha prestado sus servicios como titular del cargo de asesor adscrita a la Secretaría de Hacienda del municipio de Manizales, desde el 17 de diciembre de 1992 hasta el 28 de diciembre de 2020. Que desde el 1 de enero de 2020 hasta el 28 de diciembre de 2020 se desempeñó en el cargo de Secretaría de Despacho adscrito a la Secretaría de Hacienda.

Que la Secretaría de Servicios Administrativos expidió la Resolución 0059 del 15 de febrero de 2021, por medio de la cual reconoció cesantías definitivas; frente a ese acto interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto por medio de la Resolución 125 del 24 de marzo de 2021, confirmando la decisión inicial.

### **1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

Invocó como vulneradas la Ley 6 de 1945, artículos 12 y 17 y el Decreto 1252 de 2002. Sostuvo que de conformidad con las referidas disposiciones, a los empleados cuya vinculación se haya presentado antes del 30 de diciembre de 1996, se les aplica el régimen retroactivo conforme a lo que dispone el artículo 6° de la Ley 6 de 1945.

Que cuando la vinculación en comisión o encargo es en un cargo de libre nombramiento y remoción en la misma entidad, si su régimen de cesantías es retroactivo se conserva, no hay ruptura del vínculo laboral, el funcionario sigue al servicio de la misma entidad y por lo mismo su régimen de cesantías no cambia. Con base en lo anterior, sostuvo que el ente demandado omitió sin justificación, dar aplicación al régimen de cesantías que correspondía.

## **2. Contestación de la demanda**

### **2.1. El municipio de Manizales**

Se opuso a las pretensiones de la demandante y en cuanto a los hechos señaló que no le constaban; expuso que, al ser nombrado un funcionario en una situación administrativa transitoria o temporal llámese encargo o comisión en otro empleo del cual es titular, en vigencia del régimen anualizado de cesantías, queda sometido a este régimen por el tiempo de la comisión o del encargo, situación que fue aplicada al presente asunto.

Propuso las excepciones de fondo: *“CADUCIDAD DE LA ACCIÓN Y PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO”* al respecto señaló que, no se presentó la demanda dentro del término señalado en el artículo 164 del CPACA. *“LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA”* adujo que, los actos administrativos demandados gozan de presunción de legalidad, y fueron expedidos en obediencia y acatamiento de las normas en que deberían fundarse. Que al ser nombrado un funcionario en una situación administrativa transitoria o temporal llámese encargo o comisión en otro empleo del cual es titular, en vigencia del régimen anualizado de cesantías, queda sometido a este régimen por el tiempo de la comisión o del encargo. *“INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”* indicando que, no le asiste derecho alguno a la demandante. *“COBRO DE LO NO DEBIDO”* sostuvo que al no tener derecho a reclamar lo pedido, no nace la obligación para la administración de pagar a la demandante.

### **2.2. Axa Colpatria Seguros S.A. (llamado en garantía por el municipio)**

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante y señaló que no le constaban los hechos narrados en la demanda.

Propuso la excepción denominada *“LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO”*, basada en que, en la elaboración y notificación del acto administrativo no se materializó ninguna causal de nulidad que pudiera invalidar el actuar de la administración de conformidad con la normatividad vigente y los criterios jurisprudenciales.

Frente al llamamiento en garantía, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones:

“AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”, señalando que el contrato de seguro 1002541, se expidió únicamente para amparar el patrimonio de los asegurados y no de la entidad llamante en garantía. “AUSENCIA DE SINIESTRO”, basado en que el seguro contratado tiene por objeto amparar únicamente el patrimonio de los asegurados. “DEDUCIBLE”, señalando que corresponde a la suma que debe ser asumida por el asegurado en caso de presentarse un siniestro.

### 3. Alegatos de conclusión

El **Municipio de Manizales**, reiteró los argumentos señalados en la contestación de la demanda.

La **llamada en garantía**, reiteró los argumento base de la excepción de falta de legitimidad en la causa por activa y así mismo, señaló que en el presente asunto no se demostró la ocurrencia del siniestro que es requisito para el pago.

Los demás sujetos procesales no se pronunciaron en esta etapa.

## II. Consideraciones

### 1. Cuestión previa

El municipio de Manizales planteó la excepción de caducidad, basada en que, la demanda no se presentó oportunamente.

Al respecto, el artículo 164, ordinal 2, literal d) señala que, *“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”*.

En el caso concreto, se tiene que la demandante a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho demanda la nulidad de las Resoluciones 059 del 15 de febrero de 2021 y 125 del 24 de marzo de 2021, mediante las cuales el municipio de Manizales liquidó sus cesantías definitivas.

La Resolución 125 del 24 de marzo de 2021<sup>1</sup>, que concluyó la actuación administrativa fue notificada el 30 de marzo siguiente<sup>2</sup>, por lo tanto, el término de 4 meses para demandar vencía el 2 de agosto de 2021<sup>3</sup> y, como quiera que la demanda fue radicada el 29 de julio de 2021<sup>4</sup>, se arriba a la conclusión que la misma fue presentada oportunamente. Razón por la cual se negará la excepción de caducidad propuesta.

### 2. Problemas jurídicos

---

<sup>1</sup> Mediante al cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 059 de 2021

<sup>2</sup> AD. “14Anexo”

<sup>3</sup> Ello teniendo en cuenta que inicialmente los 4 meses daban con el 31 de marzo de 2021, no obstante por coincidir esa fecha con día sábado, el plazo se corrió hasta el 2 de agosto de 2021, por ser el día hábil siguiente.

<sup>4</sup> AD “01ActaDeReparto”

De conformidad con la fijación del litigio realizada en providencia anterior, se circunscriben en establecer: *¿La accionante cuenta con derecho a que las cesantías reclamadas, sean liquidadas con base al régimen retroactivo?*

En caso afirmativo: *¿Se encuentra acreditada la causación de la sanción por la mora de que trata la Ley 244 de 1995 en el pago de las cesantías definitivas de la demandante?*

*¿Hay lugar a ordenar a la llamada en garantía el reintegro de las sumas que deba cancelar la demandada en virtud de la póliza expedida?*

### **3. Primer problema jurídico**

#### **3.1. Tesis del Tribunal**

Las resoluciones 059 del 15 de febrero de 2021 y 125 del 24 de marzo de 2021, se encuentran viciadas de nulidad por haberse expedido con infracción de las normas en que debían fundarse, por cuanto a la demandante le asistía el derecho a que su auxilio de cesantías fuera liquidado en aplicación de régimen retroactivo contenido en la Ley 6 de 1945 y demás normas complementarias, pues: i) se vinculó al municipio el 17 de enero de 1992, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 y ii) no se comprobó su manifestación de voluntad para cambiarse al régimen anualizado.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco normativo sobre el sistema de liquidación de cesantías; ii) los hechos acreditados y iii) el análisis del caso.

#### **3.2. Marco normativo - Régimen de cesantías aplicables a los empleados públicos**

A través de la Ley 6ª de 1945, el Gobierno Nacional dictó, entre otras, disposiciones referentes a la jurisdicción especial de trabajo, y en sus artículos 12 y 17 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

La liquidación de dicha prestación social fue reglamentada a través del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, que indicó que:

*“De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendentales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses...”*

Ahora bien, el **Decreto 3118 de 1968** creó el Fondo Nacional del Ahorro y dentro de los objetivos que estableció para la administración de sus recursos, fijó los siguientes: «pagar

*oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»<sup>5</sup>, y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»<sup>6</sup>; con tales finalidades, el artículo 3 *ibidem* determinó que, las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; y en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.*

En cuanto a la liquidación anual de las cesantías, señaló:

*ARTÍCULO 27. Liquidaciones anuales. Cada año calendario, contado a partir del 1o. de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado, liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.*

*La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.*

*ARTÍCULO 28. Liquidación año de retiro. En caso de retiro del empleado o trabajador, el respectivo Ministerio, Departamento Administrativo, Superintendencia, Establecimiento Público o Empresa Industrial y Comercial del Estado, liquidará la cesantía que corresponda al empleado o trabajador por el tiempo servido en el año de retiro.*

...

*ARTÍCULO 33. Intereses en favor de los trabajadores. (Modificado por el Artículo 3. de la Ley 41 de 1975). El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta, intereses del nueve (9) por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial, inclusive sobre la parte de cesantía que se encuentre en poder de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47”.*

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibidem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

Para los empleados territoriales las cesantías seguirían siendo liquidadas bajo el régimen de retroactividad, no obstante, con los postulados que modificaron su naturaleza y cobertura, permitieron la afiliación a este de los empleados de las entidades territoriales y sus entes descentralizados (Ley 432 de 1998 y Decreto 1453 de 1998).

---

<sup>5</sup> Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

<sup>6</sup> Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.



Por otra parte, la Ley 50 de 1990 cambió el régimen de cesantías en el sector privado al anualizado, cuyas características fueron explicadas en su artículo 99, así:

*“El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*

*1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.*

*2a. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.*

*3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo. (...)”*

De otra parte, el artículo 13 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996<sup>7</sup>, extendió el régimen de cesantías fijado en la Ley 50 de 1990 a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigencia (31 de diciembre de 1996), en virtud del cual, la liquidación definitiva debía realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 del 5 de agosto de 1998<sup>8</sup> que amplió el régimen de cesantías de la Ley 50 de 1990 (anualizado) a los servidores públicos del orden territorial, así:

*“El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998”.*

En el caso de aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en la precitada Ley 344 de 1996, el artículo 2 del Decreto 1582 de 1998 preceptuó que para que los servidores públicos territoriales puedan afiliarse a un fondo de cesantías y acogerse al nuevo régimen anualizado, debían cumplirse las siguientes exigencias:

a) *La suscripción de un convenio entre la entidad territorial y el fondo de cesantías para efectos de administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores públicos de ese nivel que se encuentran bajo el sistema tradicional de retroactividad, y;*

b) *La coexistencia de la información y publicidad entre los tres sujetos (ente, fondo y*

---

<sup>7</sup> *“Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”*

<sup>8</sup> *“Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”*

*afiliado) para efectos de poner en conocimiento el traslado.*

Y el artículo 3º *ibidem* previó el siguiente procedimiento:

- “a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;*
- b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la seleccionada por el trabajador;*
- c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición”.*

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016<sup>9</sup>, señaló:

*“En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, **están cobijados por el régimen anualizado** de liquidación de cesantías, **al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado**, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998”. (Se resalta)*

Visto lo anterior, coexisten dos regímenes de cesantías, las retroactivas que son viables para quienes se vincularon a la administración pública hasta el 30 de diciembre de 1996 y las anualizadas creadas por la Ley 50 de 1990, inicialmente para el sector privado y que la Ley 344 de 1996 extendió a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigencia (31 de diciembre de 1996), incluidos los del nivel territorial.

Sin embargo, para aquellos servidores con vinculación anterior a la Ley 344 de 1996 y beneficiarios del régimen retroactivo, el Decreto 1582 de 1998 les concedió la posibilidad de acogerse al régimen anualizado de cesantías, previa solicitud, liquidación total de la prestación y entrega del emolumento al fondo de su elección, tal como lo previó en su artículo 3, como procedimiento necesario para el precitado cambio.

Por otra parte, el Decreto 1252 del 30 de junio de 2000, en el artículo 2, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores que a 25 de mayo de 2000 lo disfrutaban, hasta la terminación de la relación laboral.

Y en el mismo sentido, el Decreto 1919 del 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional a los servidores del orden territorial, en el artículo 3 previó que: *“Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de*

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 8001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16.

*cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.*

De conformidad con las disposiciones transcritas, se tiene que el régimen de liquidación retroactivo de cesantías regulado por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan, es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996 y con base en éste, se origina el derecho al reconocimiento y pago de un mes de salario por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por fracción, liquidados con base en el último salario devengado por el servidor público.

### 3.3. Hechos probados

- Mediante Resolución 059 del 15 de febrero de 2021<sup>10</sup>, emitida por la Secretaría de Servicios Administrativos del Municipio de Manizales, fueron reconocidas cesantías definitivas a la demandante, para lo cual consideró:

*“(…) Con el fin de no generar un posible detrimento patrimonial en contra del presupuesto de la Administración Municipal y que el empleado al momento de volver al cargo del cual es titular, no quede con la obligación de devolver dinero al Municipio de Manizales, se debe hacer dos liquidaciones de cesantías de la siguiente manera (…)”*

- La señora Ana María Jaramillo de Echeverri, interpuso recurso de reposición<sup>11</sup> contra la anterior Resolución, el cual fue resuelto desfavorablemente a sus intereses por medio de Resolución 125 del 24 de marzo de 2021<sup>12</sup>.

### 3.4. Análisis sustancial del caso concreto

Del material probatorio relacionado en el acápite precedente resulta demostrado que la demandante, se vinculó al servicio del municipio de Manizales, en el cargo de “ASESOR” adscrita a la Secretaría de Hacienda, desde 17 de enero de 1992 hasta el 28 de diciembre de 2020 de los cuales se precisa que, desde el 1 de enero de 2020 hasta el 28 de diciembre de 2020<sup>13</sup> se desempeñó en el cargo de Secretaria de Despacho

Por lo anterior, la Secretaría de Servicios Administrativos, reconoció las cesantías definitivas a la señora Jaramillo, dividiendo en dos periodos así:

1)

Nombre	Ana María Jaramillo Hurtado
Cédula de C.	24.320.158
Último cargo	Secretaria de Despacho
Dependencia	Secretaría de Hacienda

Tiempo de servicio	Días
--------------------	------

<sup>10</sup> AD “06AnexoDemanda”

<sup>11</sup> AD “07AnexoDemanda”

<sup>12</sup> AD “08AnexoDemanda”

<sup>13</sup> AD “06AnexoDemanda”

<i>Enero 1 de 2020 a diciembre 28 de 2020</i>	358
<i>Días no laborados</i>	
<i>Total días de liquidación</i>	358

<i>Sueldo mensual</i>	\$12.275.665
<i>Sueldo promedio</i>	\$16.154.964

<i>Valor cesantías</i>	
<i>Total por días laborados</i>	\$16.065.214
<i>Interés</i>	\$0

2)

<i>Nombre</i>	<i>Ana María Jaramillo Hurtado</i>
<i>Cédula de C.</i>	24.320.158
<i>Último cargo</i>	<i>Asesor</i>
<i>Dependencia</i>	<i>Secretaría de Hacienda</i>

<i>Tiempo de servicio</i>	<i>Días</i>
<i>17 de enero de 1992 a diciembre 31 de 2019</i>	10.064
<i>Días no laborados</i>	
<i>Total días de liquidación</i>	10.064

<i>Sueldo mensual</i>	\$11.548.741
<i>Sueldo promedio</i>	\$15.428.041

<i>Valor cesantías</i>	
<i>Total por días laborados</i>	\$431.299.450
<i>Intereses</i>	\$0

Que el valor total de cesantías por los dos periodos laborados es:

PRIMER PERIODO	\$16.065.214
SEGUNDO PERIODO	<u>\$431.299.450</u>
TOTAL CESANTÍAS	\$447.364.664

Que ANA MARÍA JARAMILLO HURTADO, durante el tiempo laborado se le han liquidado parcialmente cesantías por valor de \$164.166.171, y para el fondo Nacional del Ahorro \$167.687.549.

En vista de lo anterior tenemos:

VALOR TOTAL DE CESANTÍAS	\$ 447.364.664
VALOR CESANTÍAS PARCIALES LIQUIDADAS	\$ 164.166.171
VALOR LIQUIDADADO FONDO NAL AHORRO	<u>\$ 167.687.549</u>
TOTAL CESANTÍAS ADEUDADAS	\$ 115.510.944

(...)”<sup>14</sup>

En cuanto al régimen de cesantías que le resulta aplicable a la demandante, de acuerdo con las pruebas aportadas se evidencia que, su vinculación a la entidad territorial demandada data del 17 de enero de 1992, -fecha para la cual el esquema de cesantías vigente era el retroactivo, regido por la Ley 6ª de 1945.

De otra parte, no obra prueba alguna que permita afirmar que la servidora hubiese manifestado a la administración su deseo de optar por el régimen anualizado, ni que se haya adelantado alguno de los trámites subsiguientes exigidos por el Decreto 1582 de 1998 para su traslado.

Se resalta que, el mencionado decreto no previó la posibilidad de un cambio tácito de régimen, por cuanto esta es una manifestación voluntaria del servidor<sup>15</sup>, por lo que, para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado del servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, es preciso que el servidor le manifieste expresamente a la administración dicha determinación; de no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos.

Por lo tanto, toda vez que la señora Jaramillo se vinculó al servicio del municipio de Manizales desde el 17 de enero de 1992, hasta el 28 de diciembre de 2020, sin solución de continuidad y que no se presentó el traslado de régimen de cesantías, se concluye que, la demandante se encontraba cobijada bajo el régimen retroactivo de cesantías.

Ahora bien, sostiene el ente demandado que, al ser nombrado un funcionario en una situación administrativa transitoria o temporal llámese encargo o comisión en otro empleo del cual es titular, en vigencia del régimen anualizado de cesantías, quedaba sometido a este régimen por el tiempo de la comisión o del encargo.

Al respecto la Sala precisa que, el derecho a la liquidación de las cesantías retroactivas no se pierde por el simple cambio de cargo dentro de la misma entidad, por cuanto tal situación no se encuentra prevista en la ley.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado:

*“La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica en establecer que el régimen de cesantías retroactivas se mantiene para los vinculados a la entidad con anterioridad al 30 de diciembre de 1996 y el derecho no se pierde por cambio de cargo en la misma entidad ni por afiliación a un fondo, siempre y cuando no exista ruptura en el servicio.(...) la Sala considera que si bien es cierto que en los empleos que ocupó en el nivel profesional la actora se dio una renuncia para posesionarse en otro empleo, también lo es que sus servicios se prestaron continuamente, situación que no implica solución de continuidad en la prestación del servicio y tampoco comporta la pérdida de su régimen de liquidación*

---

<sup>14</sup> AD “06AnexoDemanda”

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 9 de julio de 2009, Radicación número: 760012331000200203287-01 (1489-01).

*de cesantías, pues su vinculación se dio con anterioridad al 30 de diciembre de 1996 y no hubo ruptura en la prestación del servicio a un mismo empleador.*

*El hecho de la variación de los empleos no implicó la pérdida del régimen de cesantías que adquirió con su primer empleo, el cual obtuvo en vigencia de las normas que lo permitían y que se mantuvo".<sup>16</sup> (Se resalta)*

Mas recientemente señaló:

*"Por los anteriores razonamientos, la Subsección estima que el desconocer el derecho de la demandante consistente en que sus cesantías sean liquidadas bajo el régimen retroactivo, en los términos de la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones complementarias, implicaría un apartamiento de las normas y jurisprudencia aplicable a situaciones como la del caso de marras, pues **en ningún momento la servidora manifestó su voluntad de trasladarse de régimen** y, pese de que así haya acontecido con ocasión al nombramiento en provisionalidad efectuado mediante Decreto 393 del 21 de julio de 2003, **tal contexto no trajo como consecuencia la variación de su situación jurídica prestacional frente a la forma en cómo debe calcularse su auxilio de cesantías.***

*La anterior postura ha sido sostenida por parte de esta Sección Segunda<sup>17</sup> en asuntos similares al presente, en los cuales se ha desarrollado la materia del régimen retroactivo de cesantías de empleados públicos del orden territorial, a quienes les es viable el reconocimiento del régimen retroactivo de cesantías cuando, habiéndose afiliado a un fondo privado, no existe manifestación expresa del consentimiento para dicho cambio.*

*En estos términos, conforme a las consideraciones expuestas ut supra, al juzgador de primera instancia le asiste razón al haber accedido al pedimento de la parte activa tendiente a la liquidación de su auxilio de cesantías con retroactividad, en observancia de los aportes realizados desde el 15 de marzo de 1985, por cuanto esta vinculación con el departamento de Bolívar se presentó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, lo cual le permite conservar el esquema retroactivo para el reconocimiento de la aludida prestación."<sup>18</sup>*

Por lo tanto, si bien la demandante fue nombrada en comisión a partir del 1º de enero de 2020 en el cargo de Secretaria de Despacho, esa situación no muta la naturaleza de su nombramiento inicial (17 de enero de 1992), fecha desde la cual la demandante inició la prestación de sus servicios en el ente territorial; ni modifica su régimen de cesantías.

### **3.5. Conclusión**

Bajo la anterior intelección se concluye que, las resoluciones 059 del 15 de febrero de 2021 y 125 del 24 de marzo de 2021, se encuentran viciadas de nulidad por haberse expedido con infracción de las normas en que debían fundarse, por cuanto a la demandante le

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 20 de septiembre de 2018, Radicado: 17001-23-33-000-2014-00286-01(3755-15).

<sup>17</sup> Ver entre otras: i) sentencia del 18 de mayo de 2017, Rad.: 08001-23-31-000-2011-00700-01(1303-16); ii) sentencia del 20 de febrero de 2020, Rad.: 08001-23-31-000-2011-00744-01(1836-16).

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Segundas, sentencia del 5 de mayo de 2022, radicado: 13001-23-33-000-2015-00096-01 (5205-2019)

asistía el derecho a que su auxilio de cesantías fuera liquidado en su totalidad en aplicación de régimen retroactivo contenido en la Ley 6 de 1945 y demás normas complementarias, pues: i) se vinculó al municipio el 17 de enero de 1992, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996; ii) no se comprobó su manifestación de voluntad para cambiarse al régimen anualizado y iii) el nombramiento en comisión a partir del 1º de enero de 2020 en el cargo de Secretaria de Despacho, no modificó su régimen de cesantías por cuanto no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio.

### **3.6. Nulidad y restablecimiento del derecho**

De acuerdo con lo anterior, se declarará la nulidad de las resoluciones 059 del 15 de febrero de 2021 y 125 del 24 de marzo de 2021, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará al municipio de Manizales que reconozca y pague las cesantías definitivas de la demandante desde el 17 de enero de 1992 hasta el 28 de diciembre de 2020 en aplicación de régimen retroactivo.

Para tal efecto, tendrá en cuenta el periodo total laborado y de conformidad con el artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 *“se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses”* y del valor resultante se descontaran los pagos parciales que se hubieren efectuado.

### **3.7. Prescripción**

En cuanto a la prescripción que establece el artículo 151<sup>19</sup> del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se tiene que la vinculación al servicio del municipio de Manizales, culminó el 28 de diciembre de 2020 y como la demandada fue presentada el 29 de julio de 2021<sup>20</sup>, se concluye que no operó la prescripción trienal.

**4. Segundo problema jurídico:** *¿Se encuentra acreditada la causación de la sanción por la mora de que trata la Ley 244 de 1995 en el pago de las cesantías definitivas de la demandante?*

#### **4.1. Tesis del Tribunal**

No hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria por la cancelación extemporánea de las cesantías con ocasión a la terminación del vínculo laboral, por cuando lo que existe es una diferencia en la liquidación que debió pagarse y este evento no se encuentra previsto en la ley para la procedencia de tal reconocimiento.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al fundamento jurídico sobre la

---

<sup>19</sup> ARTICULO 151. PRESCRIPCIÓN. *Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.*

<sup>20</sup> A.D. 01ActaDeReparto.pdf

sanción moratoria, para descender al ii) análisis del caso concreto.

#### 4.2. Sanción moratoria de la Ley 244 de 1995

La Ley 244 del 29 de diciembre de 1995 señaló el procedimiento para la liquidación y pago de las cesantías definitivas de todos los servidores públicos. El párrafo del artículo 2 de dicha norma previó la sanción moratoria causada por el incumplimiento de la entidad pública empleadora consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta el pago efectivo de las mismas, así:

*“Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

*Parágrafo.- En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”*

Por su parte, fue expedida la Ley 1071 del 31 de julio de 2006, que adicionó y modificó la Ley 244 de 1995, y en ese sentido, en sus artículos 4 y 5 trazó el término para la expedición de la resolución que reconoce las cesantías y la procedencia de la sanción moratoria.

Así, el plazo con el que cuenta la entidad pagadora para el desembolso de las cesantías definitivas comienza a computarse desde la firmeza del acto administrativo que lo dispuso, y desde ese instante la administración cuenta con el término de 45 días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el párrafo de la norma en cita, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el desembolso.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha sostenido que la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías consagrada en la ley referida no procede cuando lo que sucede es el inoportuno desembolso de una diferencia en la liquidación que debió pagarse, concretamente dicho alto Tribunal ha señalado que:

*“(…) al pagar la entidad las cesantías definitivas y su intereses dentro del término consagrado en el artículo 2.º de la Ley 244 de 1995, no se causa la sanción moratoria, aun cuando con posterioridad se alegue que faltó el pago de una parte de la prestación, dado que el pago parcial no es un supuesto regulado en el párrafo 2.º ibidem para que se produzca la mora.”<sup>21</sup> (Se resalta)*

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de septiembre de 2020, radicado: 11001-03-25-000-2013-00890-00 (1921-2013).



En ese orden, concluye que:

*“ i) es el vencimiento de los cuarenta y cinco días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para la causación de la sanción moratoria; y ii) la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías consagrada en la ley referida **no procede cuando lo que sucede es el pago inoportuno de una diferencia en la liquidación que debió pagarse.**”<sup>22</sup>*

De acuerdo a lo anterior, se concluye que el Consejo de Estado ha sido reiterativo en considerar que, el legislador no previó dentro de los supuestos de hecho que generan la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, el pago tardío de reajustes de las cesantías reconocidas, reduciendo en consecuencia su causación al reconocimiento y pago tardío de la liquidación inicial o reconocimiento inicial.

#### **4.3. Análisis del caso concreto**

La demandante persigue el reconocimiento de la sanción moratoria contenida en la Ley 244 de 1995, por la cancelación extemporánea de las cesantías con ocasión a la terminación del vínculo laboral, al haberse generado a su favor una diferencia de sumas como consecuencia de la incorrecta liquidación de su auxilio definitivo.

Al respecto, tal como se expuso líneas atrás, la finalidad del legislador con la sanción mora, fue la de delimitar el término perentorio para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas de los servidores públicos, sin que una diferencia en la liquidación de la prestación social conlleve a la autoridad judicial a imponer dicha sanción frente a una circunstancia fáctica que no se encuentra prevista en la ley.

Por lo tanto, si bien es cierto a la demandante le asiste el derecho a que la autoridad demandada efectúe un nuevo cálculo de la prestación aludida bajo el régimen retroactivo y por tanto, al pago de la diferencia, no le asiste derecho al pago de la sanción moratoria, pues ello no fue previsto como un evento para la procedencia de tal reconocimiento.

#### **4.4. Conclusión**

No se causó la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995 por el pago incompleto de las cesantías definitivas habida cuenta que, la diferencia en la liquidación que debió pagarse, no se encuentra previsto en la ley como un evento para la procedencia de tal reconocimiento.

Por lo anterior, se declarará parcialmente probada la excepción de “cobro de lo no debido” y se negará la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

---

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 5 de mayo de 2022, radicado: 13001-23-33-000-2015-00096-01 (5205-2019)

**5. Tercer problema jurídico:** *¿Hay lugar a ordenar a la llamada en garantía el reintegro de las sumas que deba cancelar la demandada en virtud de la póliza expedida?*

### 5.1. Tesis del Tribunal

No hay lugar a ordenar a la aseguradora Axa Colpatria el reintegro de suma alguna a favor del municipio de Manizales en virtud de la condena impuesta en esta sentencia toda vez que, la Póliza 1002541 no ampara el evento contenido en la sentencia, consistente en el orden de reliquidación de las cesantías.

Lo anterior, conforme al siguiente análisis:

### 5.2. El objeto de cubrimiento de las pólizas

El municipio de Manizales llamó en garantía a Axa Colpatria Seguros S.A., en virtud a la póliza 102541, para que, en caso de ser condenado, la aseguradora procediera a la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir por la acción u omisión de los funcionarios que suscribieron los actos administrativos demandados, o el reembolso del pago que tuviere eventualmente que hacer como resultado de la sentencia.

Por su parte, la aseguradora sostuvo que, la mencionada póliza se expidió únicamente para amparar el patrimonio de los asegurados y no de la entidad llamante en garantía; ello aunado a la inexistencia de siniestro, el cual se indicó *“Es la realización del riesgo asegurado por un hecho imputable a los Asegurados, que han causado una pérdida indemnizable, reclamado durante la vigencia consignada en la carátula de la póliza”*.

Al respecto observa la Sala que, en la póliza 1002541, se indican los siguientes datos:

FECHA SOLICITUD			CERTIFICADO DE		N° CERTIFICADO	N° AGRUPADOR	SUCURSAL									
DÍA	MES	AÑO	RENOVACION		1		MANIZALES									
18	01	2021														
TOMADOR MUNICIPIO DE MANIZALES							NIT	890.801.053-7								
DIRECCIÓN CL19 NO 21 44 CENTRO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL CAM, MANIZALES, CALDAS							TELÉFONO	8932777								
ASEGURADO MUNICIPIO DE MANIZALES							NIT	890.801.053-7								
DIRECCIÓN CL19 NO 21 44 CENTRO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL CAM, MANIZALES, CALDAS							TELÉFONO	8932777								
BENEFICIARIO MUNICIPIO DE MANIZALES							NIT	890.801.053-7								
DIRECCIÓN CL19 NO 21 44 CENTRO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL CAM, MANIZALES, CALDAS							TELÉFONO	8932777								
MONEDA	Pesos		PUNTO DE VENTA	FECHA CORTE NOVEDADES	FECHA MÁXIMA DE PAGO		VIGENCIA						NÚMERO DE DÍAS			
TIPO CAMBIO	1.00			FECHA LÍMITE DE PAGO	DÍA	MES	AÑO	DÍA	MES	AÑO	A LAS	DÍA	MES	AÑO	A LAS	
					19	3	2021	01	01	2021	00:00	01	01	2022	00:00	365
<b>DETALLE DE COBERTURAS</b>																
ASEGURADO : MUNICIPIO DE MANIZALES NIT 890.801.053-7.																
Dirección del Riesgo 1 : CENTRO ADMINISTRATIVO MUNICIPAL CAM CL 19 21 44, MANIZALES, CALDAS.																
Ramo : RESPONSABILIDAD CIVIL																
SubRamo : R.C.E. EXTRACONTRACTUAL																
Objeto del Seguro : R.C.E. DIRECTORES Y ADMINISTRADORES																
AMPAROS CONTRATADOS VALOR ASEGURADO LÍMITE POR EVENTO																
DIRECTORES Y ADM.SERVIDORES PUBLICOS-PERJUICIOS A TERCE 5,000,000,000.00																
GASTOS DE DEFENSA 2,000,000,000.00																
MUERTE, INCAPACIDAD O INSOLVENCIA 5,000,000,000.00																
REEMBOLSO A LA SOCIEDAD "TOMADORA" 5,000,000,000.00																
RESPON. POR UN JUICIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL 5,000,000,000.00 0.00																
CAUCION JUDICIAL 500,000,000.00 0.00																
BENEFICIARIOS																
Nombre Documento																
MUNICIPIO DE MANIZALES NIT 890.801.053-7																

En las condiciones generales de la póliza 1002541, concretamente en el *“Capítulo I – Amparos y Exclusiones”*, se estableció:

*“(…) 1. Amparos Básicos*

AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., QUE EN ADELANTE SE DENOMINARÁ AXA COLPATRIA, INDEMNIZARÁ CON SUJECCIÓN A LAS CONDICIONES, AMPAROS Y LÍMITES DE VALOR ASEGURADO CONSIGNADOS EN LA CARÁTULA DE LA PÓLIZA O EN SUS ANEXOS, **LAS PÉRDIDAS ECONÓMICAS POR RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS DIRECTORES Y ADMINISTRADORES CAUSADOS A LA SOCIEDAD, LOS SOCIOS O A TERCEROS, EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES, POR FALLAS EN LA GESTIÓN QUE SEAN CONSECUENCIA DE ACCIONES U OMISIONES CONTRARIAS A LA LEY O LOS ESTATUTOS SOCIALES, DE ACUERDO CON LOS SIGUIENTES AMPAROS SALVO LO PREVISTO EN LA CONDICIÓN 1.10. "EXCLUSIONES".**

1. PERJUICIOS RECLAMADOS POR TERCEROS EN CONTRA DE AXA COLPATRIA, EN EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTA.

2. RESPONSABILIDAD FISCAL.

3. GASTOS DEL PROCESO.

4. GASTOS DE DEFENSA.

5. REEMBOLSO A LA SOCIEDAD "TOMADORA".

6. REPRESENTACIÓN EN SOCIEDADES SUBORDINADAS.

7. PERÍODO DE COBERTURA POSTERIOR (OPCIONAL).

8. TRANSMISIÓN DE RESPONSABILIDAD POR MUERTE, INCAPACIDAD O INSOLVENCIA DEL ASEGURADO.

9. EXTENSIÓN DE COBERTURA.

(...)

1.5 REEMBOLSO A LA ENTIDAD "TOMADORA"

**AXA COLPATRIA REEMBOLSARÁ A LA ENTIDAD "TOMADORA" LAS SUMAS QUE HAYA INDEMNIZADO A LOS ASEGURADOS Y/O A UN TERCERO RECLAMANTE, POR FALTAS EN LA GESTIÓN A CONSECUENCIA DE ACCIONES U OMISIONES AMPARADAS, ASÍ COMO TODAS LAS COSTAS JUDICIALES Y HONORARIOS DE ABOGADO PAGADOS EN CUALQUIER PROCEDIMIENTO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL.**

CUBRE LOS GASTOS EN QUE INCURRA UN ACCIONISTA POR ADELANTAR UNA RECLAMACIÓN CONTRA EL DIRECTOR Y/O ADMINISTRADOR ASEGURADO, SIEMPRE QUE LA ENTIDAD SEA CONSIDERADA JUDICIALMENTE RESPONSABLE DE PAGAR TALES GASTOS. (...)" (Se destaca)

De acuerdo con lo expuesto, resulta diáfano para la Sala que, entre el Municipio de Manizales y Axa Colpatria se suscribió Póliza 1002541 que ampara entre otros: **las pérdidas económicas por responsabilidad civil** de los directores y administradores causados a la sociedad, los socios o a terceros, en ejercicio de sus funciones; por lo que, la aseguradora reembolsará a la entidad "tomadora" las sumas que haya indemnizado a los asegurados y/o a un tercero reclamante.

En el caso concreto, la sentencia que se dicta ordenará la reliquidación de las cesantías conforme al régimen retroactivo, por tanto, es asunto que no tiene la naturaleza de una "pérdida Económica" y mucho menos puede afirmarse que la condena se deriva de una "responsabilidad civil". Aunado a lo anterior, la sentencia negará el pago de la sanción

moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, por lo tanto, es claro que no se impone ninguna condena indemnizatoria.

Así las cosas, es claro que la póliza 1002541 emitida por Axa Colpatria, no ampara el evento contenido en la sentencia, consistente en la orden de reliquidación de las cesantías.

### 5.3. Conclusión

No hay lugar a ordenar a la aseguradora Axa Colpatria el reintegro de suma alguna a favor del municipio de Manizales en virtud de la condena impuesta en esta sentencia toda vez que la Póliza no ampara el evento contenido en la sentencia, consistente en la orden de reliquidación de las cesantías.

Por lo expuesto, se declarará probada la excepción de “AUSENCIA DE SINIESTRO”, y no configuradas las demás excepciones propuestas por Axa Colpatria.

### 6. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, y teniendo en cuenta que la condena en costas no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, “(...) solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)”, no se condenará en costas en esta instancia, teniendo en cuenta las pretensiones de la parte actora prosperaron de forma parcial, además que no se demostró la ocurrencia de gastos procesales.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### Sentencia

**Primero.** Se Declara no probadas las excepciones de “CADUCIDAD DE LA ACCIÓN Y PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO”, “LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA”, “INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO” e “INEXISTENCIA DEL DERECHO”, “AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”; “INEXISTENCIA DE SINIESTRO” y, **parcialmente probada** la excepción de “COBRO DE LO NO DEBIDO” formuladas por el Municipio de Manizales y Axa Colpatria.

**Segundo.** Se Declara probada la excepción de “AUSENCIA DE SINIESTRO” y no configuradas las excepciones: “AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”, y “DEDUCIBLE”, formuladas por Axa Colpatria.

**Tercero.** Se Declara la nulidad de las Resoluciones 059 del 15 de febrero de 2021 y 125 del 24 de marzo de 2021, mediante las cuales el Municipio de Manizales liquidó las cesantías definitivas de la señora Ana María Jaramillo Hurtado.

**Cuarto.** Se ordena al municipio de Manizales que, a título de restablecimiento del derecho, reconozca y pague las cesantías retroactivas de la señora Ana María Jaramillo

Hurtado a que tiene derecho por haber laborado al servicio de dicha entidad desde el 17 de enero de 1992 hasta el 28 de diciembre de 2020.

Para tal efecto, tendrá en cuenta el periodo total laborado y de conformidad con el artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 “se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses” y del valor resultante se descontaran los pagos parciales que se hubieren efectuado.

**Quinto.** Negar las demás pretensiones.

**Sexto.** No condenar en costas.

**Séptimo.** 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.

**Octavo.** 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 Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 073 de 2022.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado  
(ausente con permiso)