

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA UNITARIA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 059

RADICADO: 17-001-23-33-000-2022-00089-00  
NATURALEZA: CONTRACTUAL  
DEMANDANTE: UNIVERSIDAD DE CALDAS  
DEMANDADOS: CARMENZA SÁNCHEZ QUINTERO Y OTROS

Mediante auto del 15 de diciembre de 2022, se designó como abogado de pobres a **Richard Gómez Vargas** para representar a la señora Carmenza Sánchez Quintero, quien no se presentó para aceptar o negar su designación. Por lo tanto, se releva de la designación.

Teniendo en cuenta lo anterior **se designará** como apoderada a la abogada **Claudia Constanza Cardona Gutiérrez<sup>1</sup>** para que ejerza la representación judicial de la demandada en el asunto que se tramita en este Despacho.

De acuerdo con el inciso tercero del artículo 154 del CPACA, *“El cargo de apoderado será de forzoso desempeño y el designado deberá manifestar su aceptación o presentar prueba del motivo que justifique su rechazo, dentro de los tres (3) días siguientes a la comunicación de la designación; si no lo hiciere, incurrirá en falta a la debida diligencia profesional, será excluido de toda lista en la que sea requisito ser abogado y sancionado con multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).”*

Por los expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

**RESUELVE:**

**Primero:** Se designa al abogado **Claudia Constanza Cardona Gutiérrez**, para que ejerza la representación judicial de la demandada en asunto que se tramita en este Despacho. Los efectos de esta gracia serán los establecidos en el inciso primero del artículo 154 del Código General del Proceso.

**Segundo:** Por la Secretaría del Tribunal notifíquese personalmente esta providencia al abogado designado, haciéndole las advertencias legales correspondientes, en especial las contenidas en el inciso 3° del artículo 154 del Código General del Proceso, y que cuenta con **un (1) día hábil** para contestar la demanda, una vez acepte el nombramiento.

Notificar

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado

<sup>1</sup> Correo electrónico: [claucardonagu2009@hotmail.com](mailto:claucardonagu2009@hotmail.com)

Teléfono: 300 652 2236

Dirección: Calle 21 23 22 Piso: 18 oficina 1801-1809 Edificio Atlas, Manizales

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA TERCERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Sentencia No. 060

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

**Radicado:** 17-001-33-39-003-2013-00700-03  
**Naturaleza:** Reparación Directa  
**Demandante:** Elizabeth Guerrero Tapasco y otros  
**Demandado:** Hospital Departamental San Antonio de Villamaría y otros  
**Llamado en gña:** La Previsora S.A. y Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios

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

I. **Antecedentes**

**1. La Demanda**

Se solicitó en síntesis, declarar responsables a las demandadas por los perjuicios causados, producto de la falla en el servicio médico que condujo al fallecimiento del señor José Gabriel Guerrero - en adelante JGG-, ocurrido el 30 de octubre de 2011 y en consecuencia, condenar a las demandadas al pago de 200 SMMLV por concepto de perjuicios morales a los demandantes, así como los intereses que se generen con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia hasta cuando se haga efectivo el cumplimiento.

Se señaló que, el señor JGG el 26 de octubre de 2011 fue ingresado al servicio de urgencia de la ESE Hospital San Antonio de Villamaría, que ese mismo día, siendo las 9 pm fue aceptado y remitido a la ESE Hospital Universitario de Quindío - San Juan de Dios.

Que el 27 de octubre de 2011, el señor JGG ingresó al servicio de urgencias del Hospital Universitario del Quindío – San Juan de Dios, con un grado de neumonía por broncoaspiración. Que los días 28 y 29 de octubre de 2011, le fueron practicados exámenes y además se registró una marcada dificultad respiratoria. Finalmente, el paciente falleció el 30 de octubre de 2011, debido a dificultades en el acceso a la prestación de los servicios médicos.

**2. Contestación de la demanda**

**2.1. ESE Hospital San Antonio de Villamaría - Caldas<sup>1</sup>**

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y frente a los hechos señaló que se estaría a lo demostrado en el proceso.

---

<sup>1</sup> A.D."16ContestacionHospitalSanAntonio"

Propuso las excepciones: -. *“Eximente de responsabilidad por la culpa exclusiva de la víctima”*. Aduciendo que, de acuerdo con la historia clínica, el señor JGG se encontraba en condición de abandono, lo cual incidió en su estado de salud; -. *“Inexistencia de perjuicios en la Víctima demandante ante la culpa exclusiva de la víctima”*. Solicitó que no se reconozcan perjuicios; -. *“Excesiva tasación de perjuicios”*. Señaló que, los perjuicios reclamados superan los topes indemnizatorios trazados por el Consejo de Estado.

Además, llamó en garantía a La Previsora Compañía de Seguros, con base en la póliza de responsabilidad civil extracontractual 1001857, para que, ante una eventual condena, reembolse total o parcialmente el pago que tuviere que efectuar.

## **2.2. Asmet Salud EPS<sup>2</sup>**

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante y frente a los hechos, señaló como cierto las que fueron consignadas en la historia clínica y la fecha del fallecimiento del señor JGG, frente a los demás indicó que no le constan o que son parcialmente ciertos.

Propuso la -. *“Excepción de inaplicación de responsabilidad por falla presunta del servicio, atribuible a Asmet Salud EPS ya que Asmet Salud EPS es una entidad de derecho privado”*. Aduciendo que solo se puede atribuir responsabilidad a entidades de orden público; -. *“Excepción de caducidad del medio de control, conforme al numeral 2, literal 1 del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011”*, Aduce que la demanda se presentó extemporáneamente; -. *“Excepción de inexistencia de responsabilidad civil atribuible a Asmet Salud EPS, en consideración a la ausencia de una actuación antijurídica predicada de ella y por tanto, del nexos causal existente entre el acto imputado y el daño causado”*. Adujo que la EPS no tiene ninguna responsabilidad en la atención en urgencias que recibió el paciente; -. *“Excepción consistente en el cumplimiento por parte de Asmet Salud EPS, de las disposiciones legales que regulan el sistema de seguridad social en salud en el ámbito del régimen subsidiado, desde la afiliación del señor José Gabriel Guerrero”*. Señaló que la responsabilidad de la EPS era garantizar la atención en el domicilio que hubiese reportado para tal efecto, el cual era Calarcá, Quindío; -. *“Excepción de inexistencia de responsabilidad de Asmet Salud EPS respecto de la calidad de los servicios prestados en el Hospital Departamental Universitario del Quindío San Juan de Dios, en virtud de que mi representada actuó con diligencia legal al momento de la contratación con dicha ESE”*. Señaló que la entidad actuó con diligencia en el momento de la contratación de la IPS que integra su red de servicios; -. *“Excepción de inexistencia de solidaridad entre Asmet Salud EPS y los hospitales: Departamental Universitario del Quindío San Juan de Dios y Departamental San Antonio de Villamaría, sobre el presunto daño causado a los demandantes”*. Señaló que no se puede predicar solidaridad en el pago de los perjuicios conforme al artículo 2344 del Código Civil; -. *“Excepción prescripción”*. Solicitó que se declare la prescripción de los derechos.

Además, llamó en garantía a la ESE Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios, con base en el contrato de prestación de servicio Q-102-11, en virtud del cual dicho hospital se obligó a la prestación de servicios de salud a sus afiliados.

## **2.3. La Previsora Compañía de Seguros. (llamada en garantía por el Hospital San Antonio de Villamaría)<sup>3</sup>**

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y señaló que no le constan los hechos de la demanda.

---

<sup>2</sup> AD “51ContestacionAsmetSalud”

<sup>3</sup> AD “36ContestacionLaPrevisora”

Frente a la demanda propuso las excepciones: -. *“Inexistencia de incumplimiento en la atención médica prestada por la ESE Hospital Departamental San Antonio de Villamaría”*. Señaló que al paciente se le practicó el manejo de conformidad con la lex artis y que, dadas sus condiciones personales, fue necesario remitirlo a un centro hospitalario de mayor nivel de complejidad. -. *“Inexistencia de nexo causal”*. Adujo que no se acreditó el actuar negligente o irregular por el personal médico. -. *“Carga de la prueba”*. Sostuvo que le corresponde a la parte demandante demostrar los hechos base de sus pretensiones. Subsidiariamente propuso: -. *“insuficiencia de la prueba para demostrar perjuicios”*; -. *“Irreal tasación de perjuicios”*.

Frente al llamamiento en garantía, propuso las excepciones: -. *“Inexistencia de obligación al no existir responsabilidad imputable al asegurado”*. Sostuvo que no existe obligación derivada del contrato de seguro contenido en póliza No. 1001857, como quiera que el asegurado no es culpable de los hechos investigados; -. *“Inexistencia de cobertura de la póliza de responsabilidad civil para los hechos de la demanda”*. Que en caso de encontrarse culpable a la asegurada por haber actuado con la intención de causar perjuicios, la póliza no cubriría dicho evento; -. *“Inoperancia de la póliza base del llamamiento, como fórmula indemnizatoria respecto de los hechos de la demanda”*, sostuvo que la póliza solo cubre eventos de actos médicos, debiéndose descartar los demás eventos que no encaje en ello. Subsidiariamente propuso: -. *“Límite de la suma asegurada”*; -. *“Cobertura sublimitada o restringida por daños extrapatrimoniales”*; -. *“Deducible pactado”*.

#### **2.4. Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios**

El juzgado mediante auto del 7 de julio de 2015<sup>4</sup> rechazó la contestación a la demanda. Así mismo dicha entidad guardó silencio frente al llamamiento en garantía formulado por Asmet Salud<sup>5</sup>.

#### **2.5. Cafesalud EPS<sup>6</sup> (Vinculada como demandada)**

No contestó la demanda<sup>7</sup>.

### **3. Sentencia de primera instancia**

El *a quo* declaró fundada de oficio la excepción de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* de Cafesalud E.P.S., Liquidado” y las excepciones de *“Límite de la suma asegurada”*; *“Cobertura sublimitada o restringida por daños extrapatrimoniales”* y *“Deducible pactado”*, propuestas por La Previsora S.A., e infundadas las demás excepciones, y accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante, por lo que dispuso:

*“QUINTO: Como consecuencia de lo anterior, CONDÉNASE en modo solidario a ASMET SALUD E.P.S-S; E.S.E. HOSPITAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA CALDAS y E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE ARMENIA, QUINDÍO a pagar a los demandantes, como indemnización de perjuicios por la pérdida de oportunidad, las sumas de dinero que se mencionan en los siguientes acápite:*

*5.1. A título de indemnización de PERJUICIOS INMATERIALES POR DAÑO MORAL, se ordena pagar a favor de la señora Elizabeth Guerrero Tapasco (Madre de José Gabriel Guerrero) la*

---

<sup>4</sup> AD “30AdmiteLlamamiento”

<sup>5</sup> Ver AD “61TrasladoExcepciones”

<sup>6</sup> Ver AD 4”46ActaAudienciaInicial”

<sup>7</sup> Ver AD “61TrasladoExcepciones”

*suma equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia.*

*5.2. A título de indemnización de PERJUICIOS INMATERIALES POR DAÑO MORAL, se ordena pagar a favor del señor Sebastián Ávila Guerrero y Jhon Alexander Ávila Guerrero en calidad de hermanos de la víctima, la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la época de ejecutoria de la presente providencia, respectivamente”.*

*SEXTO: CONDENAR a la PREVISORA S.A. a reintegrar a favor de la E.S.E. HOSPITAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA, CALDAS, hasta el límite del valor asegurado y en el porcentaje establecido en el seguro pactado, las sumas que tenga la obligación de cancelar por la condena aquí impuesta, de conformidad con la parte considerativa de esta sentencia y respecto de la póliza No. 1001857, bajo la modalidad de Claims Made con amparo clínicas y hospitales.<sup>8</sup>*

Para fundamentar su decisión señaló que, el estado convulsivo refractario que presentó el paciente exigía: a. La remisión a la unidad de cuidados intensivos; b. El aseguramiento de la vía aérea y c. La adecuada dosificación de anti convulsionante; medidas que, si bien no impedían indiscutiblemente la falla respiratoria que presentó el señor JGG, contribuían de manera adecuada al control de la crisis presentada por el paciente.

Que además, la afiliación del paciente en Asmet Salud, significó un tropiezo en la remisión inmediata del paciente a una unidad de cuidados intensivos más cercana al municipio de Villamaría, pues prevaleció una situación contractual y se optó por el desplazamiento del paciente a una ciudad más distante.

Por lo anterior concluyó que, la pérdida de oportunidad se concretó en un inadecuado tratamiento, así como la extendida remisión del señor JGG, actuaciones a las que se encontraban obligadas las demandas.

Frente a La Previsora, llamada en garantía por la ESE Hospital San Antonio de Villamaría, señaló que debía responder hasta el límite del monto asegurado, por cuanto el objeto de la póliza base del llamamiento en garantía es *“amparar la responsabilidad propia de la clínica, hospital u otro tipo de establecimiento o establecimiento médico bajo las limitaciones y exclusiones descritas en el clausulado general, incluyendo predios, labores y operados, además de la responsabilidad civil en que incurra la entidad asegurada exclusivamente como consecuencia de cualquier “acto médico”.*

#### **4. Recurso de apelación**

##### **4.1. Parte demandante**

Solicitó modificar la sentencia en el sentido de conceder por concepto de indemnización a la madre 100 salarios mínimos y 50 salario mínimos a los hermanos; subsidiariamente solicitó que, al reducir en un 30% la indemnización, ésta de como resultado 70 salario mínimos para la madre y 35 salarios mínimos para los hermanos. En subsidio de lo anterior, establecer que al reducir en un 30% la indemnización, esta debe ser ceñida a lo ya tarifado por el Consejo de Estado y en consecuencia determinar que la indemnización para la señora Elizabeth Guerrero Tapasco, serían 70 salarios mínimos para ella y 35 salarios mínimos para el señor Sebastián Ávila guerrero y 35 salarios mínimos para el señor John Alexander Ávila Guerrero en calidad de hermanos de la víctima.

---

<sup>8</sup> Pág. 32 AD “SentRaIns”

Para ello señaló que, no hay congruencia entre la parte motiva y la parte resolutive de la sentencia, pues en el acápite de perjuicios morales que se encuentra en la página 29 de dicha providencia, se hizo referencia a una tabla que determina los límites indemnizatorios de reparación del daño moral en caso de muerte, la cual establece que la reparación para los padres de la víctima tiene un tope del 100% equivalente a 100 salario mínimos y el juzgado decidió *“rebajarle un 30% equivalente a 30 salarios mínimos, lo cual daría un total de 70% o su equivalente a 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes, situación que no debe salir de dicho marco normativo a no ser que vaya a mejorar”*. (sic)

De otra parte, solicitó que se revoque la sentencia en cuanto no condenó en costas a la parte demandada, argumentando que el proceso tardó más de nueve años, lo cual generó gastos y representación jurídica constantes. Por lo tanto, solicitó que se tengan en cuenta los cuatro salarios mínimos correspondientes al valor del peritaje que el mismo juzgado fijó y se condene en agencias en derecho en el 10% que, a su juicio, serían 14 salarios mínimos.

#### **4.2. Asmet Salud EPS**

Solicitó revocar el fallo y en su lugar negar las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que el juzgado no valoró los alegatos de conclusión presentados oportunamente, situación que incidió en el fallo. Que no se realizó una debida valoración probatoria, en tanto la parte actora no acreditó la existencia de una actuación u omisión atribuible y que fuera causante del daño alegado. Adujo que la entidad, no tuvo injerencia en el trámite de remisión del señor JGG, pues los trámites se adelantaron por la ESE y el CRUE, sin que Asmet Salud conociese dicho trámite.

Que se acreditó que entre el 26 y el 30 de octubre de 2011, el señor JGG se encontraba afiliado a Asmet Salud EPS, no obstante, no obra solicitud de cambio de dirección de residencia. Que, de acuerdo con la historia clínica, el 26 de octubre de 2011 el paciente fue atendido en el servicio de urgencias de la ESE Hospital San Antonio de Villamaría, por lo que, de acuerdo con el Decreto 047 de 2000, modificado por el artículo 12 del Decreto 783 de 2000, los servicios que se le prestaron en dicha institución no requerían autorización por parte de la EPS.

Que es infundada la manifestación realizada por el juzgado, en cuanto que el desplazamiento debía hacerse a la ciudad más cercana a Villamaría; por su parte, el perito no indicó que esa situación tuviera injerencia en el estado del paciente o en la generación del daño.

Señaló que, no se acreditaron los requisitos necesarios para que se configurara el daño de pérdida de oportunidad, pues no existe certeza de que si se le hubiera brindado otro tipo de tratamiento al paciente se hubiera obtenido un resultado diferente. Que si bien el perito Esteban Jaramillo adujo que al paciente no se le aseguró la vía aérea, no se probó que dicha conducta garantizara que el paciente no bronco aspirara y, tampoco se acreditó que esa fuera la causa de la muerte, puesto que no se realizó autopsia. Que tampoco se acreditó que la víctima se encontraba en situación potencialmente apta para el resultado esperado, por cuanto el paciente tenía como patología base, cuadro epiléptico convulsivo con falta de adherencia al tratamiento, lo que implicaba que para el 26 de octubre su organismo ya se encontraba deteriorado.

Que además, se incurrió en defecto fáctico, por cuanto condenó al pago de perjuicio moral sin que existiera prueba de su causación.

#### **4.3. El Hospital San Antonio de Villamaría**

Solicitó se revoque la sentencia, para lo cual afirmó que no existió imputación fáctica en su contra, puesto que según la historia clínica, el señor JGG sufría de un trastorno crónico, agravado por un diagnóstico con un complejo manejo terapéutico; que además el paciente no contaba con apoyo familiar, lo cual influía en la falta de adherencia a los tratamientos dados para tratar sus eventos epilépticos, aunado a que el personal médico brindó la atención que requería el paciente conforme a las guías y protocolos.

Señaló además que, no se configuró el daño por pérdida de oportunidad por la ausencia de protección de la vía aérea, por cuanto en la historia clínica se registró que se había presentado una *“adecuada defensa de la vía aérea”*.

Que el perito Esteban Jaramillo Jiménez, en la sustentación del dictamen, manifestó que no conocía que el Hospital San Antonio era de primer nivel de atención en salud, en donde no se cuenta con unidad de cuidados intensivos, ni quirófano, ni con especialista en anestesiología que hiciera posible asegurar la vía aérea a través de una intubación orotraqueal, lo anterior, al margen de que el perito manifestara que de haberse efectuado el procedimiento que echó de menos el *a quo*, no hubiese asegurado que no se produjera la broncoaspiración.

Que el Hospital, el mismo 26 de octubre de 2011 cuando ingresó el paciente, luego de estabilizarlo, en menos de 12 horas, lo remitió a otro centro de atención en salud de un nivel mayor de complejidad y dentro de la red de servicio de la EPS, es decir, lo remitieron a la mayor brevedad posible.

Finalmente, señaló que para la tasación de los perjuicios derivados del daño por pérdida de oportunidad se debe acoger la sentencia del 31 de julio de 2020 radicado 13001-23-31-000-2003-01299-01.

#### **4.4. ESE Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios**

Solicitó que se revoque el fallo y se declaren prósperas las excepciones propuestas; para ello indicó que el juzgado realizó una indebida valoración probatoria y desconoció el debido proceso y el principio de congruencia por cuanto en las pretensiones de la demanda no se solicitó la pérdida de la oportunidad, situación que vulnera los derechos a la defensa, el debido proceso y demás garantías constitucionales y procesales, en tanto se condenó a la entidad por temas no ventilados y sobre los cuales no se tuvo la oportunidad de defensa.

#### **4.5. La Previsora**

Solicitó que se revoque la sentencia, para ello analizó el dictamen rendido por el perito Esteban Jaramillo Jiménez, para señalar que, este indicó que, en el primer nivel de complejidad como lo era la ESE Hospital San Antonio de Villamaría no era posible realizar exámenes avanzados al paciente, que en dicho centro médico no era posible realizar monitorización electroencefalográfica, que allí se ordenó adecuadamente la remisión del paciente debido a las convulsiones que sufrió; y tampoco debía contar con unidad de cuidados intensivos. Que además, sí fue asegurada la vía aérea del paciente, pero que en todo caso, la intubación orotraqueal, por los riesgos que trae consigo, no podía ser practicada en esa institución.

Señaló que no fue demostrado que el Hospital San Antonio hubiese incurrido en acción u omisión dañina sobre el paciente, por lo que no se configuraron los elementos estructurales de la responsabilidad médica.

Además señaló que, no es posible impone condena de forma solidaria, puesto que se trató de incumplimientos de obligaciones diferentes para cada uno de los demandados, debiendo valorarse la conducta dañina de forma separada, además que no existe ningún vínculo de dependencia entre unos y otros; menos aún, cuando la aseguradora solo responde contractualmente por lo que le corresponde a la ESE Hospital San Antonio de Villamaría y no puede asumir la responsabilidad de las demás demandadas.

## II. Consideraciones

### 1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

- . ¿La falta de valoración de los alegatos de conclusión tiene incidencia en el fallo de primera instancia?
- . ¿Era procedente el análisis de la pérdida de oportunidad, y de ser así, ello se configuró respecto a la atención brindada al señor JGG?
- . ¿El daño consistente en la pérdida de oportunidad, es imputable a las entidades demandadas?
- . ¿Los perjuicios fueron debidamente acreditados y estimados en el fallo?
- . ¿Es procedente condenar solidariamente a la reparación de los perjuicios?
- . ¿Fue adecuada la decisión de condena en costas en primera instancia?

### 2. Primer problema jurídico

#### 2.1. Tesis del Tribunal

La falta de mención o resumen de los alegatos de conclusión presentados por las partes no es suficiente para que se dé la revocatoria de la sentencia; ello aunado a que, los alegatos no constituyen elemento material probatorio, sino una oportunidad procesal de la que gozan las partes para insistir en sus argumentos de defensa.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el fundamento jurídico sobre alegatos de conclusión y ii) análisis del caso concreto.

#### 2.2. Fundamento jurisprudencial sobre el análisis de los alegatos de conclusión

Sobre el valor de los alegatos de conclusión la Corte Constitucional<sup>9</sup> se ha pronunciado así:

*“La circunstancia de que al analizar el cargo por suplantación de electores la entidad accionada no haya hecho expresa mención de los alegatos de conclusión del demandado no tiene tal entidad como para determinar per se la existencia de un defecto fáctico, pues en estricto sentido en el proceso contencioso administrativo dichos alegatos no constituyen una prueba, sino una oportunidad procesal de que gozan las partes, con posterioridad al término probatorio, a fin de que insistan en sus argumentos de impugnación y de defensa”. (se destaca)*

---

<sup>9</sup> Sentencia T-336 de 15 de abril de 2004.



### 2.3. Análisis del caso concreto

Asmet Salud señaló que, el fallo de primera instancia no valoró los alegatos de conclusión aportados oportunamente, y que el *a quo* de haberlo valorado seguramente hubiese adoptado una decisión diferente y favorable a sus intereses.

Al respecto, se tiene que el juzgado de primera instancia, en audiencia de pruebas celebrada el 30 de junio de 2022<sup>10</sup>, corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión; Asmet Salud EPS allegó el escrito con los alegatos el 15 de julio de ese mismo año<sup>11</sup>; sin embargo, en el fallo de primera instancia<sup>12</sup>, en la sección de antecedentes no se consignó el resumen de los alegatos.

Conforme al criterio jurisprudencial citado, encuentra la Sala que, el *a quo* garantizó a las partes la etapa de presentación de alegatos de conclusión y que, si bien omitió hacer el resumen de los alegatos presentados por Asmet Salud, ello no es razón suficiente para revocar la sentencia, pues los alegatos no constituyen una prueba, sino que son *“una oportunidad procesal de que gozan las partes, con posterioridad al término probatorio, a fin de que insistan en sus argumentos de impugnación y de defensa”*<sup>13</sup>.

De manera que no es de recibo el argumento del apelante, en cuanto señala que de haberse valorado los alegatos la decisión hubiese sido diferente, puesto que, el fallo se debe adoptar conforme a los hechos y las pruebas practicadas oportunamente dentro del trámite procesal y no por lo que se indique en las alegaciones finales.

### 2.4. Conclusión

La falta de mención o resumen de los alegatos de conclusión presentados por las partes no es suficiente para que se dé la revocatoria de la sentencia; ello aunado a que, los alegatos no constituyen elemento material probatorio, sino una oportunidad procesal de la que gozan las partes para insistir en sus argumentos de defensa.

**3. Segundo problema jurídico:** *¿Era procedente el análisis de la pérdida de oportunidad, y de ser así, ello se configuró respecto a la atención brindada al señor JGG?*

#### 3.1. Tesis del Tribunal

Era procedente el análisis del daño consistente en la pérdida de oportunidad, por cuanto una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir que la *causa petendi* no se circunscribió exclusivamente al fallecimiento del señor JGG, sino que se expuso, como configurativo del mismo, los derivados de las omisiones en que incurrieron las entidades demandadas en la prestación de los servicios de salud.

Además, el daño consistente en la pérdida de oportunidad de que fuera asegurada la vía aérea y ser remitido oportunamente a una institución de mayor nivel de complejidad donde contara con unidad de cuidados intensivos para atender la patología que presentaba, se encuentra acreditada por cuanto: el señor JGG tenía la oportunidad de recibir la intubación orotraqueal y atención en

---

<sup>10</sup> AD “185ActaAudienciaPbs”

<sup>11</sup> AD “199AlegatosAsmetSalud”

<sup>12</sup> AD “207SentRaIns”

<sup>13</sup> Sentencia T-336 de 15 de abril de 2004.

unidad de cuidados intensivos; el paciente falleció el 30 de octubre de 2011 y se encontraba en una situación potencialmente apta para recuperar su salud, si se le hubiese realizado la intubación orotraqueal y recibido oportunamente la atención en una unidad de cuidados intensivos.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al fundamento jurídico sobre la pérdida de oportunidad; ii) lo probado en el proceso y iii) el análisis en el caso concreto.

### 3.2. Fundamento jurídico – el daño consistente en la pérdida de oportunidad

El Consejo de Estado para aquellos asuntos en que la falla en el servicio radica en no permitir al paciente el acceso a los medios necesarios para tratar sus padecimientos, ha expuesto<sup>14</sup>:

*“la pérdida de oportunidad o pérdida de chance se configura en todos aquellos casos en los que una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.”*<sup>15</sup>

*A pesar de las diversas teorías empleadas para explicar la pérdida de oportunidad, recientemente esta Subsección se ha pronunciado en el sentido de considerar que la postura que mejor se ajusta a dicho concepto es aquella que la concibe como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, **también se debe analizar** la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado...”*

### 3.3. Lo probado en el proceso

-. JGG ingresó al servicio de urgencias de la ESE Hospital San Antonio de Villamaría el 26 de octubre de 2011 a las 7:00 am<sup>16</sup>, ello según la historia clínica aportada y de la cual se destaca<sup>17</sup>:

*“Paciente (...) conocido en la institución, quien es traído por la policía, aparente estado postictal con evidencia de trauma leve por caída, pequeñas escoriaciones en cara. Mal estado general (...) con respuesta al dolor, glasgow 7/15, pero con adecuada defensa de la vía aérea, sin evidencia de trauma en otras regiones del área cefálica. Actualmente se tiene muy poca información acerca de los hechos...”*

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 29 noviembre del 2017, radicación número: 05001-23-31-000-2003-01057-01 (38725).

<sup>15</sup> Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593.

<sup>16</sup> Pág. 28 AD “04Anexos”

<sup>17</sup> Pág. 18 ibidem.

-. El personal médico de la ESE Hospital San Antonio de Villamaría el 26 de octubre de 2011, siendo aproximadamente las 10:30 de la mañana emitió, entre otras, la orden de remisión<sup>18</sup>; en las notas de evolución se registró la siguiente gestión sobre la remisión del paciente:

*“(...) 26-10-11 10+30 Nota facturación*

*Paciente que en el foyuga figura con Asmet Salud Quindío motivo por el cual se realiza anexo técnico 2 el cual se anexa por fax por correo electrónico.*

*Me comunican con autorizaciones en Manizales con la funcionaria Juliana, quien me informa que el paciente debe ser comentado al CRUE Armenia para el proceso de su remisión.*

*(...)*

*26-10-11 10+55 Nota facturación*

*Me comunico con el CRUE Armenia a comentar el paciente hablo con la funcionaria Yessica quien verifica derecho, posterior a esto me comunica con el Dr Felipe responsable del CRUE quien solicita información médica del paciente, motivo por el cual se traslada la llamada al Dr Sergio Montoya médico de urgencias quien comenta el estado de salud del paciente. El Dr Felipe comenta que se siga bajo observación en su estado de salud, no asignan código d autorización para traslado a la ciudad de Armenia la Hospital San Juan de Dios*

*(...)*

*26-10-11 21+00 Paciente que es aceptado y remitido hacia Armenia, hacia la Clínica San Juan de Dios, código CRUE 94942 dado por Juan (...) Arroyave y autorización dada por la Dra. Luz Stella López. Paciente que egresa estable bajo efecto de la sedación instaurada”<sup>19</sup>*

-. JGG ingresó a la ESE Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios el 27 de octubre de 2011 siendo las 12:07 am<sup>20</sup>, ello, según historia clínica y de la cual se destaca la siguiente nota sobre la evolución:

*“Remitido del hospital de Villamaría Caldas por estatus con convulsivo para “valoración y manejo”. Fue encontrada en la calle convulsionando y con trauma leve en región frontal. Antecedentes: Epilepsia, retardo mental. Ingresa en regular condición general, somnoliento, Glasgow 8/15, excoriación en región frontal izquierda, sialorrea y abundantes secreciones; taquicárdico; (...) movilización de secreciones en todos los campos pulmonares; sonda vesical con orina clara; extremidades hipertérmicas y hipreflexivas. Se realizan estudios paraclínicos y diagnósticos y se hospitaliza para manejo médico. Evolución tórpida con múltiples episodios convulsivos y rápido y progresivo deterioro de condición clínica; muy pobre respuesta al manejo médico (...) dificultad respiratoria que entre en falla ventilatoria y fallece (...)”.*

-. El médico neurólogo clínico Estaban Jaramillo Jiménez, presentó ante el juzgado informe pericial, del cual se destaca lo siguiente:

*“(...) sin duda la patología del paciente SI exigía la medicación permanente que sirviera de paliativo a la presentación de episodios convulsivos a la víctima. El paciente NO cumplía los criterios para una epilepsia resistente a los medicamentos o farmacorresistente.*

*(...)*

**RESPUESTA:** *según las guías clínicas [CG137] de “The National Institute for Health and Care Excellence (NICE), Epilepsies: diagnostic and management” publicadas el 11 de enero de 2012, con última actualización el 12 de mayo de 2021. [guide.nice.org.uk/cg137](http://guide.nice.org.uk/cg137) se describen los tratamientos y procedimientos que debían seguirse por etapas:*

<sup>18</sup> Pág. 20 ibidem.

<sup>19</sup> Pág. 21-27 AD “04Anexos”

<sup>20</sup>Pág. 146 ibidem.

- *Primera etapa: Estado epiléptico temprano (0 minutos a 10 minutos): asegurar la vía aérea y reanimar, administrar oxígeno, evaluar la función cardiorrespiratoria, establecer acceso intravenoso. Administrar Diazepam intravenoso. Administrar un máximo de dos dosis del tratamiento de primera línea.*

- *Segunda etapa: (0 minutos a 30 minutos): instituir monitoreo regular con observaciones neurológicas periódicas y mediciones de pulso, presión arterial, temperatura, electrocardiograma, bioquímica, gases arteriales, tiempos de coagulación, hemograma, niveles de medicamentos, considerar la posibilidad de no estado epiléptico, terapia con medicamentos antiepilépticos de emergencia. Investigaciones de emergencia: se debe tomar muestras sanguíneas para gases arteriales, glucosa, función renal y hepática, calcio y magnesio, hemograma completo, tiempos de coagulación, niveles de fármacos antiepilépticos. Radiografía de tórax para evaluar la posibilidad de aspiración. Otras investigaciones dependen de las circunstancias clínicas y pueden incluir imágenes cerebrales, punción lumbar. Administrar Glucosa (50 ml de solución al 50%) y/o Tiamina intravenosa (250 mg) si hay indicios de abuso de alcohol o alteración de la nutrición, tratar la acidosis si es grave. Tratamiento: infusión de Fenitoína a una dosis de 15 mg a 18 mg/kg a una velocidad de 50 mg/minuto y/o bolo de Fenobarbital de 10 mg a 15 mg/kg a razón de 100 mg/minuto.*

- *Tercera etapa: Estado epiléptico establecido (0 minutos a 60 minutos): establecer etiología, alertar al anestesiólogo y a la unidad de cuidados intensivos, identificar y tratar complicaciones médicas, terapia vasopresora cuando corresponda.*

- *Cuarta etapa: estado epiléptico refractario (30 minutos a 90 minutos): estado refractario: traslado a cuidados intensivos, establecer cuidados intensivos y monitorización electroencefalográfica, iniciar monitorización de la presión intracraneal cuando corresponda, iniciar tratamiento a largo plazo con fármacos antiepilépticos de mantenimiento. La monitorización electroencefalográfica es necesaria para el estado epiléptico refractario. Considerar la posibilidad de un estado no epiléptico. En el estado epiléptico convulsivo refractario, el punto final primario es la supresión de la actividad epiléptica en el electroencefalograma, con un punto final secundario de patrón de estallido supresión (es decir, intervalos cortos de hasta 1 segundo entre estallidos de ritmo de fondo). Tratamiento: Anestesia general, con uno de: Propofol (bolo de 1 mg a 2 mg/kg, luego de 2 mg a 10 mg/kg/hora) ajustado al efecto. Midazolam (0,1 mg a 0,2 mg/kg en bolo, luego 0,05 mg a 0,5 mg/kg/hora) ajustado al efecto. Tiopental sódico (bolo de 3 mg a 5 mg/kg, luego de 3 mg a 5 mg/kg/hora) ajustado al efecto; después de 2 a 3 días, la tasa de infusión necesita una reducción a medida que las reservas de grasa están saturadas, la anestesia continúa durante 12 a 24 horas después de la última convulsión clínica o electrográfica, luego se reduce la dosis.*

c) *Determinar la conexidad entre el diagnóstico de epilepsia presentada por José Gabriel Guerrero y la infección respiratoria que presentó el paciente.*

- *Estados de conciencia: La nubosidad de la conciencia es un término que se aplica a la vigilia o la conciencia mínimamente reducida, que puede incluir hiperexcitabilidad e irritabilidad alternando con somnolencia. El delirio, del latín "salir del surco", es un estado mental más floridamente anormal caracterizado por una percepción errónea de los estímulos sensoriales y, a menudo, alucinaciones vívidas. La obnubilación, del latín "golpear o desafilar", significa literalmente embotamiento mental o letargo. Dichos pacientes tienen una reducción leve a moderada del estado de alerta, acompañada de un menor interés por el medio ambiente. El estupor, del latín "estar aturdido", es una condición de sueño profundo o falta de respuesta conductual similar de la que el sujeto puede despertarse solo con estimulación vigorosa y continua. Incluso cuando está excitado al máximo, el nivel de función*

cognitiva puede verse afectado. Coma, del griego "sueño profundo o trance", es un estado de falta de respuesta en el que el paciente yace con los ojos cerrados y no puede despertarse para responder adecuadamente a los estímulos, incluso con una estimulación vigorosa. "PLUM AND POSNER'S DIAGNOSIS OF STUPOR AND COMA", cuarta edición.

- Escala de coma de Glasgow: clasifica la gravedad del coma de acuerdo con tres categorías de capacidad de respuesta: apertura de los ojos, respuestas motoras y verbales. La Escala de coma de Glasgow se puntúa entre 3 y 15, siendo 3 lo peor y 15 lo mejor. Se compone de tres parámetros: mejor respuesta ocular (E), mejor respuesta verbal (V) y mejor respuesta motora (M). Apertura de ojos: Espontánea (4), Respuesta a comando verbal (3), Respuesta al dolor (2), Sin apertura de ojos (1). Mejor respuesta verbal: Orientado (5), Confundido (4), Palabras inapropiadas (3), Sonidos incomprensibles (2), Sin respuesta verbal (1). Mejor respuesta motora: Obedece órdenes (6), Respuesta de localización al dolor (5), Respuesta de retirada al dolor (4), Flexión al dolor (3), Extensión al dolor (2), Sin respuesta motora (1).

- Indicaciones de intubación traqueal: protección de la vía aérea y riesgo de aspiración, mantenimiento definitivo de la permeabilidad de la vía aérea, cirugía de urgencia y requerimiento de anestesia general, ventilación mecánica e insuficiencia respiratoria, mantenimiento de la oxigenación o presión positiva al final de la espiración, traumatismo craneoencefálico y escala de coma de Glasgow  $\leq 8$ , soporte vital cardíaco avanzado y administración de fármacos, aseo pulmonar, hipoxemia refractaria a la oxigenoterapia, actividad convulsiva descontrolada que requiere control de las vías respiratorias, nivel de conciencia deprimido en paciente traumatizado, paciente combativo con vía aérea comprometida. Stene JK, Grande CM, Barton CR. Airway management for the trauma patient. In: Stene JK, Grande CM, eds. Trauma Anesthesia. Baltimore, MD: Williams & Wilkins; 1991:64-99.

(...)

**RESPUESTA:** luego de 30 minutos del inicio del estado epiléptico se produce una falla en la inhibición y un exceso en la excitación cerebral dependiente del ácido gamma aminobutírico (GABA), el cual es considerado el neurotransmisor inhibitorio por excelencia en el sistema nervioso central, generando una descarga simpática y una falla homeostática. Las consecuencias sistémicas incluyen lesiones cardíacas por liberación masiva de catecolaminas, arritmias cardíacas, hipoventilación, hipoxia, fiebre, leucocitosis, neumonitis por aspiración, edema pulmonar neurogénico e insuficiencia respiratoria, entre otras. **No se realizó intubación orotraqueal al señor José Gabriel Guerrero.**

d) Determinar si los tratamientos y soportes, así como el seguimiento brindado por la E.S.E. Hospital San Antonio de Villamaría, Caldas, fueron adecuados atendiendo la patología de epilepsia del señor Guerrero.

(...)

**RESPUESTA:** No. Los tratamientos y soportes, así como el seguimiento brindado por la E.S.E hospital Antonio de Villamaría, Caldas NO fueron adecuados atendiendo la patología de epilepsia del señor José Gabriel Guerrero, pues **no hay claridad sobre haber asegurado la vía aérea (intubación orotraqueal), realización de electrocardiograma, gases arteriales, tiempos de coagulación, toma de niveles de medicamentos anticonvulsivos, medición de glucosa, medición de función renal ni hepática, toma de calcio, magnesio, realización de radiografía de tórax. No se administró 50 mL de Glucosa al 50% ni tiamina 250 mg/IV. No se identificaron ni trataron complicaciones médicas. No se realizó traslado oportuno a unidad de cuidados intensivos para monitorización electroencefalográfica, no recibió anestesia general.**

(...)

f) Determinar si los tratamientos específicos y de soporte, así como el seguimiento brindado por la E.S.E. Hospital Departamental San Juan de Dios de Armenia, Quindío, fueron adecuados atendiendo la patología de epilepsia del señor Guerrero.

(...)

**RESPUESTA:** No. Los tratamientos específicos y de soporte, así como el seguimiento brindado por la E.S.E hospital Departamental San Juan de Dios de Armenia, Quindío, NO fueron adecuados atendiendo la patología de epilepsia del señor José Gabriel Guerrero, pues **no hay claridad sobre haber asegurado la vía aérea (intubación orotraqueal), realización de electrocardiograma, gases arteriales, tiempos de coagulación, toma de niveles de medicamentos anticonvulsivos, medición de hepática, toma de calcio, magnesio. No se administró 50 mL de Glucosa al 50% ni tiamina 250 mg/IV. No se realizó traslado oportuno a unidad de cuidados intensivos para monitorización electroencefalográfica, no recibió anestesia general.**

g) En el caso particular del señor José Gabriel Guerrero ¿Pudo evitarse en algún momento la dificultad respiratoria, sintomatología que llevaron al deceso del paciente?

**RESPUESTA:** Si. Sí pudo haberse evitado en algún momento la dificultad respiratoria en el caso particular del señor José Gabriel Guerrero, sintomatología que llevó al deceso del paciente. Al paciente se le debió haber asegurado la vía aérea (intubación orotraqueal) de forma temprana.”<sup>21</sup>

-. El referido perito sustentó su dictamen en audiencia realizada en el juzgado de primera instancia, de la cual se destaca lo siguiente:

“(…) **PREGUNTADO:** (...) En su dictamen pericial, manifestó que no se realizó traslado alguno a Unidad de Cuidados Intensivos. ¿Sabe Ud. Si en la E.S.E. Hospital San Antonio de Villamaría, por ser de un primer nivel de atención, ¿se cuenta con cuidados intensivos? **CONTESTÓ:** No. No lo sé (...) **PREGUNTADO:** Asimismo (...) En la E.S.E. Hospital San Antonio de Villamaría, Caldas, se cuenta con equipos para la monitorización electroencefalografía para un paciente? **CONTESTÓ:** Lo desconozco, generalmente la monitorización electroencefalografía para paciente con convulsiones prolongadas, se requiere y se inicia luego de que cumple criterios para un estado epiléptico refractario (...) **PREGUNTADO:** Con respecto a su experiencia en un primer nivel de atención, se práctica al paciente anestesia general. ¿Existen las condiciones para la práctica de anestesia general? **CONTESTÓ:** Generalmente en un primer nivel, no se practica anestesia general. (...) **PREGUNTADO:** (...) ¿Por qué en un primer nivel de atención en la E.S.E. San Antonio de Villamaría, Caldas, ¿se ordenó la remisión a un mayor nivel de atención? **CONTESTÓ:** Básicamente porque nos estábamos enfrentando a un paciente con convulsiones prolongadas, sin recuperación del estado de consciencia o alertamiento, donde por historia clínica había recibido la primera línea y la segunda línea de tratamiento farmacológico. Cumplía criterios para un episodio epiléptico refractario (...) **PREGUNTADO:** ¿De lo consignado en historia clínica, se desprende que ingresó por un trauma y no por sus patologías de base? **CONTESTÓ:** Por historia clínica, lo que esta anotado es que estaba en aparente estado postictal... no excluye la posibilidad que por el estado postictal o asociado a este evento convulsivo hubiera tenido un trauma por caída (...) **PREGUNTADO:** Le pregunto si existen otros mecanismos o formas de proteger la vía aérea, a partir de la intubación orotraqueal. **CONTESTÓ:** Temporalmente uno pudiera usar una sonda nasofaríngea en el contexto del ataque epiléptico y cuando el paciente esta con convulsiones (...) pero para (...) asegurar de manera definitiva la vía aérea debe ser mediante intubación orotraqueal (...) una de las notas medicas anotan que se aseguró la vía aérea, sin embargo no hay descripción del proceso de intubación, de los medicamentos que se usan para una intubación y posteriormente en las notas de evolución del caso (...)

<sup>21</sup> Pág. 1-10 AD “158RespuestaCuestionarioPerito”

*se continuó leyendo que el paciente estuvo con ventury, ventury es una máscara externa, la cual se puede dar una dosis mayor de oxígeno, pero realmente yo puedo concluir que según todo lo que se anotó en dichas historias clínicas no hay una evidencia que el paciente claramente haya sido intubado, con una intubación orotraqueal, la vía aérea no se aseguró y únicamente recibió oxígeno por ventury. PREGUNTADO: A qué obedece esa anotación en historia clínica, "se asegura vía aérea", CONTESTÓ: No, es una interpretación realmente (...) basado en lo que se lee, no queda una certeza absoluta que la vía aérea haya sido asegurada (...) PREGUNTADO: (...) Teniendo en cuenta que la E.S.E. Hospital San Antonio de Villamaría, es un primer nivel de atención en salud. Si Ud. Se ratifica en la respuesta dada a esa pregunta, en atención a que manifestó que: "No se le realizaron los exámenes ya descritos ni se identificaron ni trataron complicaciones médicas. No se realizó traslado oportuno a unidad de cuidados intensivos para monitorización electroencefalográfica, no recibió anestesia general". CONTESTÓ: Si, me ratifico y la respuesta es que no, principalmente lo que se debe resaltar de mi respuesta es que no hay una evidencia, de que al paciente se le aseguró la vía aérea. El paciente no recibió intubación orotraqueal, entonces ese sería el componente principal de mi respuesta y además las otras cosas (...) no están consignadas en la historia clínica (...) paraclínicos desconozco la contratación y el tipo de servicio de urgencias y el tipo de laboratorio (...) en ese Hospital, sin embargo, lo que debe quedar claro es que como las primeras pautas que se deben hacer es administrar Glucosa 50 ml al 50% o Tiamina 250 mg y asegurar la vía aérea. Entonces a partir de ahí al paciente se le identificaron respiraciones ruidosas, se le identificaron roncos, se le identificaron dificultades desde la vía aérea superior, lo que indica que los tratamientos no fueron adecuados, en el sentido en que no se identificaron ni se trataron adecuadamente las complicaciones médicas y el traslado oportuno debe cumplirse o debe hacerse desde lo médico cuando cumple el criterio del estado epiléptico refractario, que por definición es cuando continua con compromiso del alertamiento o convulsiones, luego de que recibe dos líneas de tratamiento (...) PREGUNTADO: (...) De acuerdo con su respuesta al literal g, Sírvase indicar cuando un paciente se le realiza una intubación orotraqueal, se asegura el 100% que no se vaya a broncoaspirar. CONTESTÓ: Pues asegurar al 100% que no se vaya a broncoaspirar, no sería posible, sin embargo al asegurar la vía aérea, el objetivo es para que la saturación de oxígeno, finalmente la cantidad de oxígeno que llega a la sangre sea óptimo para que no presente complicaciones (...) sin embargo en el proceso tanto de premedicación, preoxigenación que son (...) los pasos iniciales en la intubación orotraqueal, puede presentarse broncoaspiración (...) La broncoaspiración puede estar asociada a una neumonía, si, sin embargo, no es la única que puede generar una neumonía, por la temporalidad de los hechos, sin haber asegurado la vía aérea, luego anotándose (...) sibilancias, roncos, es decir, ruidos de la vía aérea, todo esto puede indicar que hubo una broncoaspiración contribuido a la aparición de una neumonía (...). En el material de las historias clínicas realmente la adherencia a la medicación no era la adecuada y las dosis de los anticonvulsivos no era adecuada (...) esa adherencia farmacológica queda en consideración, no quedaba del todo claro (...) en un paciente con un retardo mental moderado pudiera estar en ese 50% de pacientes con epilepsia que no toman los medicamentos según las indicaciones médicas (...) casi el 75% de los pacientes se puede llegar a controlar con un anticonvulsivo en dosis adecuada (...), por epidemiología, por estadística si el paciente hubiera sido adherente (...) PREGUNTADO: Díganos si la falta de adherencia al tratamiento constituye el factor más importante al momento de recaídas del síndrome convulsivo CONTESTÓ: Si, si, pienso que es la causa más frecuente (...) PREGUNTADO: Fue oportuna la orden dada de remisión por parte de la E.S.E. Hospital San Antonio de Villamaría el día 26 de octubre. CONTESTÓ: (...) Si, fue oportuna, dado que el paciente cumplía con un estado epiléptico refractario (...) ante esta urgencia, debió haber sido inmediata. PREGUNTADO: (...) Por qué se ordenó la remisión del paciente a un mayor nivel de complejidad (...) CONTESTÓ: La razón principal, por el tipo de estado epiléptico. Lo repito, un estado epiléptico refractario, que es falla a la primera y a la segunda línea farmacológica (...) si continua con compromiso del alertamiento o convulsiones prolongadas, cumple criterio de un estado epiléptico*

refractario, el cual requiere necesariamente atención en una unidad de cuidados intensivos para monitorización (...) **PREGUNTADO:** Dr. Si en el centro donde lo están atendiendo, no tiene unidad de cuidados intensivos, entonces que debían hacer con este paciente **CONTESTÓ:** Primero que todo, asegurar la vía aérea y a partir de ahí, administrativamente intentar una remisión a un centro donde pueda continuar digamos con ese soporte o administración de oxígeno. Hay un equipo que se llama el ambu (...) es un equipo, el cual, una vez el paciente haya sido intubado, sirve para ventilar al paciente mientras se puede conectar a un equipo de anestesia, pero el acto de intubación se puede hacer en un primer nivel (...) **PREGUNTADO:** La remisión ese mismo día 26 de octubre, fue la adecuada por parte del Hospital de Villamaría (...) **CONTESTÓ:** Si. (...) **PREGUNTADO:**Cuál es el objetivo de una ventilación ventury **CONTESTÓ:** Generalmente, la cantidad de oxígeno que llega con una inspiración normal es del 21% Lo que se usa o el objetivo del ventury es aumentar esa concentración de oxígeno que se administra al paciente (...) **PREGUNTADO:** Díganos si el riesgo – beneficio en una práctica médica, la decide el médico tratante según las condiciones particulares de cada paciente **CONTESTÓ:** Si, así es. (...) **PREGUNTADO:** ¿El tiempo de atención para este paciente era inmediato? **CONTESTÓ:** El tiempo de atención, absolutamente inmediato (...) **PREGUNTADO:** Ud. Podría indicarnos en qué momento de la atención en salud o a las cuantas horas de haber ingresado el paciente, es que él presenta ese estado epiléptico refractario **CONTESTÓ:** Si, tendría que buscarlo (...) Bueno, yo pensaría, que a partir de las 14 horas del día 26 de octubre del 2011, donde se anotó status convulsivo (...) **PREGUNTADO:** Según la historia clínica que Ud. puedo valorar del Hospital San Juan de Dios de Armenia, se observa que el paciente haya sido ingresado a una UCI o a una UCIM. **CONTESTÓ:** No y tampoco que haya sido intubado en ninguna de las dos entidades (...) **PREGUNTADO:** (...) Las convulsiones manifestadas después de esas fechas, pueden deberse a dichos traumas **CONTESTÓ:** Si, pueden ser factores que pueden contribuir a un descontrol de su epilepsia (...) **PREGUNTADO:** Cómo puede garantizar el sistema de salud que el paciente tenga una adecuada adherencia al tratamiento. **CONTESTÓ:** No, con la entrega oportuna de la medicación, con el apoyo de la familia y si, valga la redundancia que el paciente este recibiendo mes a mes su medicación adecuada (...) **PREGUNTADO:** La familia o la red de apoyo del paciente, juega un papel fundamental en el tema de la adherencia al tratamiento (...) **CONTESTÓ:** Pienso que si una EPS, asegura (...) la entrega oportuna, mensual del anti convulsionante al paciente, sería la principal manera de asegurar pues para que el paciente tenga la accesibilidad a la medicación y a partir de ahí si un paciente tiene un retardo mental moderado, requiere del apoyo familiar para la toma diaria de la medicación (...) **PREGUNTADO:** Es decir que la falta de adherencia al tratamiento, sumado al hecho de los eventos traumáticos que tuvo en las semanas previas, todos estos fueron desencadenantes potenciales para ese cuadro de crisis convulsiva refractaria (...) **CONTESTÓ:** Si (...) potenciales, pudieron ser o no **PREGUNTADO:** Y que otras a partir de esas? **CONTESTÓ:** Trauma, consumo de sustancia, consumo de licor, la no toma de la medicación (...) entre otros (...) **PREGUNTADO:** Que significa paciente en estado comatoso y con ventilación al 100% **CONTESTÓ:** (...) El estado comatoso es un poco impreciso, se refiere al estado de coma, que es un estado o un nivel de alertamiento, en el cual hay pérdida de los reflejos por lo menos de la vía aérea, indica que el paciente a pesar de tener una adecuada ventilación, probablemente la defensa de la vía aérea no es la adecuada (...)."

### 3.4. Análisis sustancial del caso concreto

La Sala analizará en primer lugar si era procedente el análisis del daño consistente en la pérdida de oportunidad, para luego analizar si se encuentran acreditados los requisitos de configuración del daño consistente en la pérdida de oportunidad:

#### 3.4.1. Procedencia del análisis del daño consistente en la pérdida de oportunidad



La parte actora acudió al presente medio de control con el objeto de obtener el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por el fallecimiento de JGG, debido a que “...no se dio la atención que requería debido a su delicado estado de salud” (hecho séptimo de la demanda); “que nunca se le dio el tratamiento específico y preferencial (hecho 3.1.1.4.)

Así, si bien expresamente no se solicitó el reconocimiento del daño consistente a la pérdida de oportuna, de los hechos de la demanda, es claro que en ella se hizo referencia a la vulneración a la expectativa legítima de recibir la atención médica adecuada.

Es preciso destacar que, al juez le asiste el deber de interpretar la demanda, ello para efectos de llegar a una decisión más justa; al respecto el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente: “...El juez de lo contencioso administrativo cuenta con la facultad de interpretar la demanda, dado que el ejercicio de sus funciones debe observar el derecho de acceso a la administración de justicia, y regirse por el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal...”.<sup>22</sup>

Además, en cuanto al deber del juez de analizar la vulneración a una expectativa legítima, el Consejo de Estado<sup>23</sup> precisó:

*“A pesar de las diversas teorías empleadas para explicar la pérdida de oportunidad, recientemente esta Subsección se ha pronunciado en el sentido de considerar que la postura que mejor se ajusta a dicho concepto es aquella que la concibe como un fundamento de daño derivado de la lesión a una expectativa legítima, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, **también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado...**”.*

Por lo tanto, una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir que la causa *petendi* no se circunscribió exclusivamente al daño consistente en el fallecimiento del señor JGG, sino que también se expuso como configurativo del mismo, los derivados de la omisión o la abstención en que incurrieron las entidades demandadas. En consecuencia, no prosperan los cargos de apelación formulados por el Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios.

### **3.4.2. Acreditación del daño consistente en la pérdida de oportunidad**

Los requisitos que permiten catalogar como daño antijurídico los escenarios de pérdida de oportunidad son<sup>24</sup>:

*“(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente “de que de no haber ocurrido el*

---

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 10 de marzo de 2020. Radicación número: 25000-23-36-000-2018-00799-01(63523)

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 noviembre del 2017, radicación número: 05001-23-31-000-2003-01057-01 (38725).

<sup>24</sup> Sección Tercera. Agosto 11 de 2010. Radicación número: 05001-23-26-000-1995-00082-01(18593).

*evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes;*

*(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.*

...

*(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que “no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”.*

A continuación, se analizará si se encuentran acreditados los referidos requisitos:

#### **3.4.2.1. Certeza de la existencia de la oportunidad que se perdió:**

Sobre este aspecto, el fallo de primera instancia señaló que, aun desde la periodicidad de los episodios convulsivos; los signos que reflejaban dificultad en la vía aérea del paciente, se conservaba una expectativa cierta y razonable de controlar la crisis presentada por el paciente, ajustándose al efectivo aseguramiento de la vía aérea y la remisión del paciente a cuidados intensivos, para que, con otro método terapéutico inmediato, se hubiese podido contrarrestar la probabilidad de la falla respiratoria. Concluye que, el paciente sí presentó un diagnóstico crónico de alta complejidad, con reducida probabilidad de mejorar el pronóstico, no obstante, para el paciente, era factible la alternativa de un procedimiento que se encontraba sujeto a ciertos condicionamientos, lo que, sin dudas, generaría expectativa de obtener un beneficio y obtener el control del cuadro clínico que presentó.

Asmet Salud en el recurso de apelación argumentó que, no existe certeza de que si se le hubiera brindado otro tipo de tratamiento al paciente se hubiera obtenido un resultado diferente; que además, no se probó que el haber “asegurado la vía aérea” garantizara que el paciente no bronco aspirara y, tampoco se acreditó que esa fuera la causa de la muerte, puesto que no se realizó autopsia.

El hospital San Antonio de Villamaría en su recurso de apelación señaló que, no se configuró el daño por pérdida de oportunidad por cuanto en la historia clínica se registró que se había presentado una “adecuada defensa de la vía aérea”.

La Previsora por su parte señaló que, en el primer nivel de complejidad como lo era la ESE Hospital San Antonio de Villamaría no era posible realizar exámenes avanzados al paciente, que en dicho centro médico no era posible realizar monitorización electroencefalográfica y tampoco debía contar con unidad de cuidados intensivos. Que además, sí fue asegurada la vía aérea del

paciente, pero que en todo caso, la intubación orotraqueal, por los riesgos que trae consigo, no podía ser practicada en esa institución.

Al respecto, la Sala encuentra acreditado que, el señor JGG ingresó al servicio de urgencias de la ESE Hospital San Antonio de Villamaría el 26 de octubre de 2011 a las 7:00 am<sup>25</sup>, anotándose en la historia clínica que se encontraba en "...aparente estado postictal<sup>26</sup> con evidencia de trauma leve por caída, pequeñas escoriaciones en cara. Mal estado general (...) con respuesta al dolor, glasgow 7/15"<sup>27</sup>; señalándose como diagnóstico principal convulsión y diagnóstico relacionado epilepsia<sup>28</sup>. Que además, el señor JGG ingresó a la ESE Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios el 27 de octubre de 2011 siendo las 12:07 am<sup>29</sup>, remitido del hospital de Villamaría, quien el día 30 de la misma calenda, presentó "...dificultad respiratoria que entra en falla ventilatoria y fallece".

Sobre el procedimiento adecuado que debía suministrarse al paciente, el médico neurólogo clínico Estaban Jaramillo Jiménez, quien rindió informe pericial ante el juzgado señaló que este se encuentra descrito en: "las guías clínicas [CG137] de "The National Institute for Health and Care Excellence (NICE), Epilepsies: diagnostic and management" publicadas el 11 de enero de 2012, con última actualización el 12 de mayo de 2021. [guide.nice.org.uk/cg137](http://guide.nice.org.uk/cg137), se describen los tratamientos y procedimientos que debían seguirse por etapas..."<sup>30</sup>, y concluyó que: "No se realizó intubación orotraqueal al señor José Gabriel Guerrero.", sostuvo además que: "No se realizó traslado oportuno a unidad de cuidados intensivos para monitorización electroencefalográfica, no recibió anestesia general"; y que la dificultad respiratoria que sufrió el paciente se pudo haber evitado, si se hubiese realizado la intubación orotraqueal (asegurar la vía aérea) "de forma temprana".

En cuanto a las consecuencias de la falta de aseguramiento de la vía aérea, el perito señaló:

*"...asegurar al 100% que no se vaya a broncoaspirar, no sería posible, sin embargo al asegurar la vía aérea, el objetivo es para que la saturación de oxígeno, finalmente la cantidad de oxígeno que llega a la sangre sea óptimo para que no presente complicaciones (...) sin embargo en el proceso tanto de premedicación, preoxigenación que son (...) los pasos iniciales en la intubación orotraqueal, puede presentarse broncoaspiración (...) La broncoaspiración puede estar asociada a una neumonía, si, sin embargo, no es la única que puede generar una neumonía, por la temporalidad de los hechos, sin haber asegurado la vía aérea, luego anotándose (...) sibilancias, roncos, es decir, ruidos de la vía aérea, todo esto puede indicar que hubo una broncoaspiración contribuido a la aparición de una neumonía".<sup>31</sup>*

Y sobre la existencia de la oportunidad de prolongar la vida del paciente, de haberse asegurado la vía aérea, el perito señaló: "(...) pudo haberse evitado en algún momento la dificultad respiratoria en el caso particular del señor José Gabriel Guerrero, sintomatología que llevó al deceso del paciente. Al paciente se le debió haber asegurado la vía aérea (intubación orotraqueal) de forma temprana".

De acuerdo con lo anterior, el dictamen aportado, además de haber sido elaborado por un experto en la materia, expone de manera clara y fundamentada que, de haber suministrado el tratamiento

---

<sup>25</sup> Pág. 28 AD "04Anexos"

<sup>26</sup> "El estado post-ictal es la condición anormal que ocurre entre el fin de la crisis epiléptica o el estatus epiléptico y el retorno a la condición de base...". Ver: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcgclefindmkaj/https://www.acnweb.org/acta/acta\\_2011\\_27\\_Supl1\\_1\\_62-67.pdf](https://www.acnweb.org/acta/acta_2011_27_Supl1_1_62-67.pdf)

<sup>27</sup> Pág. 18 ibidem.

<sup>28</sup> Pág. 28 AD "04Anexos"

<sup>29</sup> Pág. 146 ibidem.

<sup>30</sup> Pág. 1-10 AD "158RespuestaCuestionarioPerito"

<sup>31</sup> AD. "184AudienciaPruebasParte"

adecuado para los eventos convulsivos y de epilepsia pudo haber contribuido a que el paciente prolongara su vida.

Por tanto, frente al argumento de Asmet Salud, referente a que no se realizó autopsia y que por lo tanto no se demostró que la broncoaspiración fuera la causa de la muerte, se debe indicar que, el análisis que se discute es la pérdida de oportunidad como daño autónomo y no el fallecimiento del paciente, de suerte que no resulta pertinente determinar que esa causa fue la que provocó la muerte, ello, al margen que de acuerdo con la historia clínica y el informe pericial, dan suficientes indicios para determinar que ésta fue la causa.

En cuanto al argumento del Hospital San Antonio de Villamaría y la Previsora referente a que, sí fue asegurada la vía aérea del paciente, se tiene que, en la historia clínica aportada por el hospital San Antonio se registró la siguiente nota en la atención de urgencia: *“Paciente (...) conocido en la institución, quien es traído por la policía, aparente estado postictal con evidencia de trauma leve por caída, pequeñas escoriaciones en cara. Mal estado general (...) con respuesta al dolor, glasgow 7/15, pero con adecuada defensa de la vía aérea...”*<sup>32</sup> (se destaca)

Sobre este aspecto, el perito señaló en el dictamen que: *“No se realizó intubación orotraqueal al señor José Gabriel Guerrero.”* y, en la sustentación del dictamen ante el juzgado explicó lo siguiente:

*“...para (...) asegurar de manera definitiva la vía aérea debe ser mediante intubación orotraqueal (...) una de las notas medicas anotan que se aseguró la vía aérea, sin embargo no hay descripción del proceso de intubación, de los medicamentos que se usan para una intubación y posteriormente en las notas de evolución del caso se continuó leyendo que el paciente estuvo con ventury, ventury es una máscara externa, la cual se puede dar una dosis mayor de oxígeno, pero realmente yo puedo concluir que según todo lo que se anotó en dichas historias clínicas no hay una evidencia que el paciente claramente haya sido intubado, con una intubación orotraqueal, la vía aérea no se aseguró y únicamente recibió oxígeno por ventury”*.<sup>33</sup>

De manera que, resulta diáfano que el paciente no le fue asegurada la vía aérea, ello, por cuanto no le fue practicada la intubación, además porque, si bien en la historia clínica se mencionó el aseguramiento de la vía aérea, no se describió el procedimiento o el servicio médico empleado para ese fin, es decir no existe prueba alguna de que en el mencionado hospital hubiesen realizado el procedimiento requerido por el paciente.

Así las cosas, se encuentra acreditado que, el señor JGG si bien aba un diagnóstico crónico de alta complejidad, con reducida probabilidad de mejorar el pronóstico, tenía la oportunidad de recibir un tratamiento adecuado y en esa medida una eventual recuperación de su salud.

Por lo tanto, se encuentra acreditado el primer requisito, por lo que no prosperan los argumentos expuestos por las apelantes.

### **3.4.2. Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento**

En la sentencia apelada se indicó que, posterior al ingreso en la E.S.E. Hospital San Juan de Dios y la estancia en la unidad hospitalaria, la probabilidad de acceso al beneficio que tenía el paciente, desapareció con el transcurrir del tiempo y fue ratificado por galenos de turno, quienes registraron la variable dificultad respiratoria del paciente, explicando una deficiente respuesta al manejo

---

<sup>32</sup> Pág. 18 AD “04Anexos”

<sup>33</sup> AD. “184AudienciaPruebasParte”

médico, último aspecto que fue objeto de cuestionamiento por parte del médico especialista en Neurología, Esteban Jaramillo Jiménez.

Al respecto, encuentra la Sala que, teniendo en cuenta que el señor JGG falleció el 30 de octubre de 2011, se denota que aquel perdió en forma definitiva la posibilidad de recibir el tratamiento para la patología que padecía y por ende, la eventual oportunidad de recuperar su salud mediante las intervenciones médicas pertinentes.

Por lo tanto, se encuentra acreditado el segundo requisito.

### 3.4.3. Situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado

Sobre este aspecto, se indicó en el fallo de primer grado que: *“...se conservaba una expectativa cierta y razonable de controlar la crisis presentada por el paciente, ajustándose al efectivo aseguramiento de la vía aérea y la remisión del paciente a cuidados intensivos, para que, con otro método terapéutico inmediato, se hubiese podido contrarrestar la probabilidad de la falla respiratoria.”*

Asmet Salud en el recurso de apelación, señaló que no se acreditó que la víctima se encontraba en situación potencialmente apta para el resultado esperado, por cuanto el paciente tenía como patología base cuadro epiléptico convulsivo con falta de adherencia al tratamiento, lo que implicaba que para el 26 de octubre su organismo ya se encontraba deteriorado.

Al respecto encuentra la Sala que, el señor JGG ingresó al servicio de urgencias de la ESE Hospital San Antonio de Villamaría el 26 de octubre de 2011 a las 7:00 am, con anotación de presentar un *“...aparente estado postictal con evidencia de trauma leve por caída, pequeñas escoriaciones en cara. Mal estado general (...) con respuesta al dolor, glasgow 7/15”*; diagnóstico frente al cual, el perito Esteban Jaramillo indicó que el tratamiento que se debió dar aplicación al procedimiento que se encontraba descrito en *“las guías clínicas [CG137] de “The National Institute for Health and Care Excellence (NICE), Epilepsies: diagnostic and management” publicadas el 11 de enero de 2012, con última actualización el 12 de mayo de 2021”*, las cuales indican que se debió asegurar la vía aérea (intubación orotraqueal) y remitir a una unidad de cuidados intensivos.

Frente a lo anterior, explicó el perito neurólogo lo siguiente:

*“...lo que debe quedar claro es que como las primeras pautas que se deben hacer es administrar Glucosa 50 ml al 50% o Tiamina 250 mg y asegurar la vía aérea. Entonces a partir de ahí al paciente se le identificaron respiraciones ruidosas, se le identificaron roncos, se le identificaron dificultades desde la vía aérea superior, lo que indica que los tratamientos no fueron adecuados, en el sentido en que no se identificaron ni se trataron adecuadamente las complicaciones médicas y el traslado oportuno debe cumplirse o debe hacerse desde lo médico cuando cumple el criterio del estado epiléptico refractario, que por definición es cuando continua con compromiso del alertamiento o convulsiones, luego de que recibe dos líneas de tratamiento... PREGUNTADO: ¿El tiempo de atención para este paciente era inmediato? CONTESTÓ: El tiempo de atención, absolutamente inmediato (...)”*

Frente a los antecedentes de epilepsia y falta de adherencia al tratamiento, explicó el mismo galeno:

*“... pueden ser factores que pueden contribuir a un descontrol de su epilepsia (...) PREGUNTADO: Cómo puede garantizar el sistema de salud que el paciente tenga una adecuada adherencia al*

*tratamiento. CONTESTÓ: No, con la entrega oportuna de la medicación, con el apoyo de la familia y si, valga la redundancia que el paciente este recibiendo mes a mes su medicación adecuada (...)*

*PREGUNTADO: Es decir que la falta de adherencia al tratamiento, sumado al hecho de los eventos traumáticos que tuvo en las semanas previas, todos estos fueron desencadenantes potenciales para ese cuadro de crisis convulsiva refractaria (...) CONTESTÓ: Si (...) potenciales, pudieron ser o no..."*

De lo anterior se desprende que, si bien los antecedentes que presentaba el paciente pudieron contribuir en el estado de salud que tuvo para el 26 de octubre de 2011, no fueron los únicos determinantes y, en todo caso, como ya se ha indicado, lo que aquí se discute es el daño autónomo por pérdida de oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado y no el deceso del paciente propiamente, menos aún si las patologías que presentaba con anterioridad fueron determinantes o no para el fallecimiento.

Así las cosas, resulta demostrado que el señor JGG se encontraba en una situación potencialmente apta para recuperar su salud si se le hubiese realizado la intubación orotraqueal y recibido oportunamente la atención en una unidad de cuidados intensivos.

### **3.5. Conclusión**

Era procedente el análisis del daño consistente en la pérdida de oportunidad, por cuanto una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir que la causa petendi no se circunscribió exclusivamente al fallecimiento del señor JGG, sino que se expuso, como configurativo del mismo, los derivados de las omisiones en que incurrieron las entidades demandadas.

El daño consistente en la pérdida de oportunidad de que fuera asegurada la vía aérea y ser remitido oportunamente a una institución de mayor nivel de complejidad donde contara con unidad de cuidados intensivos para atender la patología que presentaba, se encuentra acreditada por cuanto: el señor JGG tenía la oportunidad de recibir la intubación orotraqueal y atención en unidad de cuidados intensivos; el paciente falleció el 30 de octubre de 2011 y se encontrarse en una situación potencialmente apta para recuperar su salud, si se le hubiese realizado la intubación orotraqueal y recibido oportunamente la atención en una unidad de cuidados intensivos.

**4. Tercer problema jurídico:** *¿El daño consistente en la pérdida de oportunidad es imputable a las entidades demandadas?*

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

El daño consistente en la pérdida de oportunidad es imputable al Hospital San Antonio de Villamaría por la falta el aseguramiento de la vía aérea (intubación orotraqueal) y la falta de remisión oportuna del paciente a la unidad de cuidados intensivos; al Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios, por la falta el aseguramiento de la vía aérea y por no ingresar al paciente a la unidad de cuidados intensivos y a Asmet Salud por las trabas administrativas en la remisión del paciente.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el fundamento jurídico sobre la imputación y ii) análisis del caso concreto.

#### 4.2. Fundamento jurídico - La imputación

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, o el riesgo excepcional, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico *"venite ad factum, iura novit curia"*, que significa que se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales<sup>34</sup>.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el sentido de que la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva o morigerar dicha carga probatoria.

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto. Al respecto el Consejo de Estado ha indicado:

*"En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional)"*<sup>35</sup>.

*Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. (...)*

---

<sup>34</sup> Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

<sup>35</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

*Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que, demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera "(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación".<sup>36</sup>*

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

El *a quo* señaló que, la pérdida de oportunidad se centra en un inadecuado tratamiento así como la extendida remisión del señor JGG y, por lo tanto, la estructuración del daño se evidencia en la inobservancia de la característica de oportunidad en la cual se tuvo que orientar la actuación de la prestación en salud de Asmet Salud E.P.S.S, E.S.E. Hospital San Antonio de Villamaría, Caldas y E.S.E Hospital San Juan de Dios de Armenia, Quindío, máxime ante el alto riesgo de la patología y la necesidad de vigilancia en una institución de alta complejidad que atendiera entonces las complicaciones clínicas.

Así, de cara a desatar los reparos planteados por las entidades demandadas frente a la imputación realizada por el despacho de primera instancia, se procede a analizar la conducta asumida por ellas respecto a la atención brindada al paciente.

#### **4.3.1. De la actuación de la ESE Hospital San Antonio de Villamaría**

Dicho Hospital señaló que, en el fallo de primera instancia, no existió imputación fáctica; que en la historia clínica se acreditó que el señor JGG sufría de un trastorno crónico, agravado por un diagnóstico con un complejo manejo terapéutico, que no contaba el paciente con apoyo familiar, lo cual infirió en la fatal de adherencia a los tratamientos dados para sus eventos epilépticos, que además hubo una adecuada defensa de la vía aérea. De otra parte, señaló que no le es imputable el daño por cuanto es una institución de primer nivel de atención en salud, en donde no se cuenta con unidad de cuidados intensivos, ni quirófano, ni con especialista en anestesiología, que hiciera posible asegurar la vía aérea a través de una intubación oro-traqueal.

Al respecto, la Sala encuentra acreditado que, el señor JGG ingresó al servicio de urgencias de la ESE Hospital San Antonio de Villamaría el 26 de octubre de 2011 a las 7:00 am, registrándose en

<sup>36</sup> Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.



la historia clínica que se encontraba en "...aparente estado postictal, evidencia de trauma leve por caída, mal estado general, obnubilado, Glasgow 7/15...", por lo que, el médico de turno indicó como plan de manejo: "temitoina sódica amp x250mg; 4 amp en 500cc de ssal y pasar cuarto; diazepam 1 amp IM completa; SS Ch y uroanálisis; metoclopramida + ranitidina; revalorar posteriormente el manejo"<sup>37</sup>.

Se consignó en la historia clínica, del 26 de octubre de 2022 siendo las 10:30 am, la siguiente nota:

*"Paciente que en el foyoga figura con Asmet Salud Quindío motivo por el cual se realiza anexo técnico 2 el cual se anexa por fax por correo electrónico. Me comunican con autorizaciones en Manizales con la funcionaria Juliana, quien me informa que el paciente debe ser comentado al CRUE Armenia para el proceso de su remisión.*

*(...)*

*26-10-11 10+55 Nota facturación*

*Me comunico con el CRUE Armenia a comentar el paciente hablo con la funcionaria Yessica quien verifica derecho, posterior a esto me comunica con el Dr Felipe responsable del CURE quien solicita información médica del paciente, motivo por el cual se traslada la llamada al Dr Sergio Montoya médico de urgencias quien comenta el estado de salud del paciente. El Dr Felipe comenta que se siga bajo observación en su estado de salud, no asignan código de autorización para traslado a la ciudad de Armenia la Hospital San Juan de Dios..."<sup>38</sup>*

Se registró la siguiente nota: "...paciente en camilla dormido (...) 8 am presentó convulsión, valorado por el Dr Sergio"<sup>39</sup>; a las 11 am se registró que el paciente convulsionó; a las 1:30 pm se anotó que presenta gran cantidad de secreciones, roncus abundantes, se anotó estatus convulsivo; a las 3:15 pm señalaron que presentó otra convulsión; a las 3:30 pm presentó nueva convulsión; a las 6 pm se registró que se encontraba pendiente la remisión. Finalmente a las 9 pm, se registró que había sido aceptada la remisión a la Clínica San Juan de Dios de Armenia.

Ahora bien, teniendo en cuenta el estado convulsivo que presentaba JGG, el neurólogo clínico Estaban Jaramillo Jiménez, señaló en su informe pericial que, para el tratamiento de dicha patología era necesario actuar conforme a "las guías clínicas [CG137] de "The National Institute for Health and Care Excellence (NICE), *Epilepsies: diagnostic and management*" publicadas el 11 de enero de 2012, con última actualización el 12 de mayo de 2021", en las que se indica que el tratamiento debía seguirse por etapas, lo cual en resumen consisten en:

*i) Primera etapa: Estado epiléptico temprano (0 minutos a 10 minutos): asegurar la vía aérea; ii) Segunda etapa: (0 minutos a 30 minutos): instituir monitoreo regular con observaciones neurológicas periódicas; iii) Tercera etapa: Estado epiléptico establecido (0 minutos a 60 minutos): establecer etiología, alertar al anesthesiólogo y a la unidad de cuidados intensivos y iv) Cuarta etapa: estado epiléptico refractario (30 minutos a 90 minutos): estado refractario: traslado a cuidados intensivos, establecer cuidados intensivos y monitorización electroencefalográfica, iniciar monitorización de la presión intracraneal cuando corresponda, iniciar tratamiento a largo plazo con fármacos antiepilépticos de mantenimiento.*

Visto lo anterior, el perito sobre la conducta asumida por el Hospital San Antonio de Villamaría de cara a la patología que presentaba JGG, señaló: "Al paciente se le debió haber asegurado la vía aérea (intubación orotraqueal) de forma temprana" y, fue enfático en señalar que:

---

<sup>37</sup> Pág. 46 AD "18Anexos"

<sup>38</sup> Pág. 21-27 AD "04Anexos"

<sup>39</sup> Pág. 50 AD "18Anexos"

*“Los tratamientos y soportes, así como el seguimiento brindado por la E.S.E hospital Antonio de Villamaría, Caldas NO fueron adecuados atendiendo la patología de epilepsia del señor José Gabriel Guerrero, pues no hay claridad sobre haber asegurado la vía aérea (intubación oro-traqueal), realización de electrocardiograma, gases arteriales, tiempos de coagulación, toma de niveles de medicamentos anticonvulsivos, medición de glucosa, medición de función renal ni hepática, toma de calcio, magnesio, realización de radiografía de tórax. No se administró 50 mL de Glucosa al 50% ni tiamina 250 mg/IV. No se identificaron ni trataron complicaciones médicas. No se realizó traslado oportuno a unidad de cuidados intensivos para monitorización electroencefalográfica, no recibió anestesia general.”*

Aduce el Hospital San Antonio que de acuerdo con la historia clínica, sí había asegurado la vía aérea; no obstante lo indicado por esa institución, se encuentra que el aseguramiento de la vía aérea consistía en lo siguiente:

*“Indicaciones de intubación traqueal: protección de la vía aérea y riesgo de aspiración, mantenimiento definitivo de la permeabilidad de la vía aérea, cirugía de urgencia y requerimiento de anestesia general, ventilación mecánica e insuficiencia respiratoria, mantenimiento de la oxigenación o presión positiva al final de la espiración, traumatismo craneoencefálico y escala de coma de Glasgow  $\leq 8$ , soporte vital cardíaco avanzado y administración de fármacos, aseo pulmonar, hipoxemia refractaria a la oxigenoterapia, actividad convulsiva descontrolada que requiere control de las vías respiratorias, nivel de conciencia deprimido en paciente traumatizado, paciente combativo con vía aérea comprometida.”<sup>40</sup>*

Así mismo, el neurólogo Esteban Jaramillo Jiménez, respecto a que en el hospital habían asegurado la vía aérea, señaló:

*“Temporalmente uno pudiera usar una sonda nasofaríngea en el contexto del ataque epiléptico y cuando el paciente esta con convulsiones (...) pero para (...) asegurar de manera definitiva la vía aérea debe ser mediante intubación oro-traqueal (...) una de las notas medicas anotan que se aseguró la vía aérea, sin embargo no hay descripción del proceso de intubación, de los medicamentos que se usan para una intubación y posteriormente en las notas de evolución del caso (...) se continuó leyendo que el paciente estuvo con ventury, ventury es una máscara externa, la cual se puede dar una dosis mayor de oxígeno, pero realmente yo puedo concluir que según todo lo que se anotó en dichas historias clínicas no hay una evidencia que el paciente claramente haya sido intubado, con una intubación oro-traqueal, la vía aérea no se aseguró y únicamente recibió oxígeno por ventury. PREGUNTADO: A qué obedece esa anotación en historia clínica, “se asegura vía aérea”, CONTESTÓ: No, es una interpretación realmente (...) basado en lo que se lee, no queda una certeza absoluta que la vía aérea haya sido asegurada...” (se destaca)*

De manera que, no cabe duda para la Sala que en el Hospital San Antonio de Villamaría no se aseguró la vía aérea del señor JGG, conforme lo exigía la patología que presentaba.

De otra parte, discute el Hospital San Antonio que, al ser una institución de primer nivel de atención, no contaba con unidad de cuidados intensivos, ni quirófano, ni con especialista en anestesiología, que hiciera posible asegurar la vía aérea a través de una intubación oro-traqueal. No obstante, el citado perito Esteban Jaramillo, refirió en su declaración que la intubación se podía realizar en un centro donde no se contara con unidad de cuidados intensivo, concretamente señaló:

---

<sup>40</sup> Pág. 1-10 AD “158RespuestaCuestionarioPerito”

*“Primero que todo, asegurar la vía aérea y a partir de ahí, administrativamente intentar una remisión a un centro donde pueda continuar digamos con ese soporte o administración de oxígeno. Hay un equipo que se llama el AMBU (...) es un equipo, el cual, una vez el paciente haya sido intubado, sirve para ventilar al paciente mientras se puede conectar a un equipo de anestesia, pero el acto de intubación se puede hacer en un primer nivel...” (se destaca)*

Así, queda claro que, correspondía al Hospital San Antonio de Villamaría realizar la intubación orotraqueal, situación que no ocurrió, sumado a que, según lo describió el perito consultado *“...el paciente cumplía con un estado epiléptico refractario (...) ante esta urgencia, debió haber sido (la remisión) inmediata...”*.

**Conclusión:** De acuerdo con lo expuesto, el daño antijurídico consistente en la pérdida de oportunidad de recibir la intubación orotraqueal y atención en unidad de cuidados intensivos, resulta atribuible a la ESE Hospital San Antonio de Villamaría, por cuanto: i) el señor JGG ingresó al servicio de urgencias de dicha institución de 26 de octubre de 2011 a las 7:00 am, presentando un *estado postictal*, se registraron varios episodios convulsivos, sin que se asegurara la vía aérea (intubación), a pesar de encontrarse en capacidad de hacerlo; ii) el paciente requería la remisión de forma inmediata, pero solo se hizo efectiva hasta el 27 de octubre de 2011.

#### **4.3.2. De la actuación de la ESE Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios**

Argumentó la entidad que, el daño consistente en la pérdida de oportunidad no le es imputable por cuanto el daño alegado en la demanda es la muerte del señor JGG, hecho que no se puede negar, pero que no resulta atribuible a las encartadas, lo cual fue reconocido en la sentencia. Que, una vez desvirtuada la configuración del daño, resultaba infructuoso continuar con el análisis de los demás elementos, sin embargo, el despacho desatendiendo el debido proceso y el principio de congruencia procedió al estudio y la imputación de la pérdida de la oportunidad.

Al respecto, la Sala reitera que, era procedente el análisis del daño consistente en la pérdida de oportunidad, por cuanto una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir que la causa petendi no se circunscribió exclusivamente al fallecimiento del señor JGG, sino que se expuso, como configurativo del mismo, los derivados de las omisiones en que incurrieron las entidades demandadas.

Aunado a lo anterior, de las pruebas obrantes en el proceso, tal y como ya ampliamente se desarrolló en el acápite anterior, se encuentra acreditado que el señor JGG debido a su estado de salud, requería con urgencia que se asegurara la vía aérea (intubación orotraqueal) y el traslado a la unidad de cuidados intensivos, no obstante, en ninguna parte de la historia clínica del Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios, se registró que hubiesen procedido a suministrar dicha atención.

Así, el perito Esteban Jaramillo Jiménez, respecto de la atención brindada en dicho hospital señaló:

*“Los tratamientos específicos y de soporte, así como el seguimiento brindado por la E.S.E hospital Departamental San Juan de Dios de Armenia, Quindío, no fueron adecuados atendiendo la patología de epilepsia del señor José Gabriel Guerrero, pues no hay claridad sobre haber asegurado la vía aérea (intubación orotraqueal), realización de electrocardiograma, gases arteriales, tiempos de coagulación, toma de niveles de medicamentos anticonvulsivos, medición de hepática, toma de calcio, magnesio. No se administró 50 mL de Glucosa al 50% ni tiamina 250 mg/IV. No se realizó traslado oportuno*

*a unidad de cuidados intensivos para monitorización electroencefalográfica, no recibió anestesia general.”*

Y al ser interrogado acerca de si en el Hospital San Juan de Dios, ingresaron al paciente a la unidad de cuidados intensivos, respondió que: “...*No y tampoco que haya sido intubado en ninguna de las dos entidades”.*

Así las cosas, de acuerdo con la historia clínica, el señor JGG ingresó el 27 de octubre de 2011 al hospital San Juan de Dios y falleció el día 30 del mismo mes y año, sin que se encuentre registrado en la historia clínica que al paciente se le hubiese asegurado la vía aérea y sin que haya sido ingresado a la unidad de cuidados intensivos, a pesar de encontrarse en capacidad de hacerlo.

**Conclusión:** El daño antijurídico consistente en la pérdida de oportunidad de recibir la intubación orotraqueal, es atribuible a la ESE Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios, por cuanto: el señor JGG ingresó al servicio a dicha institución el 27 de octubre de 2011 y falleció el 30 del mismo mes y año, sin que se asegurara la vía aérea (intubación) y fuera ingresado a la unidad de cuidados intensivos.

#### **4.3.3. De la actuación de Asmet Salud**

Al respecto señaló la entidad en el recurso de apelación que, entre el 26 y el 30 de octubre de 2011, el señor JGG se encontraba afiliado a Asmet Salud EPS, no obstante, no obra solicitud de cambio de dirección de residencia. Que de acuerdo con la historia clínica, el 26 de octubre de 2011 el paciente fue atendido en el servicio de urgencias de la ESE Hospital San Antonio de Villamaría, por lo que, de acuerdo con el Decreto 047 de 2000, modificado por el artículo 12 del Decreto 783 de 2000, los servicios que se le prestaron en dicha institución no requerían autorización por parte de la EPS.

Al respecto, se acreditó que al ingreso al servicio de urgencias del señor JGG en el Hospital San Antonio de Villamaría el 26 de octubre de 2011, se emitió la orden de remisión del paciente, realizándose las siguientes gestiones para obtener la autorización:

*“(...) 26-10-11 10+30 Nota facturación*

*Paciente que en el foyga figura con Asmet Salud Quindío motivo por el cual se realiza anexo técnico 2 el cual se anexa por fax por correo electrónico.*

*Me comunican con autorizaciones en Manizales con la funcionaria Juliana, quien me informa que el paciente debe ser comentado al CRUE Armenia para el proceso de su remisión.*

*(...)*

*26-10-11 10+55 Nota facturación*

*Me comunico con el CRUE Armenia a comentar el paciente hablo con la funcionaria Yessica quien verifica derecho, posterior a esto me comunica con el Dr Felipe responsable del CURE quien solicita información médica del paciente, motivo por el cual se traslada la llamada al Dr Sergio Montoya médico de urgencias quien comenta el estado de salud del paciente. El Dr Felipe comenta que se siga bajo observación en su estado de salud, no asignan código de autorización para traslado a la ciudad de Armenia la Hospital San Juan de Dios*

*(...)*

*26-10-11 21+00 Paciente que es aceptado y remitido hacia Armenia, hacia la Clínica San Juan de Dios, código CRUE 94942 dado por Juan (...) Arroyave y autorización dada por la Dra. Luz Stella López. Paciente que egresa estable bajo efecto de la sedación instaurada”<sup>41</sup>. (se destaca)*

---

<sup>41</sup> Pág. 21-27 AD “04Anexos”

De lo anterior se colige que, la orden de remisión se dio el 26 de octubre de 2011 a las 10:30 am, por lo cual se solicitó la autorización con el CRUE de Manizales, no obstante, en dicha central le informaron al hospital que debía solicitarse la autorización con el CRUE de Armenia y, al ser comentada, no dieron código de autorización para las 10:55 am; finalmente, la autorización solo se logró hasta las 9:00 pm y el traslado solo se hizo efectivo hasta el 27 de octubre de 2011.

Sobre la remisión de los pacientes a una institución de mayor nivel de complejidad, el parágrafo del artículo 2º de la Resolución 5261 de 1994<sup>42</sup>, señala:

*“El acceso al servicio siempre será por el primer nivel o por el servicio de urgencias. Para los niveles subsiguientes el paciente deberá ser remitido por un profesional en medicina general de acuerdo a las normas definidas para ello, las que como mínimo deberán contener una historia clínica completa en la que se especifique el motivo de la remisión, los tratamientos y resultados previos. Cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una U.P.C. diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S.” (se destaca)*

De acuerdo con lo anterior, cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada EPS. Además, el acceso al servicio siempre será por el primer nivel o por el servicio de urgencias. Para los niveles subsiguientes el paciente deberá ser remitido por un profesional en medicina general, al municipio más cercano que cuente con el nivel de complejidad requerido.

En el caso concreto, tal y como ampliamente se ha expuesto, el neurólogo Esteban Jaramillo Jiménez, fue claro en señalar que el señor JGG, en razón a su grave estado de salud, debió ser remitido de forma inmediata, toda vez que requería que fuera asegurada la vía aérea y ser ingresado a unidad de cuidados intensivos, servicio éste último que debía prestarse en un centro de mayor complejidad de atención en salud, empero, al gestionar la autorización a la ciudad de Manizales que era el municipio más cercano a Villamaría, dicha remisión no fue autorizada, además se indicó que el paciente debía ser enviado a Armenia porque allí tenía su afiliación. Adicionalmente y, sumado a que no fue aceptada la remisión más cercana, la misma solo fue autorizada a las 9:00 pm para la ESE Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios, es decir, más de 10 horas después a que fuera requerida por el personal médico del Hospital San Antonio de Villamaría.

**Conclusión:** De acuerdo con lo expuesto, el daño antijurídico consistente en la pérdida de oportunidad de ser remitido a un nivel mayor de complejidad en salud, es atribuible a Asmet Salud EPS, por cuanto: i) El paciente debió ser remitido de forma inmediata al municipio más cercano, es decir a Manizales, no obstante la remisión se dio para el municipio de Armenia (Quindío) y ii) La autorización solo fue otorgada pasadas más de 10 horas de que fuera requerida por el personal médico del hospital San Antonio de Villamaría.

#### 4.4. Conclusión

---

<sup>42</sup> Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De acuerdo con lo expuesto, el daño consistente en la pérdida de oportunidad es imputable:

- A la ESE Hospital San Antonio de Villamaría, por cuanto: i) el señor JGG ingresó al servicio de urgencias de dicha institución el 26 de octubre de 2011 a las 7:00 am, presentando un *estado postictal*, se registraron varios episodios convulsivos, sin que se asegurara la vía aérea (intubación), a pesar de encontrarse en capacidad de hacerlo; ii) el paciente requería la remisión de forma inmediata pero solo se hizo efectiva el 27 de octubre de 2011.

- A la ESE Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios, por cuanto: el señor JGG ingresó al servicio a dicha institución el 27 de octubre de 2011 y falleció el 30 del mismo mes y año, sin que se asegurara la vía aérea (intubación) y fuera ingresado a la unidad de cuidados intensivos, a pesar de encontrarse en capacidad de hacerlo.

- A Asmet Salud EPS, por cuanto: i) El paciente debió ser remitido de forma inmediata al municipio más cercano, es decir a Manizales, no obstante, la remisión se dio para el municipio de Armenia (Quindío) y ii) La autorización solo fue otorgada pasadas más de 10 horas de que fuera requerida por el personal médico del hospital San Antonio de Villamaría.

**5. Cuarto problema jurídico:** *¿Los perjuicios fueron debidamente acreditados y estimados en el fallo?*

#### **5.1. Tesis del Tribunal**

Los perjuicios por la pérdida de oportunidad se encuentran acreditados y fueron debidamente tasados en la sentencia. Por lo tanto, se confirmará la decisión.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el fundamento jurídico sobre la tasación de perjuicios en pérdida de oportunidad y ii) análisis del caso concreto.

#### **5.2. Fundamento jurídico - Tasación de perjuicios en pérdida de oportunidad**

Dado que el daño que se repara en asuntos de pérdida de oportunidad en asuntos de prestación de servicios de salud no compete al resultado definitivo que se presenta en los afectados, sino al menoscabo que representó no poder obtener el diagnóstico y el tratamiento adecuado para su manejo, resulta adecuado aplicar las tablas de tasación de perjuicios inmateriales que han sido objeto de unificación por dicha corporación, empero aplicando una reducción proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió.

Al respecto, el Consejo de Estado expuso<sup>43</sup>:

*“Como aquello que se imputa en este particular evento a la demandada no es la pérdida de la extremidad, afectada por el curso adverso a la enfermedad sin intervención de la accionada, sino la pérdida de posibilidad de salvarla, lo preciso sería atender a la proporción de dicha privación para efectos de la indemnización. Así lo precisó la Sala en reciente decisión:*

*[L]a Sala considera que la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, **la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió.** Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción*

---

<sup>43</sup> Sección Tercera, Subsección B, 07 de febrero de 2018, Radicación: 05001-23-31-000-2004-04779-01(40890).

*de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea...*

i. No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad por el porcentaje de probabilidades que resulten de la acreditación del vínculo causal entre la falla y el daño final, habida cuenta de que la pérdida de oportunidad constituye una fuente de daño cuya reparación depende de lo probado en el proceso.

ii. **El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal -perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina, bien sea a) **declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) acudir a criterios de equidad, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados.****

*Empero, como en el caso concreto no hay evidencia científica del porcentaje de probabilidad de salvar la extremidad del demandante de conformidad con sus particulares circunstancias, **prueba que por demás resultaría de imposible obtención**, se precisa acudir a la subregla que para este tipo de eventos se estableció, en los siguientes términos:*

iii. Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohibirse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.

*De acuerdo con lo expuesto, ante la ausencia de evidencia científica de la real probabilidad de recuperación de la extremidad afectada por gangrena, la reparación de los perjuicios se reconocerá en un 50% de aquello que correspondería a la reparación del daño final...". (Resalta la Sala)*

### 5.3. Caso concreto

El fallo de primera instancia en la parte considerativa estimó la indemnización del daño moral por la pérdida de oportunidad conforme a las tablas establecidas por el Consejo de Estado<sup>44</sup> e indicó que el porcentaje de probabilidad de recuperación no puede ser determinado científica y técnicamente conforme a las pruebas obrantes en el expediente, como quiera que no existe prueba

<sup>44</sup> Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P.: RAMIRO PAZOS GUERRERO, sentencia de abril de dos mil 2017, Radicación: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706)

pericial sobre el caso concreto que defina con exactitud las probabilidades que tuvo el paciente; que por lo tanto, *“se reducirá en un 30% el monto del porcentaje estimado para la señora ELIZABETH GUERRERO TAPASCO en calidad de madre del fallecido; y en 15% para los señores SEBASTIÁN ÁVILA GUERRERO y JHON ALEXANDER ÁVILA GUERRERO en calidad de hermanos, correspondiente a un monto de 30 y 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes, respectivamente”*

En la parte resolutive, como indemnización del daño moral por la pérdida de oportunidad, expresamente se ordenó pagar a favor de la señora Elizabeth Guerrero Tapasco (Madre de José Gabriel Guerrero) la suma equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes y a favor del señor Sebastián Ávila Guerrero y Jhon Alexander Ávila Guerrero en calidad de hermanos de la víctima, la suma equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La parte demandante en el recurso de apelación indicó que, no hay congruencia entre la parte motiva de la sentencia y la parte resolutive, pues en el acápite de perjuicios morales que se encuentra en la página 29 de dicha providencia, se hizo referencia a una tabla que determina los límites indemnizatorios de reparación del daño moral en caso de muerte, la cual establece que la reparación para los padres de la víctima tiene un tope del 100% equivalente a 100 salario mínimos y el juzgado decidió *“rebajarle un 30% equivalente a 30 salarios mínimos, lo cual daría un total de 70% o su equivalente a 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes, situación que no debe salir de dicho marco normativo a no ser que vaya a mejorar”*. (sic)

La Sala al respecto evidencia que, el fallo es claro en indicar en la parte motiva que el porcentaje se reduce en un 30% a favor de la madre y en un 15% a favor de los hermanos de la víctima, haciendo referencia al porcentaje definitivo objeto de reconocimiento, lo cual es congruente con la parte resolutive. Por tanto, en este aspecto no le asiste razón a la parte demandante.

Adicionalmente el demandante en su apelación solicita se reconozca por concepto de indemnización a la madre 100 salarios mínimos y 50 salario mínimos a los hermanos; subsidiariamente solicitó que, al reducir en un 30% la indemnización, ésta de como resultado 70 salario mínimos para la madre y 35 salarios mínimos para los hermanos; sin embargo, no expuso ningún argumento que fundamentara dicha solicitud.

Aunado a lo anterior, la solicitud resulta improcedente en atención a que, el fundamento del daño radica en el truncamiento de una expectativa legítima, *“de ahí que su estimación no solo será menor a la que procedería si se indemnizara el perjuicio final, es decir, la muerte o la afectación a la integridad física o psicológica, sino proporcional al porcentaje de posibilidades que tenía la víctima de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de salud”*.<sup>45</sup>

Por su parte, Asmet Salud en su recurso de apelación indica que, el fallo incurrió en defecto fáctico, por cuanto condenó al pago de perjuicio moral sin que existiera prueba de su causación.

Al respecto, la Sala precisa que, frente a la acreditación de dicho perjuicio, el Consejo de Estado ha sostenido que únicamente basta con la prueba del parentesco o de la relación marital, para inferir la afectación moral de la víctima, del cónyuge y de los parientes más cercanos según corresponda. Asimismo, respecto del quantum indemnizatorio, se ha establecido que el juez, según su prudente juicio, analizará las particularidades de cada caso en concreto, pudiendo

---

<sup>45</sup> Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P.: RAMIRO PAZOS GUERRERO, sentencia de abril de dos mil 2017, Radicación: 17001-23-31-000-2000-00645-01(25706)



acudir como guía de la tasación de este a los criterios de unificación contenidos en la sentencia del 28 de agosto de 2014.<sup>46</sup>

Aunado a lo anterior, contrario a lo afirmado por esta apelante, en el fallo apelado se indicó que, el quebranto en el plano psíquico interno de los demandante respecto a la frustración de expectativa cierta se encontraba acreditada, teniendo en cuenta la gestión previa que realizó la familia del paciente, en la interposición de acción constitucional para garantizar el efectivo desplazamiento a la I.P.S., que debía garantizar su atención; además aclaró que: *“no obstante, dicha afectación deberá cuestionarse ante el aparente estado de abandono del paciente, como se encuentra descrito en múltiples anotaciones inscritas en historia clínica y que derriban el factor determinante en la adherencia del tratamiento, referente al apoyo familiar del paciente con diagnóstico de retardo mental moderado”* de allí que redujera la indemnización por el daño moral en un 30% y 15% para la madre y los hermanos respectivamente

Por lo anterior, es claro que el *a quo* si valoró las pruebas obrantes en el proceso para imponer la condena al pago de perjuicio moral. Por lo anterior, no prosperan los argumentos expuestos por la apelante.

Por otra parte, el Hospital San Antonio de Villamaría en su recurso de apelación señala que el fallador, al momento de efectuar la tasación de la condena, no tuvo en cuenta que, en relación con los perjuicios derivados de la pérdida de la oportunidad, no se tienen parámetros vinculantes para el mismo más allá del artículo 16 de la Ley 448 de 1998, por lo tanto, se deberá acoger el precedente existente en la Sentencia del 31 de julio de 2020, rad. 13001-23-31-000-2003-01299-01.

Al respecto, la Sala precisa que, en la sentencia referida por la entidad recurrente, el Consejo de Estado señaló:

*“Como se dijo, la indemnización de perjuicios por pérdida de oportunidad, como daño autónomo, no permite que se haga un reconocimiento por daños morales u otra tipología, en consonancia con la jurisprudencia expuesta. Igualmente, esta Subsección ha reiterado esa posición en anteriores oportunidades<sup>47</sup>:*

*“En relación con la solicitud de incrementar la indemnización reconocida a los demandantes por concepto de perjuicios morales, la Sala debe advertir que, sobre el particular, la jurisprudencia de esta Sección será la aplicable en este caso, por cuanto no existe un mandato legal relativo a la forma en la que se debe indemnizar la pérdida de oportunidad; sin embargo, esta figura constituye un daño autónomo que no deviene directamente, en este caso, de la muerte del menor Michael Martínez Murillo sino de la pérdida de oportunidad (...).*

*“De conformidad con la sentencia acabada de citar, no se reconocerán los perjuicios morales pretendidos por los demandantes, pues, se reitera, no es consecuencia de la muerte del menor Michael Martínez Murillo de donde surge la indemnización, sino como un perjuicio autónomo consistente en la pérdida de la oportunidad de haber accedido a los servicios de salud requeridos”.*

Por su parte, en la sentencia apelada, se dio aplicación a las pautas para cuantificar la indemnización por pérdida de la oportunidad en casos de responsabilidad médica, trazadas por

---

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2014, expediente 31.172, M.P.: Olga Mélida Valle de De la Hoz.

<sup>47</sup> Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente 18.593, CP: Mauricio Fajardo Gómez.

el Consejo de Estado en sentencia del 5 de abril de 2017, reiterada entre otra en sentencia del 7 de febrero de 2018<sup>48</sup>, según la cual “...No es procedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente que deba ser resarcido por fuera del concepto de perjuicios materiales -daño emergente y lucro cesante-, inmateriales -daño moral y daños a bienes constitucionales y convencionales- y daño a la salud, reconocidos por la Corporación, puesto que hacerlo conduciría a desconocer el objeto primordial del instituto de la responsabilidad...”.

Adicionalmente a las dos posturas expuestas, el Consejo de Estado<sup>49</sup> también ha sostenido que “no existe ninguna incompatibilidad entre el reconocimiento por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad referido en el punto anterior y la aflicción, angustia y congoja que en el plano moral o inmaterial genera la pérdida de oportunidad”<sup>50</sup>.

De acuerdo a lo anterior, es clara la existencia de una disparidad de criterios jurisprudenciales para la indemnización de la pérdida de oportunidad; sin embargo se evidencia que el a quo en este caso fundamentó razonablemente su decisión, además, la indemnización fijada por el a quo, se encuentra conforme a criterios de equidad, eje rector del sistema de reparación estatal, - artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998-, a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados sin que se evidencia una tasación exagerada o infundada.

#### **5.4. Conclusión**

Los perjuicios por la pérdida de oportunidad se encuentran acreditados y fueron debidamente tasados en la parte resolutive del fallo de primera instancia. Por lo tanto, se confirmará la decisión.

**6. Quinto problema jurídico:** *¿Es procedente condenar solidariamente a la reparación de los perjuicios?*

#### **6.1. Tesis del Tribunal**

La condena de forma solidaria es procedente, en virtud de lo establecido en el artículo 2344 del Código Civil.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) el fundamento jurídico sobre la condena solidaria y el llamamiento en garantía; para descender al ii) análisis del caso concreto.

#### **6.2. Fundamento jurídico – solidaridad y llamamiento en garantía**

En cuanto a la solidaridad, el Código Civil al respecto señala

*“Artículo 2344: Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. // Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”*

En cuanto al llamamiento en garantía, el CPACA, consagra:

---

<sup>48</sup> Sección Tercera, Subsección B, 07 de febrero de 2018, Radicación: 05001-23-31-000-2004-04779-01(40890).

<sup>49</sup> Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 4 de febrero de 2022, Rad.: 13001-23-36-000-2016-00826-01 (66.028), CP: Marta Nubia Velásquez Rico.

<sup>50</sup> Cita de Cita: Al respecto puede consultarse la sentencia del 26 de febrero de 2014, expediente 28.579.

*“ARTÍCULO 225. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.”.*

En cuanto al pago de la indemnización por la aseguradora, el artículo 1080 del Código de Comercio preceptuó lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1080. PLAZO PARA EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN E INTERESES MORATORIOS. El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.*

*El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro.*

*El asegurado o el beneficiario tendrán derecho a demandar, en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador.”*

### **6.3. Análisis del caso concreto**

En el fallo de primera instancia se declaró patrimonial y extracontractualmente responsables de forma solidaria a las entidades demandadas y se condenó a La Previsora “ a reintegrar a favor de la E.S.E. HOSPITAL SAN ANTONIO DE VILLAMARÍA, CALDAS, hasta el límite del valor asegurado y en el porcentaje establecido en el seguro pactado, las sumas que tenga la obligación de cancelar por la condena aquí impuesta, de conformidad con la parte considerativa de esta sentencia y respecto de la póliza No. 1001857, bajo la modalidad de Claims Made con amparo clínicas y hospitales”.<sup>51</sup>

Sobre este aspecto, la Previsora señaló en su recurso de apelación que, no es posible imponer condena de forma solidaria, puesto que se trató de incumplimientos de obligaciones diferentes para cada uno de los demandados, debiendo valorarse la conducta dañina de forma separada puesto que no existe ningún vínculo de dependencia entre unos y otros; menos aún, cuando la aseguradora solo responde contractualmente por lo que le corresponde a la ESE Hospital San Antonio de Villamaría y no puede asumir la responsabilidad de las demás instituciones demandadas.

Al respecto, dado que en la producción del daño intervinieron tanto los hospitales San Antonio de Villamaría y el Universitario del Quindío San Juan de Dios como Asmet Salud EPS, encuentra la Sala que era procedente que la condena se impusiera de forma solidaria, ello, con fundamento en el artículo 2344 del Código Civil, previamente citado.

En cuanto al argumento de que la aseguradora no puede responder por los perjuicios ocasionados por las otras entidades, la sentencia apelada es clara en señalar que el pago que deba realizar La Previsora, será en virtud a la póliza de seguros de responsabilidad 10001857 suscrita con la ESE Hospital San Antonio de Villamaría y hasta por el límite del valor asegurado que se encuentra previsto en dicho seguro, de manera que no puede predicarse que la compañía aseguradora deba responder patrimonialmente por la responsabilidad que le cabe a todas las entidades, sino que -se

---

<sup>51</sup> Pág. 32 AD “SentRaIns”

itera-, la obligación económica que recae sobre ella, es específicamente por virtud del contrato de seguro.

Por lo tanto, se encuentra ajustada la orden dada en la sentencia para que La Previsora reintegre a la ESE Hospital San Antonio de Villamaría, únicamente lo que efectivamente dicha entidad pague a los demandantes, sin que pueda superarse el límite del valor asegurado que se encuentra previsto en el contrato de seguro.

#### **6.4. Conclusión**

La condena de forma solidaria es procedente, en virtud de lo establecido en el artículo 2344 del Código Civil. En esa medida, la aseguradora responderá única y exclusivamente por las obligaciones contratadas en la póliza de seguros de responsabilidad 10001857 y hasta límite del valor asegurado.

Así las cosas, no se acogerá el cargo de apelación planteado y se confirmará en ese aspecto la sentencia de primera instancia.

#### **7. Sexto problema jurídico: ¿Fue adecuada la decisión de condena en costas en primera instancia?**

##### **7.1. Tesis del Tribunal**

Fue adecuada la decisión de primera instancia, en tanto no se impuso condena en costas con base en el criterio objetivo valorativo.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al fundamento jurídico sobre las costas, para descender al análisis del caso concreto.

##### **7.2. Fundamento jurídico – costas procesales**

La Corte Constitucional<sup>52</sup> ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

---

<sup>52</sup> C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1°, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

El artículo 188 del CPACA dispone que: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

**“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

*2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

*3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

*4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

*6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

*7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

*8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

*9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

En este punto se considera necesario destacar que, el Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se compruebe para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación<sup>53</sup> ha señalado:

*“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:*

*a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA.*

*b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*

*c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*

*d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*

*e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*

*f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*

*g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

*Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”*

Cabe resaltar además que, la reforma introducida por la Ley 2080 de 25 de enero de 2021 en su artículo 188 adicionó una regla o criterio para la imposición de condena en costas, consistente en que, en aquellos casos en que se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas; sin que se pueda afirmar que hace inaplicable las demás reglas señaladas en Ley 1437 de 2011 y el 365 del CGP (Código General del Proceso).

---

<sup>53</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

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

De acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas.

En la sentencia apelada se indicó que, que si bien el artículo 188 del C.P.A.C.A, determina la exigencia de condena automática, con sustento en las argumentaciones esbozadas por el Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2016, señaló que era improcedente la aludida condena, por cuanto no se comprobó que se hayan producido conductas temerarias o de mala fe dentro de la actividad procesal, razón por la cual negó la condena en costas.

Frente a lo anterior, la parte demandante apeló el fallo señalando que, el proceso tardó más de 9 años, lo cual representó gastos y representación jurídica constantes.

Al respecto, de acuerdo con la fundamentación contenida en la sentencia apelada se evidencia que el juez aplicó el criterio subjetivo, en tanto se limitó a afirmar que se comprobó que no se presentaron conductas temerarias o de mala fe. Por tanto, le asiste razón al apelante al afirmar que debió emplearse el criterio objetivo valorativo.

En el caso concreto, se tiene que, la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante fue parcial –cuantía de las pretensiones-, y no por el daño expresamente alegado consistente en el fallecimiento del señor JGG sino por la pérdida de oportunidad, la cual fue encontrada probada por el juez en aplicación de los deberes de interpretación de la demanda y de analizar la vulneración a una expectativa legítima, como se analizó en el acápite 3.4.1 de esta sentencia; aunado a lo anterior, se evidencia la participación activa del apoderado de la parte actora, en todas las etapas del proceso en primera instancia.

Por lo tanto, se impone condenar en costas a la parte vencida -Hospital San Antonio de Villamaría; Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios, y Asmet Salud EPS-, a favor de la parte demandante, y en cuanto a las agencias en derecho, teniendo en cuenta la fecha de radicación de la demanda, y de conformidad con el Acuerdo 1887 de 200354 de la Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan las agencias de derecho, se fijan en el 12% del valor de las pretensiones reconocidas en la sentencia.

### **7.4. Conclusión**

De acuerdo con el análisis precedente, se revocará el ordinal Noveno de la sentencia, para en su lugar imponer condena en costas a la parte vencida en el proceso y a favor de la demandante,

### **8. Costas en segunda instancia**

No habrá condena en costas por no encontrarse acreditada su causación en esta instancia. Lo anterior, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso).

---

54 “3.1.2. ... Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”.

En mérito de 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:** Revocar el ordinal Noveno de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022, por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon Elizabeth Guerrero Tapasco y otros contra la ESE Hospital San Antonio de Villamaría y otros. El cual quedará así:

*“Noveno: Condenar en costas a cargo de la parte vencida: Hospital San Antonio de Villamaría; Hospital Universitario del Quindío San Juan de Dios, y Asmet Salud EPS y a favor de la demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor equivalente al 12% del valor de las pretensiones reconocidas en la sentencia”.*

**Segundo:** Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

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

**Cuarto:** Ejecutoriada esta providencia, se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 22 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

<b>Radicado.</b>	<b>17-001-33-33-003-2014-00098-02</b>
<b>Clase:</b>	<b>Nulidad y restablecimiento del derecho</b>
<b>Demandante:</b>	<b>Luis Ángel Betancourth Castro</b>
<b>Demandado:</b>	<b>Hospital de Caldas E.S.E.</b>
<b>Vinculada:</b>	<b>Lina Marcela Hernández Velásquez, Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Departamento de Caldas - Municipio de Manizales</b>
<b>Providencia:</b>	<b>Sentencia No. 49</b>

**Asunto**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto tanto por la parte demandante como por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 14 de mayo de 2020, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la parte demandante.

**I. Antecedentes.**

**1. Pretensiones.**

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

- Que se declare la nulidad de la Resolución No. HCG – 067 del 4 de octubre de 2010, proferida por el Hospital de Caldas E.S.E, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes al demandante.
- Que se declare la nulidad de la Resolución No. HC 080 del 29 de noviembre de 2010, por medio de la cual se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. HCG – 067 de 2010.
- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y, a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Hospital de Caldas reconocer y pagar al demandante la pensión de sobrevivientes, causada por la muerte de Marleny Velásquez Martínez, con todos sus incrementos, beneficios legales e indexación, desde el 3 de agosto de 1994, fecha del

fallecimiento, hasta el momento en que se haga efectivo el pago.

- Que se condene al Hospital de Caldas a pagar los intereses de mora, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 4 de agosto de 1994 hasta que se haga efectivo el pago, con la respectiva indexación.
- Que se condene en costas a la demandada.

## **2. Hechos.**

Como fundamento fáctico de la demanda se expone lo siguiente:

La señora Marleny Velásquez Martínez laboró en el Hospital de Caldas como auxiliar de enfermería desde el 14 de julio de 1981 hasta la fecha de su fallecimiento el 3 de agosto de 1994.

El demandante contrajo matrimonio católico con la señora Marleny Velásquez Martínez el 14 de noviembre de 1992 y en calidad de cónyuge supérstite solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; petición que fue negada mediante la Resolución No. HCG – 067 del 4 de octubre de 2010.

Frente al citado acto administrativo se interpuso recurso de reposición, el cual fue decidido a través de la Resolución No. HC – 080 del 29 de noviembre de 2010, confirmando la negativa.

## **3. Normas violadas**

Cita como vulnerado el artículo 53 de la Constitución Política que contempla el principio de favorabilidad en caso de duda o conflicto entre la aplicación e interpretación de las normas o fuentes del derecho. Aseguró que en el caso sub examine, se debió aplicar por favorabilidad la ley 100 de 1993, artículo 46, numeral 2, por medio de la cual se establecían los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes y que, según el criterio del apoderado, fueron más que cumplidos por la señora Marleny Velásquez Martínez al momento de su fallecimiento. Expresó que está demostrada la existencia de desigualdad en la normatividad vigente y la aplicada por la entidad demandada, por cuanto a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los empleados públicos, en este caso vinculados al Hospital de Caldas E.S.E, se les exigía como requisitos para adquirir pensión sustitutiva post-mortem, que el trabajador fallecido tuviere 20 años de servicio a la entidad a la cual se encontraba vinculado. Señaló que el Consejo de Estado en sentencia de marzo 6 de 2003, decidió aplicar la ley 100 de 1993 por ser norma general sobre la especial consagrada para los agentes de la Policía Nacional. Indicó que, si bien el fallecimiento de la señora Marleny Velásquez Martínez no fue en vigencia de la ley 100 de 1993 para los servidores de orden territorial, considera factible aplicar el mismo criterio, es decir, si la norma

general es más favorable que la especial, deberá aplicarse la general. El legislador, frente a la contingencia de muerte del afiliado, consagró en los artículos 46, 47 y 48 de la ley 100 de 1993, el orden de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los requisitos que éstos deberían acreditar y la cuantía correspondiente de acuerdo con el número de semanas cotizadas. Finalmente, adujo que se encuentra acreditado en el proceso que el demandante fue el cónyuge superstite de la señora Marleny Velásquez Martínez, cumpliendo así con la exigencia legal para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes.

#### **4. Contestación de la demanda.**

##### **4.1. Hospital de Caldas E.S.E.**

El apoderado judicial del Hospital de Caldas E.S.E., se pronunció frente a los hechos de la demanda, señalando que unos son ciertos, que otros no lo son y que otros no le constan y se atiene a lo que se pruebe durante el proceso. Expresó que los derechos prestacionales derivados de la muerte de la señora Marleny Velásquez Martínez se consolidaron a la luz de las normas vigentes al momento del fallecimiento, lo que lleva a afirmar que no es viable la aplicación de la ley que se pretende, toda vez que ello iría en contravía del principio de irretroactividad según la ley 153 de 1887. La ley sustancial por lo general, tiene la virtud de entrar a regir en situaciones que se produzcan a partir de su vigencia, pues solo por excepción rigen de manera retroactiva. El demandante no tiene derecho a acceder al derecho pensional consagrado en los artículos 46 a 48 de la ley 100 de 1993, toda vez que los derechos prestacionales causados con la muerte de su cónyuge se consolidaron en vigencia de la normativa anterior, la que exigía el requisito de tener 15 o más años al servicio activo y, como no cumplió ese requisito, no era viable su reconocimiento.

##### **4.2 Ministerio de Hacienda y Crédito Público.**

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestó la demanda a través de apoderado judicial, manifestando que desconoce la situación laboral y pensional de la causante, en la medida en que la misma no sostuvo una relación jurídica con ésta. Consideró que se torna improcedente desde el punto de vista constitucional y legal la responsabilidad subsidiaria que se pretende endilgar a la Nación respecto de las obligaciones de la E.S.E. Hospital de Caldas.

##### **4.3. Municipio de Manizales.**

El municipio de Manizales contestó la demanda a través de apoderado judicial, indicando que no le constan los hechos de la demanda por cuanto la señora Marleny Velásquez Martínez cumplió su relación laboral y reglamentaria en el Hospital de Caldas ESE, entidad distinta al municipio de Manizales. Manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Afirmó que al Municipio no le asiste ningún tipo de obligación frente a la parte actora por dos razones: la primera porque la señora Marleny Velásquez Martínez no laboró al servicio del ente territorial y

la segunda, porque el contrato de concurrencia No. 1186 del 29 de diciembre de 1997 se suscribió para colaborar en la financiación de los pasivos prestacionales del sector salud, en donde quedaron especificadas las obligaciones de cada uno de los legalmente llamados a concurrir. Refirió también que el acto administrativo demandado y cuya legalidad se cuestiona, fue proferido por el Hospital de Caldas ESE y en caso de desvirtuarse la presunción de legalidad del mismo, no podría a título de restablecimiento del derecho involucrarse al municipio de Manizales, pues su única función es la de autorizar el traslado del bono pensional del convenio de concurrencia a la AFP.

#### **4.4. Departamento de Caldas.**

El departamento de Caldas contestó la demanda a través de su apoderado judicial, indicando que no le constan los hechos de la demanda por cuanto no fungió como patrono de la señora Velásquez Martínez. Plantea la falta de legitimación en la causa por pasiva.

#### **5. Sentencia de Primera Instancia.**

Mediante sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 14 de mayo de 2020, se accedió a las pretensiones de la parte demandante y en consecuencia, se le ordenó a la entidad demandada proceder al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes deprecada.

En primer lugar, el a quo determinó que la señora Marleny Velásquez Martínez no cumplió con el tiempo de servicios requerido para acceder a la pensión de jubilación, pues de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969, para tener derecho a la pensión de jubilación se requiere haber prestado los servicios durante veinte (20) años, de forma continua o discontinua, y la referida señora contaba con un tiempo de servicios de 13 años y 20 días, de conformidad con el certificado de historia Laboral expedido por la E.S.E Hospital de Caldas y el reporte de semanas cotizadas emitido por la misma entidad. Colige entonces que el señor Luis Ángel Betancourth Castro, en su condición de cónyuge supérstite de la señora Marleny Velásquez Martínez, no tendría derecho a la pensión de sobrevivientes, pues tal como quedó expuesto, la cónyuge fallecida nunca ostentó la calidad de pensionada y tampoco dejó causada la pensión de vejez, pues no reunió el tiempo de servicios requerido por la ley para poder acceder a la misma.

De otra parte, indicó que el artículo 46 de de la Ley 100 de 1993 - antes de la modificación realizada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 - exigía como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes *“a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte; b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte”*. Señaló, con base en ello, que lo pretendido por la parte actora es la aplicación del principio de favorabilidad en

materia pensional, pues al comparar el régimen general de seguridad social (Ley 100 de 1993) con el régimen aplicable al caso, emerge que el primero es claramente más beneficioso pues requiere una fidelidad al sistema de 26 semanas mientras que el segundo exige que como mínimo la prestación del servicio durante de 20 años.

Dado lo anterior, se procedió a establecer que, para la fecha del fallecimiento de la señora Marleny Velásquez Martínez, esto es, 3 de agosto de 1994, aún no la cobijaba la Ley 100 de 1993 por cuanto al ser una empleada del orden territorial, la aplicación de esta ley se pospuso hasta el 30 de junio de 1995. No obstante, a juicio del a quo, no se puede desconocer que para la fecha del deceso ya se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994. Por lo tanto, pasó a analizar las pruebas allegadas al expediente, encontrando acreditado que la señora Marleny Velásquez Martínez prestó sus servicios en la E.S.E Hospital de Caldas a través de una relación legal y reglamentaria desde el día 14 de julio de 1981 al 3 de agosto de 1994, por un lapso de 13 años y 20 días, tal como se desprende del certificado de historia laboral, visible en el folio 45 del cuaderno principal. Igualmente, que cotizó con destino a pensión por un período que supera el exigido por el artículo 46 (original) de la Ley 100 de 1993 –26 semanas–, suficiente para que sus beneficiarios tuvieran derecho a la pensión de sobrevivientes.

Y con base en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 - antes de ser modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 – definió que *“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a- En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite”*.

De conformidad con el anterior orden de beneficiarios, teniendo en cuenta el registro civil de matrimonio aportado a la actuación (fl. 21, C.1), concluyó que el señor Luis Ángel Betancourth Castro es la persona legitimada para acceder a la pensión de sobrevivientes causada con ocasión de la muerte de la señora Marleny Velásquez Martínez, en atención a que se encuentra debidamente demostrado que es el cónyuge supérstite de la fallecida y, no existe prueba dentro del expediente acerca de la existencia de otros beneficiarios con mejor o igual derecho que el demandante.

#### **4. Recurso de Apelación**

##### **4.1. Parte demandante.**

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia (artículos tercero y quinto) en lo que tiene que ver con la fecha a partir de la cual se ordena el pago de la pensión, con el fin de que sea modificado y se ordene el pago de las mesadas pensionales desde el 4 de octubre de 2007.

Recalca que, según la sentencia apelada, *“En el presente caso hay lugar a declarar la prescripción trienal de las mesadas pensionales, si se toma en cuenta que entre la fecha en que se solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, esto es, antes del mes de octubre del año 2010 y la fecha de la presentación de la demanda, 27 de noviembre de 2013 (fl. 1, C.1), transcurrieron más de tres años conforme a lo establecido en la norma transcrita. Por ello, se ordenará el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del 27 de noviembre de 2010...”*; No obstante, a juicio del demandante *“se presenta un error, debido que se está omitiendo que la fecha desde cuando empiezan a contar los tres años que se tenían para la interposición de la demanda, se cuentan desde el 2 de diciembre de 2010, día en que le fue notificada la resolución HC- 80 del 29 de noviembre de 2010 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución que negó la prestación económica, tal y como obra en las pruebas aportadas por la parte demandante, y que por lo tanto al haberse presentado la demanda el 27 de noviembre de 2013, no habían transcurrido 3 años y en consecuencia la prescripción estaba interrumpida desde el 4 de octubre de 2007, siendo esta la fecha desde la que se debe ordenar el pago de la pensión de sobrevivientes, ya que la fecha de la reclamación administrativa de la pensión fue el 4 de octubre de 2010.”* En consecuencia, solicita se ordene el pago de las mesadas pensionales desde el desde el 4 de octubre de 2007.

#### **4.2. Parte demandada.**

Actuando a través de apoderada judicial, el Hospital de Caldas interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia arguyendo lo siguiente:

*“Al momento de fallar el Despacho no tiene en cuenta la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para las entidades públicas, que fue el 30 de junio de 1995, esta fecha es importante porque el sistema general de pensiones para los servidores públicos del nivel municipal, como era la norma aplicable entró en vigencia el 30 de junio de 1995 de conformidad con el artículo 151 de la Ley 100 de 1993 artículo 2° Decreto 1296 de 1994.*

*[...]*

*No es acertado afirmar que para la fecha del fallecimiento de la causante, el 03 de agosto de 1994 se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, porque para el caso del Hospital no estaba vigente en dicha fecha, el criterio del artículo 46 de la Ley 100 como requisito para acceder a la pensión de sobrevivientes no era aplicable porque la norma no estaba vigente para los funcionarios del Hospital de Caldas*

*De lo anterior se colige que para resolver la petición pensional del cónyuge sobreviviente se aplicaba para a los empleados públicos del orden territorial municipal era el Decreto 1848 de 969 (sic).*

*[...]*

*El criterio de favorabilidad que utiliza el despacho para acceder a las pretensiones del demandante no es aplicable en el presente caso porque a la fecha de causación del derecho solo estaba vigente la norma anterior, la cual exigía veinte años de servicio y la convivencia con la causante al momento de su fallecimiento.*

*[...]*

*También se ausenta análisis por parte del Despacho, respecto a la convivencia de la pareja de cónyuges, requisito necesario para determinar si el demandante y la causante tenían vida en pareja, este hecho es importante valorarlo ya que existen indicios en el expediente administrativo de que no existía un nexo sentimental como pareja, al evidenciar que la causante diera un poder a su progenitora el 28 de julio de 1994, días antes de fallecer, para reclamar las acreencias laborales a favor de su hija Lina Marcela Hernández Velásquez, prueba que sustentó el*

*litisconsorcio necesario decretado mediante auto interlocutorio 835 del 20 de octubre de 2015.”*

Por lo anterior, solicita que se revoque el fallo de primera instancia en sus numerales cuarto quinto y sexto; en consecuencia, se denieguen las peticiones de la parte demandante al no encontrarse demostradas las condiciones para condenar a un reconocimiento de pensión de sobrevivientes.

## **5. Alegatos de conclusión segunda instancia.**

### **5.1. Municipio de Manizales.**

Reitera que la decisión debe ser confirmada en relación con la no existencia de responsabilidad o legitimación del municipio de Manizales, amén de las disposiciones pactadas en el convenio de concurrencia lo mismo que por no haber sido actor de la expedición de los actos administrativos objeto de enjuiciamiento.

La parte demandante, las demandadas y vinculadas no intervinieron en esta etapa del proceso.

El Ministerio Público no emitió concepto.

## **II. Consideraciones de la Sala**

Pretende la parte demandante que por parte de esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y confirmó dicha negativa.

Como consecuencia de tal declaración, solicita la parte demandante se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora Marleny Velásquez Martínez a partir del momento en que se causó el derecho.

### **1. Problemas jurídicos.**

El asunto jurídico a resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

- *¿Es procedente aplicar el régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1993 cuando resulta ser más favorable que el régimen de los empleados públicos que se hallaba vigente al momento del fallecimiento de la afiliada?*
- *En caso afirmativo, ¿la parte actora cumple los requisitos para el reconocimiento y pago de la prestación reclamada?*

Para despejar los problemas planteados, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** marco normativo de la pensión de sobrevivientes de empleados públicos; **ii)** aplicación del régimen general de pensiones cuando es más favorable que el régimen vigente a la fecha de la muerte del empleado público; **iii)** irretroactividad de la Ley 100 de 1993; y **iv)** examen del caso concreto.

## **2. Marco normativo de la pensión de sobrevivientes antes de la entrada en vigencia del Régimen General de Pensiones.**

La pensión de sobrevivientes está concebida como una prestación que busca amparar a los beneficiarios de aquellos trabajadores que fallezcan sin cumplir los requisitos para acceder a la pensión ordinaria.

El Consejo de Estado ha precisado que *“la pensión de sobrevivientes es aquella prestación que se le otorga al núcleo familiar del afiliado no pensionado, que muere sin cumplir con los requisitos mínimos para obtener la pensión”*<sup>1</sup> y es precisamente esa la hipótesis que debe abordarse en esta instancia, comoquiera que la señora Marleny Velásquez Martínez, a la fecha de su fallecimiento – 3 de agosto de 1994 – no se encontraba pensionada y tan sólo ostentaba la calidad de afiliada al sistema como empleada pública del Hospital de Caldas.

Así las cosas, para el momento de fallecimiento de la señora Marleny Velásquez Martínez, quien se desempeñaba como empleada pública del Hospital de Caldas, se contaba con el siguiente marco legal vigente:

- La Ley 12 de 1975<sup>2</sup>, la cual exigía que el trabajador o empleado completara el tiempo de servicio, de manera que, si fallecía antes de cumplir la edad cronológica para tener derecho a la pensión de jubilación, había lugar a la sustitución pensional, así:

*“Artículo 1. El cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley o en convenciones colectivas.”*

De lo anterior se desprende que, en virtud de la Ley 12 de 1975, para acceder a la pensión de sobrevivientes bajo la vigencia de dicha norma, se debían acreditar los siguientes requisitos: i) que el causante falleciera antes de cumplir la edad requerida en la ley; y ii) siempre que hubiere completado el tiempo de servicio mínimo para adquirir el derecho pensional.

En relación con el tiempo de servicio que se exigía a los empleados públicos para adquirir el derecho a la pensión, se tiene el artículo 1° de la ley 33 de 1985<sup>3</sup> que a la letra dice:

---

<sup>1</sup> Sentencia T-564 de 2015.

<sup>2</sup> Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre régimen de pensiones de jubilación.

<sup>3</sup> “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público.”



**“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) 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.  
[...].”

En ese orden de ideas se puede concluir preliminarmente lo siguiente: **i)** existe un derecho pensional en caso de muerte de un empleado público antes de cumplir los requisitos para la pensión al amparo de un régimen anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; **ii)** ese derecho se configura si laboró al menos 20 años en forma continua o discontinua; y **iii)** el derecho pensional recae en favor de ciertos beneficiarios, dentro de los cuales se encuentra el cónyuge o compañero(a) permanente e hijos menores o inválidos.

### **3. Aplicación del régimen general de pensiones en aplicación del principio de favorabilidad.**

En atención al principio de favorabilidad, el Consejo de Estado en varias de sus providencias<sup>4</sup> ha admitido la aplicación del régimen general de pensión de sobrevivientes previsto en la Ley 100 de 1993, en aquellos casos en los que, por ejemplo, resulta más beneficioso que el régimen especial previsto en otras normas.

En ese sentido, la Corte Constitucional en el fallo T-730 de 2014 - citando a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia -, explicó las diferencias entre los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa e in dubio pro operario derivados del axioma protector del trabajador consagrado en la Norma Fundamental. Específicamente, señaló:

*"Los principios de favorabilidad e indubio pro operario difieren de la condición más beneficiosa. El primero se presenta en caso de duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo. Las características primordiales son: (i) la duda surge sobre la aplicación de dos o más normas, entendidas éstas como "un enunciado hipotético al cual se enlaza una determinada consecuencia jurídica: (i) las disposiciones deben ser válidas y estar en vigor; (iii) deben regular la misma situación fáctica. y (iv) al emplearse debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo...[...]."*

*..."[...] conforme a la norma legal vigente para la fecha del fallecimiento del señor Jaiber Llanos Guzmán y la jurisprudencia expuesta, es indudable concluir que el presente asunto no puede ser resuelto con base en la Ley 100 de 1993. pues la situación de hecho que origina el presunto derecho que hoy se discute (muerte del agente), tuvo ocurrencia en vigencia de otro régimen tanto constitucional como legal; además es importante aclarar que la irretroactividad de la ley no se contrapone al principio de favorabilidad, pues este último concepto sólo es*

<sup>4</sup> Al respecto, pueden consultarse las sentencias del 9 de agosto de 2018 (Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández, Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00087-01(0108-17)); del 7 de octubre de 2010 (Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación número: 76001-23-31-000-2007-00062-01(0761-09)); del 18 de febrero de 2010 (Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación número: 08001-23-31-000-2004-00283-01(1514-08)); del 16 de abril de 2009 (Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación número: 76001-23-31-000-2004-00293-01(2300-06)); y del 13 de marzo de 2008 (Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Radicación número: 18001-23-31-000-1999-00123-01(3945-04)).

*predicable cuando coexisten dos o más normas o regímenes legales o cuando existiendo uno solo, se presta para diferentes interpretaciones, en tal sentido no es posible, como lo pretende la actora, invocar dicho principio cuando la norma cuya aplicación solicita no estaba rigiendo para la fecha en que ocurrió el deceso el agente, y porque no hay lugar a diferentes interpretaciones, entre una y otra normatividad, en tanto que las dos regulaciones son claras en regular el tema, sin lugar a equívocos." (Subrayado fuera del texto original).*

En tal sentido debe entenderse que, la norma cuya aplicación resulte más favorable, debe estar vigente al momento en que ocurre el supuesto fáctico que da origen al derecho pensional, pues de lo contrario no resulta viable acudir a dicho principio para resolver la situación dada.

#### **4. Irretroactividad de la Ley 100 de 1993**

Ahora bien, aun cuando en algunos casos se prefiera, como se indicó, la aplicación del régimen general por estimar que el régimen pensional especial resulta menos favorable que aquel, lo cierto es que también se ha precisado que la ley a aplicar debe ser en todo caso, la que se encuentre vigente al momento en el que se causó el derecho.

En sentencia del 25 de abril de 2013<sup>5</sup>, la Sección Segunda del Consejo de Estado **rectificó** su posición frente a la aplicación retrospectiva del régimen general de pensiones en virtud del principio de favorabilidad e igualdad y consideró que la ley que resulta aplicable es la que se encuentre vigente al momento en que se estructura el derecho. Se dijo en dicha providencia:

*Con los argumentos expuestos en forma antecedente, la Sala rectifica la posición adoptada en sentencias de abril 29 de 2010<sup>8</sup> y noviembre 1º de 2012<sup>9</sup>, en las que, en materia de sustitución pensional se aplicó una ley nueva o posterior a hechos acaecidos antes de su vigencia, en ejercicio de la retrospectividad de la ley, precisando que no hay lugar a la aplicación de tal figura, toda vez que la ley que gobierna el reconocimiento de la pensión de beneficiarios es la vigente al momento del fallecimiento del causante y no una posterior.*

A igual conclusión llegó dicha Corporación en providencia del 5 de marzo de 2015<sup>6</sup>, en la que consideró que no es procedente conceder el derecho reclamado aplicando retrospectivamente lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, porque por esta vía se desconocería el principio de irretroactividad de la ley establecido en la Ley 153 de 1887.

La anterior postura se aceptó igualmente en fallo de tutela del 21 de abril de 2016<sup>7</sup>, en el que se sostuvo que "(...) *la posición actual del Consejo de Estado consiste en (sic) improcedencia de aplicar la Ley 100 de 1993 a situaciones que se consolidaron antes de la entrada en vigencia de esa norma en virtud del principio de favorabilidad, pues debe tenerse en cuenta la disposición normativa vigente en el momento de los hechos que dieron origen a la consolidación del derecho pensional*".

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 25 de abril de 2013. Radicación número: 76001-23-31-000-2007-01611-01(1605-09).

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 3 de marzo de 2015. Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00772-01(0328-14).

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 21 de abril de 2016. Radicación número: **44001 23 33 000 2015 00141 01 (2414-17)**

La posición del Consejo de Estado<sup>8</sup> sobre el tema que concita la atención de la Sala, fue reiterada en proveído del año 2018, en el cual consideró lo siguiente:

*Ahora bien, la demandante solicita aplicar el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 el cual permite el reconocimiento de la pensión de sobreviviente con fundamento en el principio de favorabilidad y la retrospectividad de la mencionada ley toda vez que sólo exige que el causante hubiera cotizado por lo menos 26 semanas al momento de su muerte<sup>13</sup>, lo cual, resulta improcedente [...]*

*En efecto, tal como lo ha señalado esta Sección<sup>14</sup>, **la posibilidad de exigir la aplicación de la Ley 100 de 1993 en los términos señalados en el artículo 288 citado ante el cotejo con lo indicado en normas anteriores a su vigencia, requiere que el derecho reclamado con base en la normativa anterior se hubiere consolidado en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que esta última estuviera rigiendo en el caso concreto.** /Resaltado de la Sala/*

*En el mismo sentido, señaló que no es factible conceder el derecho reclamado y aplicar retrospectivamente lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, porque por esta vía -conforme la nueva posición - se desconocería el principio de irretroactividad de la ley derivado de la Ley 153 de 1887.*

*Lo citado en precedencia permite concluir la improcedencia de aplicar la Ley 100 de 1993 a situaciones que se consolidaron antes de la entrada en vigencia de esa norma en virtud del principio de favorabilidad, pues debe tenerse en cuenta la disposición normativa vigente en el momento de los hechos que dieron origen a la consolidación del derecho pensional.*

*En las anteriores condiciones, toda vez que en el presente caso la situación se consolidó en vigencia del Decreto Ley 224 de 1972, dado que el deceso del señor Adolfo Manuel Almenarez ocurrió el 5 de febrero de 1972, no es procedente la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como lo deprecia la señora María Magdalena Pimienta Murgas. [...]*

Y de manera más reciente, la Alta Corporación<sup>9</sup> reiteró su postura, señalando que:

*“Así las cosas, si bien en un comienzo este Cuerpo Colegiado, en virtud del principio de favorabilidad, aplicó retrospectivamente la Ley 100 de 1993 y reconoció la pensión de sobrevivientes a beneficiarios de empleados públicos cuyo deceso ocurrió antes de su entrada en vigor (1° de abril de 1994), lo cierto es que actualmente tal criterio fue rectificado y no es dable que las disposiciones del régimen general de seguridad social cobijen situaciones jurídicas ocurridas con anterioridad, por cuanto el derecho pensional se causa a partir del fallecimiento y se emplea la norma que regía en ese momento.”*

En dicha oportunidad, el Consejo de Estado evocó la sentencia de la Corte Constitucional (T-116 de 4 de marzo de 2016 con ponencia del magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, expediente T-5.189.408), en la que se hacen precisiones importantes en torno a la retrospectividad de la ley aplicable en materia pensional, en especial a la prestación periódica de sobrevivientes, destacando de la misma lo siguiente:

*... “[...] conforme a la norma legal vigente para la fecha del fallecimiento del señor Jaiber Llanos Guzmán y la jurisprudencia expuesta, es indudable concluir que el presente asunto no puede ser resuelto con base en la Ley 100 de 1993, pues la situación de hecho que origina el presunto derecho que hoy se discute (muerte del agente), tuvo*

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 5 de julio de 2018. Radicación número: 44001 23 33 000 2015 00141 01 (2414-17)

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter. Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020). 05001-23-33-000-2015-00627-01 (0691-2016)

*ocurrencia en vigencia de otro régimen tanto constitucional como legal; además es importante aclarar que la irretroactividad de la ley no se contrapone al principio de favorabilidad, pues este último concepto sólo es predicable cuando coexisten dos o más normas o regímenes legales o cuando existiendo uno solo, se presta para diferentes interpretaciones, en tal sentido no es posible, como lo pretende la actora, invocar dicho principio cuando la norma cuya aplicación solicita no estaba rigiendo para la fecha en que ocurrió el deceso del agente, y porque no hay lugar a diferentes interpretaciones, entre una y otra normatividad, en tanto que las dos regulaciones son claras en regular el tema, sin lugar a equívocos." (Subrayado fuera del texto original).*

*7.18. Así pues, de la lectura de los anteriores apartes de los fallos cuestionados, este Tribunal estima que las autoridades judiciales demandadas examinaron la posibilidad de acudir al axioma protector del trabajador consagrado en la Constitución para resolver el caso, pero evidenciaron que el supuesto fáctico del mismo les impedía aplicar:*

*(i) El principio de favorabilidad, ya que no era posible escoger entre la aplicación del Decreto 2063 de 1984 y la Ley 100 de 1993, toda vez que esta última norma no estaba vigente al momento en que ocurrió el supuesto fáctico que da origen al derecho pensional.*

*(ii) El principio in dubio pro operario, puesto que no existe un conflicto de interpretación de la norma vigente aplicable al caso, esta era el Decreto 2063 de 1984].*

*(iii) El principio de la condición más beneficiosa, porque los supuestos fácticos y jurídicos que dan origen al derecho pensional se consolidaron con anterioridad tránsito legislativo del Decreto 2063 de 1984 a la Ley 100 de 1993.*

*7.21. Al respecto, la Sala precisa que recientemente en la Sentencia T564 de 2015, teniendo en cuenta la rectificación de jurisprudencia efectuada en el año 2013 por el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el sentido de entender que la norma aplicable para resolver las peticiones pensionales de sobrevivientes es la vigente a la muerte del causante, esta Corporación sostuvo que "una postura como la inicialmente adoptada por el Consejo de Estado y actualmente sostenida por esta Corte Constitucional, tal y como se propuso en la sentencia T-587A de 2012, desconoce la naturaleza de lo que es la aplicación retrospectiva de una norma, en cuanto omite tener en cuenta en su argumentación el elemento que puede tildarse de definitorio de esta figura, esto es, la ausencia de consolidación definitiva de la situación jurídica".*

*7.22. Sobre el particular, se evidencia que en esta última providencia la Corte acogió el concepto de retrospectividad definido en el fallo C-068 de 2013, en el que el pleno de este Tribunal indicó que "la retrospectividad es un efecto connatural a todas las regulaciones jurídicas y versa sobre su aplicación respecto de asuntos que, si bien estaban regulados por la ley derogada, no generaron situaciones consolidadas ni derechos adquiridos, sino que se mantienen a la entrada en vigencia de la nueva ley, por lo que se incorporan integralmente a dicha regulación, sin importar el estado en el que se encuentran"*

## **5. Examen del caso concreto**

En el *sub examine* se encuentra acreditado que el señor Luis Ángel Betancourth Castro contrajo matrimonio civil con la señora Marleny Velásquez Martínez, el 14 de noviembre de 1992, tal y como se desprende del Registro Civil de Matrimonio que obra en el expediente.

Igualmente se pudo establecer que la señora Marleny Velásquez Martínez laboró como empleada pública en el Hospital de Caldas E.S.E. desde el 14 de julio de 1981 hasta el 3 de agosto de 1994, desempeñando el cargo de Auxiliar de Enfermería; vale decir, por un lapso de 13 años y 20 días.

La señora Marleny Velásquez Martínez falleció el 3 de agosto de 1994 de conformidad con el Registro Civil de Defunción que obra en el expediente.

Finalmente, se observa toda la actuación administrativa adelantada por el demandante para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, incluidos los actos administrativos cuya nulidad se solicita.

Ahora bien, la parte actora considera que le asiste derecho a obtener el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite de la señora Marleny Velásquez Martínez, quien en vida prestó sus servicios como empleada pública a nivel territorial durante 13 años y 20 días e hizo las respectivas cotizaciones al sistema; y aunque no reúne los requisitos para acceder a dicha prestación al amparo del régimen vigente a la fecha del deceso de la afiliada - puesto que ésta no alcanzó a reunir 20 años de servicio -, estima que debe darse aplicación al principio de favorabilidad y en consecuencia, reconocer la prestación vitalicia al amparo de los requisitos previstos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 – antes de la modificación introducida por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003; régimen general en virtud del cual se exige solamente *“a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte; b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte”*.

En relación con la aplicación de la Ley 100 de 1993 por considerar que es más favorable para la parte demandante que el régimen anterior, se recuerda que para que sea procedente acudir a dicha normativa y no contrariar el principio de irretroactividad de la ley, aquella debía estar vigente para cuando se causó el derecho a la pensión de sobrevivientes aquí reclamada, esto es, para la fecha de fallecimiento de la señora Marleny Velásquez Martínez.

Dado que, para el 3 de agosto de 1994, fecha en que murió la referida señora, la Ley 100 de 1993 no se encontraba vigente para los empleados públicos del orden territorial – teniendo en cuenta que el Sistema General de Pensiones (Ley 100 de 1993) entró a regir el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional (art. 1º Decreto 691 de 1994), mientras que para los servidores públicos del orden territorial a más tardar el 30 de junio de 1995 (arts. 1 y 2) -, estima este Tribunal que en el presente caso no resulta procedente su aplicación en virtud del principio de favorabilidad.

Dicha conclusión tiene soporte en la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, citada en precedencia. Así mismo, en los lineamientos de la Corte Constitucional en punto a la aplicación del principio de favorabilidad - tantas veces invocado por la parte actora - comoquiera que, tal como ésta misma lo explica, este principio *“sólo es predicable cuando coexisten dos o más normas o regímenes legales o cuando existiendo uno solo, se presta para diferentes interpretaciones”*; y en este caso, las únicas normas aplicables al momento de causación del derecho eran la Ley 12 de 1975 y la Ley 33 de 1985, cuyo sentido y alcance no ofrece duda.

Ha de tenerse en cuenta igualmente que, la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993, tampoco procede en el *sub iudice* toda vez que no se encuentran situaciones iniciadas al amparo del régimen anterior y consolidadas bajo el nuevo régimen general.

En conclusión, estima esta Corporación que al no desvirtuarse la legalidad de los actos atacados, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y por lo tanto se revocará la sentencia apelada sin necesidad de consideraciones adicionales.

## **6. Condena en Costas.**

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado<sup>10</sup> ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Ahora bien, dado que la sentencia de primera instancia fue revocada, se resolverá sobre la condena en costas de ambas instancias, así:

Una vez revisado el expediente, se advierte que la parte demandada intervino a través de apoderado judicial durante el trámite de primera instancia, contestando la demanda y desplegando otras acciones útiles para la defensa de los intereses de la entidad respectiva, razón por la cual se condena en costas (gastos y agencias en derecho) en primera instancia, a cargo de la parte demandante y en favor de las demandadas.

En segunda instancia se condena en costas (agencias en derecho) en favor del Hospital de Caldas en razón a que, a través de apoderado judicial, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado y el mismo salió avante en esta instancia, procediéndose a la revocatoria de dicha decisión.

La liquidación del monto de las costas, tanto de primera como de segunda instancia, se hará por el a quo de manera concentrada, en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

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

## **III. Falla**

---

<sup>10</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P. William Hernández Gómez.

**Primero: Se revoca** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 14 de mayo de 2020, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luis Ángel Betancourth Castro contra el Hospital de Caldas E.S.E.

**Segundo: Se condena en costas** a la parte demandante de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**Tercero:** Se reconoce personería para actuar como apoderada del Hospital de Caldas E.S.E., a la abogada Juliana Díaz Palacio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 187.568 del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con el poder que obra en el Archivo 20 de la Carpeta Digital. De igual forma, se acepta la renuncia a dicho poder, efectuada conforme al memorial que obra en el Archivo 26.

Igualmente, se reconoce personería para actuar como apoderado del municipio de Manizales, al abogado Jorge Eduardo Cuervo Echeverri, portador de la Tarjeta Profesional No. 83.644 del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad con el poder que obra en el Archivo 24 ibidem.

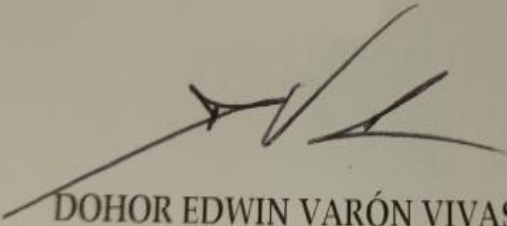
**Cuarto: Ejecutoriada** esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

#### **Notifíquese y cúmplase**

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



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado



REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veintiuno (21) de marzo de dos mil veintidós (2023)

<b>Radicado:</b>	<b>17 001 33 39 004 2017 00191 02</b>
<b>Clase:</b>	<b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>
<b>Accionante:</b>	<b>Jorge Andrés Gaitán Castrillón</b>
<b>Accionado:</b>	<b>Nación – Fiscalía General de la Nación</b>

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a formular impedimento dentro del proceso de la referencia.

**I. Antecedentes**

El señor **Jorge Andrés Gaitán Castrillón** instauró demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la **Nación – Fiscalía General de la Nación** mediante la cual solicita inaplicar el decreto 0383 de 2013, mediante el cual se creó la bonificación para los Servidores Públicos de la Rama Judicial; así como declarar nulidad de la resolución 16-636 de 7 de abril de 2016 y del acto ficto presunto originado como consecuencia del recurso de apelación interpuesto contra aquella.

**1. Impedimento para conocer del asunto.**

Los suscritos Magistrados integrantes del Tribunal Administrativo de Caldas manifestamos nuestro impedimento para conocer del presente trámite judicial, por cuanto el régimen de los Magistrados establece una bonificación de igual naturaleza jurídica a la devengada por los empleados de la Fiscalía General de la Nación, y en consecuencia, nos asiste un interés indirecto en las resultas de procesos en los que como éste, ha de fijarse una posición jurídica en torno a la inclusión de dicha bonificación como factor de salario. Un litigio como el aquí planteado no debe ser resuelto por quienes, precisamente, somos beneficiarios de una bonificación reconocida como factor salarial,

pues tal circunstancia hace que nuestra inclinación sea la de defender y mantener el criterio jurídico que avala dicha tesis.

La causal esgrimida se encuentra consagrada en el numeral 1º del artículo 141 del CGP que dispone:

**ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN.** *Son causales de recusación las siguientes:*

*1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.*

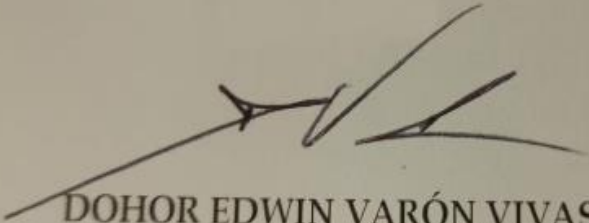
Por lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral quinto del artículo 131 del CPACA, por la secretaría de la corporación remítase el expediente al Consejo de Estado Sala Plena para lo pertinente, previa anotación en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

**CÚMPLASE**

**Los magistrados**

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

**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

A. de Sustanciación: 045-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-005-2017-00233-02  
Demandante: María Nubiela Cardona  
Demandado: UGPP

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 9 de diciembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 14 de diciembre de 2022.

**La parte demandada** presentó recurso de apelación el 11 de enero de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Sentencia No. 061

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-39-006-2019-00164-02  
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Demandante: Edeldimar Cano Duque  
Demandado: Municipio de Villamaría, Caldas.

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

**I. Antecedentes**

**1. La demanda**

**1.1. Pretensiones**

Edeldimar Cano Duque deprecó la nulidad de la Resolución 047 del 2019, mediante la cual se niega la solicitud de reconocimiento de una relación legal y reglamentaria y el pago de las prestaciones derivadas de ella. A título de restablecimiento del derecho solicitó que fuese declarada la existencia de una relación legal, el pago de las acreencias laborales, la compensación de las cotizaciones al sistema de seguridad social y las indemnizaciones por concepto de no consignación de cesantías y la denominada “*brazos caídos*” de que trata el Decreto 797 de 1949.

**1.2. Hechos**

En síntesis señaló que, laboró por contratos de prestación de servicios con la entidad demandada entre el 07 de julio de 2017 hasta el 29 de junio del 2018; ejerciendo funciones de celaduría, mantenimiento y aseo del C.D.I.<sup>1</sup> de Villamaría.

Que las labores fueron desarrolladas bajo las órdenes del alcalde municipal, además de cumplir horarios para la prestación de sus servicios de 7 am a 7 pm y a la siguiente semana de 7 pm a 7 am, laborando 84 horas a la semana. Que solicitó el reconocimiento de su relación laboral y que mediante Resolución 047 del 15 de enero del 2019, la entidad demandada respondió su petición de forma desfavorable.

---

<sup>1</sup> Centro de Desarrollo Infantil.

Finalmente señala que, nunca fue afiliado al sistema general de seguridad social, ni le fueron canceladas las prestaciones sociales (primas, vacaciones y cesantías).

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

Tras un recuento general y abstracto de algunos pronunciamientos jurisprudenciales, si invocaron los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política; 23 del Código Sustantivo del Trabajo; y 15 y 157 de la Ley 100 de 1993. Tras las referidas transcripciones jurisprudenciales expuso que sería ilógico afirmar que funciones como la de celaduría y servicios generales puedan ser prestadas de esporádicamente y de forma independiente, pues por su naturaleza este tipo de actividades requieren una prestación permanente y una subordinación indispensable para que se puedan desarrollar.

Por lo anterior, señala que todo empleo público remunerado debe estar en la respectiva planta del personal y sus emolumentos previstos en el presupuesto de la correspondiente entidad, por lo cual la alcaldía de Villamaría no podía optar por ocultar la realidad de la relación laboral existente.

## 2. Contestación de la demanda

El **municipio de Villamaría** se opuso a las pretensiones de la demanda, sostuvo que el actor era completamente independiente en lo que al cumplimiento del objeto contractual se refiere, por lo que de la relación contractual no se derivan subordinación, dependencia, ni sometimiento alguno a jerarquía dentro de las dependencias en donde se desempeñó; por lo que no se dan los elementos propios de una relación laboral.

Que para la época en que se desarrollaron las funciones estas no podían ser desempeñadas con la planta de personal de la entidad y que por tal razón se acudió a la de contratación por prestación de servicios por así permitirlo la Ley.

Propuso como excepciones las que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”* y *“COBRO DE LO NO DEBIDO”*.

## 3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas parcialmente las excepciones de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”* y *“COBRO DE LO NO DEBIDO”* formuladas por la entidad accionada, accediendo parcialmente a las pretensiones del demandante advirtiendo en primer lugar que, la relación contractual sostenida entre el demandante y el municipio de Villamaría debe ser diferenciada entre el primer contrato, esto es, el contrato 305 con vigencia del 07 de julio de 2017 al 07 de octubre del 2017 cuyo objeto fue *“apoyo en la gestión consistentes en la realización de actividades operativas de jardinería para el cuidado y ornato del espacio público dentro del área urbana del municipio de Villamaría - Caldas”* funciones y periodo respecto del cual consideró que no se demostraron los elementos mínimos de la relación laboral, especialmente los referentes a la subordinación o dependencia.

Que en lo referente a los contratos 486 con vigencia del 12 de octubre del 2017 al 29 de diciembre del 2017 y 085 con vigencia del 18 de enero del 2018 al 29 de junio del 2018 cuyos objetos contractuales fueron *“realizar labores asistenciales y operativas de cuidado, mantenimiento y control de acceso y salida del público, usuarios y comunidad en general, en el centro de desarrollo infantil CDI del municipio de Villamaría – Caldas”*, sí se demostraron los elementos de una relación laboral, enfatizando que, los testimonios recaudados dieron razón de que, el demandante trabajó al servicio de la Alcaldía de Villamaría, ejerciendo funciones de vigilancia y conserjería en las instancias del Centro de Desarrollo Infantil, sirviendo de vigilante de las instalaciones, del control de entrada y salida del personal de trabajo como de los niños y padres que acudían allí, labores de limpieza, jardinería y mantenimiento y demás tareas locativas que se requirieran.

Además advierte que los testimonios, dieron razón de que estas actividades se realizaron entre 2017 y 2018 y habitualmente se cumplían un horario trabajo de doce horas al día, en turnos rotativos de 6:00 a.m a 6:00 pm y de 6:00 pm a 6:00 a.m, siempre sus labores fueron realizadas en el CDI y en este periodo laborado la prestación del servicio fue continua y permanente, a través de contratos de prestación de servicios, señalando inclusive que recibía órdenes de la coordinadora del CDI y de algunas profesoras que allí laboraban, que no se podía ausentar de su lugar de trabajo sin previa autorización y que el trabajo se realizaba incluso domingos y festivos.

A partir de las anteriores reseñas, el *a quo* consideró probada la existencia de una relación laboral sostenida entre el 12 de octubre del 2017 y el 29 de junio del 2018, por lo cual ordenó al municipio de Villamaría cancelar al demandante el valor de todas las prestaciones sociales a que haya lugar, tomando como base, el valor de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios.

Advirtió que no hay lugar a reliquidar salarios como lo solicitó la parte actora, en virtud del pacto que las partes hicieron acerca de la remuneración en cada contrato de prestación de servicios, siendo esta la base sobre la cual ha de liquidarse el monto de las prestaciones sociales.

Señaló además que, la entidad accionada deberá efectuar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones aplicando los porcentajes que como empleador debía asumir, teniendo como base de cómputo el monto de los honorarios pactados, para lo cual la parte actora igualmente deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Negó las sanciones reclamadas *“por mora en el pago de Cesantias”* y de *“brazos caídos o despido injusto”* señalando que, el reconocimiento judicial de una relación laboral *“encubierta”*, solo da lugar al reconocimiento a título de restablecimiento del derecho, de

las prestaciones sociales que percibían los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria vinculados a la entidad accionada.

Finalmente, se abstuvo de imponer condena en costas toda vez que se accede solo parcialmente a las pretensiones del demandante.

#### 4. Recurso de apelación

La **parte actora** recurrió la sentencia arguyendo que, si bien comparte la declaratoria de existencia de una relación laboral, no se ordenó reconocer emolumentos por el periodo comprendido entre el 12 de octubre del 2017 al 29 de junio del 2018, pues ello no corresponde con lo probado en el proceso, toda vez que se ejecutaron 3 contratos y el primero se sostuvo del 07 de julio del 2017 al 07 de octubre del 2017.

Que no se condenó al pago de horas extras a pesar de que fueron demostradas, desconociendo que independientemente del tipo de pacto que haya realizado el demandante, este se encontraba sometido a lo que le indicara su contratante.

Que no se señaló en forma expresa las prestaciones sociales que deberían ser liquidadas, y que teniendo en cuenta que los empleados de la alcaldía de Villamaría están cobijados por el régimen general de empleados públicos, se debe disponer expresamente el pago de prima vacacional, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de transporte, cesantías, vacaciones, y dotación.

Que no se tuvo en cuenta que el demandante realizó un pago del 100% de los aportes a la seguridad social, entonces realizó un pago que en mayor porcentaje corresponde al empleador, mismo que debe ser reconocido a manera de indemnización.

Frente a la condena en costas, advierte que como lo ha señalado la jurisprudencia las costas son objetivas por lo que, si se causaron deben tasarse y concederse.

La **parte demandada** impetró apelación arguyendo que el *a quo* establece con total convicción que el demandante cumplía horarios, llegando a esta conclusión a partir de los testimonios de personas que no poseían conocimiento más allá de la simple observación esporádica del accionante en un lugar determinado; que incluso sus compañeros de actividad -quienes fueron objeto de tacha-, afirmaron que el demandante llegaba a ciertas horas del día a desempeñar la actividad objeto del contrato, pero manifestaron desconocer si estos horarios de entrada y salida eran controlados por algún funcionario del municipio. Situaciones que considera no demuestran, como lo infiere el juez de instancia, que el demandante tuviese un horario, sino que tenía el hábito de realizar sus actividades encomendadas a determinada hora, ello se prueba en que nunca recibió una orden directa para cumplir un horario.

Agrega que, las condiciones establecidas por la Ley 80 de 1993 para el contrato de prestación de servicios son claras y se encuentran dentro los lineamiento dados por el



constituyente primario en torno a los artículos 122 y 123 superiores en cuanto a la Función pública; que para el caso del municipio de Villamaría no cuenta dentro de su manual de funciones y planta de personal con cargos destinados a realizar la actividad que desempeñaba el demandante, es por ello que el municipio se vio en la obligación de contratar esta actividad bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios; que esta situación se hizo evidente dentro del proceso y se demostró cómo en algunos periodos intermitentes, el demandante desarrollaba actividades muy puntuales y especializadas con el objeto de preservar una serie de activos del municipio.

## II. Consideraciones

### 1. Problemas jurídicos

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación, se considera necesario dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos: *¿Existió una relación de índole laboral entre el señor Edeldimar Cano Duque y el municipio de Villamaría – Caldas con ocasión de los servicios prestados por aquel para el cuidado y mantenimiento, el control del acceso y salida de las personas a las instalaciones del Centro de Desarrollo Infantil de dicha municipalidad?*

De ser así: *¿Qué factores o prestaciones deben reconocerse al accionante?; ¿Fue adecuada la decisión de no imponer condena en costas?*

### 2. Primer problema jurídico

#### 2.1. Tesis de la Sala

El demandante logró demostrar los elementos de la relación laboral, empero únicamente frente a los periodos para los cuales se le contrató para la realización de funciones de vigilancia y mantenimiento del Centro de Desarrollo de Infantil del municipio de Villamaría, pues respecto del primer contrato cuyo objeto fue el mantenimiento de zonas verdes y parques de dicho municipio, no se aportaron elementos de prueba que den razón de la forma en que se desarrolló dicho objeto contractual.

Para fundamentar lo anterior se hará referencia i) al marco normativo y jurisprudencial sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; las características de la relación laboral y el contrato de prestación de servicios, para descender al ii) análisis del caso concreto.

#### 2.2. Marco normativo y jurisprudencial<sup>2</sup>

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

---

<sup>2</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)

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 ibídem, 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.

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 (O.I.T.)<sup>3</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>4</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 Política, al decir: *“los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”*, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

### **2.2.2. El contrato de prestación de servicios**

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 regula el contrato de prestación de servicios en los siguientes términos:

---

<sup>3</sup> Aprobada en 1919

<sup>4</sup> Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

*“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:*

*[...]*

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

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”*

Las expresiones “no puedan realizarse con personal de planta o” y “en ningún caso... generan relación laboral ni prestaciones sociales”, fueron revisadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997, en la que precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, de la siguiente forma:

***“3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.***

*“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:*

*“a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

*“El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.*

*“b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.*

*“Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.*

*“c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

*“Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.*

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

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

*“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la*

*administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”*

De conformidad con lo expuesto, se concluye que: i) a trabajo igual salario igual, ii) la relación laboral se estructura ante la presencia de los elementos legalmente establecidos en la regulación laboral -C.S.T.-; iii) es válido suscribir contratos de prestación de servicios, porque así lo autoriza el artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993<sup>8</sup> y, iv) a pesar de lo expuesto, estos contratos deben celebrarse dentro del término estrictamente necesario, dada su naturaleza temporal, pues si la administración desborda tales presupuestos se estructura el denominado “*contrato realidad*”.

### **2.2.3. Elementos propios de la relación laboral**

A su turno, se encuentra que 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, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País*”; y iii) un salario como retribución del servicio.

Al respecto, el H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021<sup>5</sup> retomando los desarrollos jurisprudenciales previos sobre estos elementos los condensó bajo los siguientes parámetros:

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio, señaló que el mismo puede ser identificado, en tanto “*Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este*<sup>6</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>7</sup>

En lo referente a la subordinación o dependencia dicha providencia señaló una serie de situaciones indicativas de su existencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, las mismas se sintetizan así:

<sup>5</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

<sup>6</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>7</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.

“104. **i) El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. **ii) El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. **iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. **iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.” (Subrayado y negrilla de este Tribunal).

Finalmente, sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas 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, se concluye que 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 3 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 y atendiendo a sus particularidades propias.

### **2.3. Pruebas aportadas relevantes para la resolución del asunto**

- Contrato de Prestación de Servicios 305 de 2017<sup>8</sup> con una duración de 3 meses, cuyo objeto era la *“REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES OPERATIVAS DE JARDINERÍA PARA EL CUIDADO Y ORNATO DEL ESPACIO PÚBLICO DENTRO DEL ÁREA URBANA DEL MUNICIPIO DE VILLAMARÍA”*, con acta de inicio del 07 de julio de 2017<sup>9</sup>.
- Contrato de Prestación de Servicios 486 de 2017<sup>10</sup> con una duración hasta el 29 de diciembre de 2017, cuyo objeto era la *“REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES ASISTENCIALES Y OPERATIVAS DE CUIDADO, MANTENIMIENTO Y CONTROL DE ACCESO Y SALIDA DE PÚBLICO, USUARIOS Y COMUNIDAD EN GENERAL EN EL CENTRO DE DESARROLLO INFANTIL - CDI DEL MUNICIPIO DE VILLAMARÍA”*, con acta de inicio del 12 de octubre de 2017<sup>11</sup>.
- Contrato de Prestación de Servicios 065 de 2018<sup>12</sup> con una duración hasta el 29 de junio de 2018, cuyo objeto se delimitó a la *“REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES ASISTENCIALES Y OPERATIVAS DE CUIDADO, MANTENIMIENTO Y CONTROL DE ACCESO Y SALIDA DE PÚBLICO, USUARIOS Y COMUNIDAD EN GENERAL EN EL CENTRO DE DESARROLLO INFANTIL - CDI DEL MUNICIPIO DE VILLAMARÍA”*, con acta de inicio del 18 de enero de 2018.
- Testimonios rendidos por los señores Rafael Antonio Yepes Álzate, Duván Ramirez Cardona, Yuli Andrea Román Duque y Juan David Medina Cortes quienes relataron algunos pormenores de la prestación del servicio por el señor Edeldimar Cano como vigilante o conserje del Centro de Desarrollo Infantil de Villamaría<sup>13</sup>.

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

<sup>8</sup> Exp. digital, archivo: “001Demanda”, fls. 27-31.

<sup>9</sup> *Ibidem*, fl. 34.

<sup>10</sup> *Ibidem*, fls. 36-40.

<sup>11</sup> *Ibidem*, fl. 43.

<sup>12</sup> *Ibidem*, fls. 44-47.

<sup>13</sup> Exp. digital, archivo: “031AudPruebas”.

Como se advirtió en los acápites precedentes, con el fin de demostrar la existencia de relaciones laborales ocultas, se requiere que la parte que alega su existencia acredite los elementos esenciales de la misma, esto es, que la actividad se haya desarrollado por el contratista de forma personal y directa; la remuneración de tales labores; y que en el desarrollo de las funciones exista subordinación o dependencia.

Respecto de la decisión adoptada en primera instancia, el accionante en su recurso de apelación manifiesta su oposición frente a los extremos temporales por los cuales se declaró la existencia de la relación laboral, limitándose a señalar que existió un primer contrato de prestación de servicios desarrollado entre el 07 de julio y el 07 de octubre de 2017, empero sin efectuar ninguna oposición expresa a los fundamentos esbozados en la sentencia para desconocer la existencia de una relación laboral en dicho periodo.

Por su parte, la demandada no discute por modo alguno los dos primeros elementos mencionados y que el *a quo* consideró acreditados en los contratos suscritos con el objeto de ejercer funciones de vigilancia y mantenimiento de zonas verdes del CDI, esto es, la prestación personal de las funciones y la remuneración de las mismas, planteando su oposición únicamente en lo referente a la existencia de subordinación y dependencia en el desarrollo de tales labores.

La Sala descenderá entonces al análisis de los tres elementos de la relación laboral en la ejecución del contrato de prestación de servicios 305 de 2017 y la existencia de subordinación o dependencia en la ejecución de los contratos 486 de 2017 y 065 de 2018.

#### **2.4.1. Análisis ejecución del contrato de prestación de servicios 305 de 2017**

El contrato de prestación de servicios 305 de 2017 celebrado entre el demandante y el municipio de Villamaría, vigente entre el 07 de julio y el 07 de octubre de 2017 tuvo como objeto el desarrollo de labores de *“jardinería para el cuidado y ornato del espacio público dentro del área urbana del municipio de Villamaría”*.

En cuanto a la forma en que se desarrolló dicho contrato, ninguno elemento probatorio obrante en el plenario da razón sobre ello, y si bien, la naturaleza de los servicios prestados por el contratista puede ser indicativa o indiciaria de la existencia de una relación laboral, ello no elimina la carga que atañe a la parte demandante de demostrar que una relación laboral se escondió a través de contratos de prestación de servicios.

Sobre esta carga probatoria el Consejo de Estado ha señalado:

*“La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Quien pretende la declaratoria de la existencia de un contrato realidad tiene la carga de demostrar los elementos constitutivos de la relación laboral, motivo por el cual ésta le correspondía a la parte demandante. Lo anterior se sustenta en continuación.*

...



*Finalmente, el artículo 167 del Código General del Proceso es claro en señalar que «incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. [...]», es decir, en estos casos la carga de la prueba recae sobre la parte que pretende el reconocimiento del contrato realidad.*

*En ese sentido, si bien es cierto, los documentos anunciados por la parte apelante en su recurso podrían demostrar la subordinación o dependencia continuada del señor Carlos Gregorio Mejía respecto al extinto DAS, lo cierto es que era responsabilidad de este acreditar dicha situación, es decir, el demandante no puede desplazar esa carga procesal en la contraparte. Luego, toda vez que la parte interesada no objetó la ausencia de las pruebas reclamadas, en la debida oportunidad, para la Corporación no hay lugar a confirmar la existencia del elemento de la relación laboral sin la prueba que efectivamente demostraba su ocurrencia.*

*En consecuencia, correspondía al demandante demostrar la configuración de los tres elementos que definen la existencia de una relación laboral, a través de los medios probatorios pertinentes y conducentes que estaban a su disposición.”<sup>14</sup> (Se resalta).*

Cabe destacar que las pruebas testimoniales recaudadas en el plenario únicamente dan razón de la forma de ejecución de las labores del demandante de cuidado, mantenimiento, control de acceso y salida del Centro de Desarrollo de Infantil de Villamaría, pero dichas pruebas nada aportaron sobre la forma en que se ejecutó el primer contrato celebrado por las partes y que se itera, tuvo por objeto el desarrollo de labores de jardinería en el espacio público del municipio.

Por ello, la Sala concuerda con la posición esbozada por el *a quo*, en la cual se afirma que no se hallaron acreditados los elementos propios de una relación laboral respecto del contrato de prestación de servicios 305 de 2017, en especial el de subordinación, pues ningún elemento probatorio aportado da razón alguna sobre la forma en que se desarrolló dicho contrato.

Además, la parte actora no planteó ningún tipo de argumento concreto sobre las razones por las cuales no comparte la decisión adoptada en primera instancia; por lo anterior, se confirmará en este aspecto la sentencia apelada.

#### **2.4.2. Análisis ejecución de los contratos 486 de 2017 y 065 de 2018**

La Sala descenderá entonces al análisis del elemento de la relación laboral que en la cual se ha centrado la discusión entre las partes, esto es, la existencia de subordinación o dependencia en el desarrollo de las funciones de la demandante al servicio del ente territorial demandado, lo cual se hará a partir de los indicios o situaciones indicativas de existencia de este elemento como fueron esbozadas en la líneas atrás citada sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021.

---

<sup>14</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, 23 de agosto de 2018, radicación número: 08001-23-33-000-2012-00401-01 (4363-14).

#### **2.4.2.1. Indicios con respecto al lugar de desarrollo de las actividades y la existencia de un horario de trabajo**

Al respecto, uno de los aspectos comunes a los objetos de los contratos 486 de 2017 y 065 de 2018, celebrados entre el municipio de Villamaría y el demandante es que, se pactó el desarrollo de labores de cuidado, mantenimiento y control de acceso y salida de público, usuarios y comunidad en general en el Centro de Desarrollo Infantil - CDI del municipio de Villamaría.

De lo anterior, debe destacarse como primer indicio relevante para la identificación de una relación de verdadera naturaleza laboral que, las referidas funciones u objetos contractuales imponen necesariamente que las labores sean ejercidas en las instalaciones asignadas por la administración municipal para la atención de los usuarios respectivos y por ende en los sitios que la propia entidad hubiese determinado para el efecto, al igual que en los horarios establecidos por la demandada, pues el desarrollo de tales tareas en otros espacios o lapsos no hubiese sido posible, aseveración que parte de simples reglas de experiencia y de la inexistencia de planteamiento alguno por la entidad accionada que permita arribar a otra conclusión.

Además, sobre la prestación de los servicios a cargo del contratista en los horarios y en el lugar dispuesto por la contratante, los testigos Rafael Antonio Yepes Álzate y Duván Ramirez Cardona a grandes rasgos señalaron que se desempeñaron como contratistas de la entidad, en desarrollo de funciones similares a las ejecutadas por el aquí demandante, ello durante similares lapsos a los que el demandante prestó sus servicios como vigilante del CDI de Villamaría por lo que conocieron de primera mano al actor en las diferentes reuniones que se surtían por la administración municipal para impartir instrucciones a los vigilantes de las diferentes instituciones del municipio; incluso el primer testigo advirtió que, el aquí accionante fue quien le *“recibió el puesto”* de vigilante del CDI, destacando que allí las instrucciones para el desarrollo de la labor eran impartidas además por la Coordinadora y los docentes de la institución.

Los referidos testigos señalaron que las funciones impuestas a los distintos celadores del municipio eran desarrolladas en similitud por todos ellos, prestando turnos de vigilancia de 12 horas de 6:00am a 6:00pm en el turno diurno y de 6:00pm a 6:00am en el turno nocturno, aunado que los vigilantes igualmente desarrollaban las actividades de *“jardinería”, “roce”* y *“labores de mantenimiento”* en cada institución.

Ahora, que los referidos testigos tengan la posibilidad *“de presentar demandas similares contra la demandada”*, no conlleva a la imposibilidad de valorar la prueba, sino a la necesidad de que su análisis sea efectuado con mayor rigurosidad.

En tal sentido, la Sala no observa que los dichos de los testigos se hallan presentado con dudas o cualquier tipo de vacilación o incertidumbre que pueda conllevar a reducir su valor probatorio, aunado a que precisamente por haber laborado como vigilantes al

servicio de la entidad aquí demandada, cuentan con un conocimiento directo de las situaciones que atañen al presente asunto, lo cual les otorga credibilidad.

Aunado a lo anterior, se recaudaron los testimonios de Yuli Andrea Román Duque y Juan David Medina Cortes, quienes señalaron que usaron los servicios del Centro de Desarrollo Infantil de Villamaría, pues llevaban constantemente a sus hijos a la institución, y fue allí donde conocieron al señor Edeldimar Cano como la persona encargada de la vigilancia e ingreso a la institución, además del desarrollo de funciones de jardinería u otras de cuidado del CDI, advirtiéndole que conocieron el cumplimiento de horarios de este, en razón a que en distintas ocasiones se “rotaban” los turnos con otros vigilantes que también prestaban sus servicios allí.

Corolario, de la naturaleza de las funciones y de conformidad con lo relatado por los testigos, se encuentra acreditado que el señor Edeldimar Cano cumplió las funciones del objeto contractual en las instalaciones de la contratante y en el horario estipulado por la entidad, situaciones que serán valoradas en conjunto con lo referente a las demás situaciones indicativas de la existencia de subordinación, que se pasan a analizar.

#### **2.4.2.2. Indicio de la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar más allá de la simple coordinación**

Al respecto, el testigo Rafael Antonio Yepes relató que, al igual que al demandante con ocasión de los servicios de vigilancia que prestaba al ente territorial “*con frecuencia nos llamaban a reuniones para darnos indicaciones, en el CDI del barrio Popular las personas que daban las instrucciones era la Coordinadora y algunas profesoras*”, reuniones en las que se encontró con el aquí demandante.

Igualmente, los testigos Yuli Andrea Román Duque y Juan David Medina Cortes, usuarios de los servicios prestados en el CDI, relataron situaciones en las que el demandante recibía ordenes por parte de las profesoras de la institución.

De acuerdo a lo anterior, existen bastantes criterios indicativos del cumplimiento de órdenes por parte del accionante, las cuales además en razón a la naturaleza de sus funciones sobrepasan lo que podría catalogarse lógicamente como una simple coordinación de actividades entre contratante y contratista; advirtiéndole en primer lugar que no resulta razonable manifestar que el vigilante de una institución defina a su arbitrio la forma de desarrollar tal actividad, pues es claro que las exigencias, por ejemplo, que este debía verificar para el ingreso a la institución u otras funciones propias de la vigilancia del bien público obedecen necesariamente a las condiciones y criterios impuestos por el contratante.

Adicionalmente, como lo señalaron los testigos, el demandante era requerido por los docentes de la institución, se le imponía la asistencia obligatoria a reuniones desarrolladas por la alcaldía municipal para impartir órdenes, aunado a la exigencia de cumplimiento

de un horario, situaciones que tuvieron una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de las labores contratadas.

De allí que, la imposición de órdenes y directrices para el desarrollo del contrato sobrepasaron lo que lógicamente podría catalogarse como una simple coordinación entre contratante y contratista.

#### **2.4.2.3. Indicios contenidos en las cláusulas del contrato de prestación de servicios con referencia al desarrollo de actividades misionales de la entidad con vocación de continuidad**

En los contratos 486 de 2017 y 065 de 2018 suscritos entre el demandante y el municipio de Villamaría, el objeto era la *“REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES ASISTENCIALES Y OPERATIVAS DE CUIDADO, MANTENIMIENTO Y CONTROL DE ACCESO Y SALIDA DE PÚBLICO, USUARIOS Y COMUNIDAD EN GENERAL EN EL CENTRO DE DESARROLLO INFANTIL - CDI DEL MUNICIPIO DE VILLAMARÍA”*.

Así las cosas, es claro que las funciones asignadas al contratista eran inherentes a la función misional y permanente del ente territorial, pues consistían en el cuidado y mantenimiento de los bienes del ente territorial y el control del acceso y salida de las personas a tales instalaciones.

Además, no se encuentra justificación a que el desarrollo de estas actividades permanentes de la entidad se realice por personal vinculado mediante contratos de prestación de servicios, los cuales deben apuntar al manejo de funciones extraordinarias al que hacer habitual de la entidad o a un conocimiento técnico o profesional de especialísimas características que no pueda ser cubierto por el personal de planta.

Sobre este punto, cabe destacar que el Consejo de Estado<sup>15</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>16</sup> o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta.

Así, se tiene que, en este caso la contratación del demandante a través de los contratos de prestación de servicios para el desarrollo de tareas de cuidado, mantenimiento, control de acceso y salida de personas del Centro de Desarrollo Infantil de Villamaría, desvirtúa esta

<sup>15</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>16</sup> Consejo de Estado Sección Segunda Subsección "A" Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón Rad.: 68001231500020020210401 (0233-08)

vocación transitoria o accidental que debe caracterizar al contrato de prestación de servicios.

Teniendo en cuenta lo expuesto, esto es, el lugar de desarrollo del objeto de los contratos, la sujeción a un horario laboral, las obligaciones del contratista, la dirección y control de las actividades del contratista por parte del personal de la entidad demandada -funcionarios del CDI- y que las actividades desarrolladas por aquel son inherentes a la misión y función legal permanente del ente territorial, la Sala concluye que tales situaciones son indicativas de la existencia de la subordinación y dependencia del accionante respecto de la entidad demandada.

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos de la entidad accionada al señalar que, el simple cumplimiento de un horario o la coordinación de funciones no son indicativos de la existencia del elemento de subordinación o dependencia, pues este no fue el único indicio que demostró tal poder de control sobre el empleado; además la imposición de órdenes y directrices para el desarrollo del contrato sobrepasaron lo que lógicamente podría catalogarse como una simple coordinación entre contratante y contratista.

## **2.5. Conclusión**

No se hallaron acreditados los elementos propios una relación laboral respecto del contrato de prestación de servicios 305 de 2017, por tanto, no le asiste razón a la parte demandante.

Por otra parte, al estar acreditada la subordinación y dependencia del accionante respecto de la entidad demandada; aunado a la existencia de una prestación del servicio y una remuneración -elementos que no fueron objeto de discusión- se concluye que existió una verdadera relación laboral entre el señor Edeldimar Cano y el municipio de Villamaría, en la ejecución de los contratos 486 de 2017 y 065 de 2018, tal y como se declaró la sentencia recurrida. Corolario, se confirmará la decisión adoptada por la sentencia de primera instancia.

## **3. Segundo problema jurídico** *¿Qué factores o prestaciones deben reconocerse al accionante?*

### **3.1. Tesis de la Sala**

El demandante cuenta con derecho a que se reconozcan las prestaciones sociales que ordinariamente devengan los empleados del ente territorial demandado, sin que sea posible incluir valores correspondientes a horas extra, pues las mismas no fueron acreditadas en el plenario.

Tampoco hay lugar a ordenar la devolución de los aportes cancelados por el demandante con destino al sistema de seguridad social, pues tal obligación recaía sobre el demandante indistintamente de la naturaleza de la relación, ya que tales pagos deben ser realizados tanto por contratistas por prestación de servicios como por empleados sujetos a una

relación laboral, siendo esta una contribución de carácter parafiscal cuya devolución no puede ser determinada como un restablecimiento del derecho consecuencia de la declaratoria de existencia de una relación laboral.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia a: i) los componentes de restablecimiento del derecho que deben ser reconocidos con ocasión de la declaratoria de existencia de la relación laboral encubierta en el caso concreto; ii) el reconocimiento de horas extras;

### **3.2. Componentes de restablecimiento del derecho que deben ser reconocidos con ocasión de la declaratoria de existencia de una relación laboral encubierta**

El artículo 53 de la Constitución establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades en lo que respecta a las garantías mínimas laborales, por lo que una vez declarada la situación laboral que fue encubierta a través del contrato de prestación de servicios, la consecuencia necesaria no es otra que reconocer las garantías mínimas establecidas en las normas jurídicas para las relaciones laborales.

Precisamente, esta disquisición fue objeto de mención por parte del Consejo de Estado en la ya citada sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021, destacando como se ha evolucionado desde la otrora idea de otorgar un reconocimiento indemnizatorio, para trascender a la noción de que el reconocimiento responde al restablecimiento del derecho que coloca al respectivo demandante en igualdad de condiciones prestacionales frente a la generalidad de empleados del ente estatal que pretendió encubrir la relación laboral, así:

*“En tal sentido, dirá la Sala que los honorarios pactados son el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios”:*

*Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.*

*Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo”.*

En el caso concreto, al haberse determinado la existencia de una verdadera relación laboral con ocasión de las labores desempeñadas en el marco de los contratos 486 de 2017 y 065 de 2018 el demandante cuenta con el derecho a que le sean reconocidas las prestaciones sociales que son pagadas a la generalidad de los empleados públicos del municipio de Villamaría, computadas con base en los honorarios pactados en cada contrato, dado que no se demostró en el plenario la existencia de un cargo similar en la planta global de dicho ente territorial.

En tal sentido, la Sala halla prosperidad parcial a los argumentos de apelación propuestos por la parte actora, dado que, al observar la sentencia recurrida, la misma se limitó a ordenar que fuesen pagados *“todas las prestaciones sociales a que haya lugar”* sin efectuar una mención puntual sobre el asunto, dejando así un plano de indeterminación sobre los efectos de restablecimiento de la misma.

Por lo tanto, se modificará el ordinal tercero<sup>17</sup> de la sentencia para advertir que el municipio de Villamaría deberá reconocer y pagar en favor de las prestaciones sociales que son pagadas a la generalidad de los empleados públicos del municipio de Villamaría, computadas con base a los honorarios pactados en cada contrato, por el periodo comprendido entre el 12 de octubre del 2017 al 29 de junio de 2018.

### **3.3. Reconocimiento de horas extras**

El reconocimiento de horas extras en asuntos de declaratoria de existencia de relaciones laborales encubierta requiere que exista en el plexo probatorio, plena acreditación de los tiempos suplementarios exactos que fueron laborados por dichos servidores contratistas, sin que pueda pretenderse para el efecto la utilización de meras menciones sobre el particular.

Así, en sentencia del 21 de julio de 2016, el Consejo de Estado advirtió<sup>18</sup>:

---

<sup>17</sup> Cuyo tenor literal señaló: *“TERCERO: En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE al MUNICIPIO DE VILLAMARIA reconocer y pagar al señor EDELDIMAR CANO DUQUE el valor correspondiente a las prestaciones sociales a que haya lugar, tomando como base para la liquidación respectiva, el valor de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicio, por el periodo comprendido entre el 12 de octubre del 2017 al 29 de junio de 2018.”* (se subraya).

<sup>18</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Velez, radicación: 68001-23-33-000-2013-00216-00(1046-14).

*“Así las cosas, la regulación normativa precitada es clara en delimitar su campo de aplicación a los empleados públicos, condición de la que precisamente carece el contratista que llegare a demostrar la configuración de una verdadera relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicio, pero de la cual, no podrá mutar en una relación legal y reglamentaria, conforme las exigencias consagradas en los artículos 122 al 125 de la Carta Superior.*

*Empero, el contratista que logre demostrar los elementos sustanciales de una relación laboral bajo la égida del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, si bien no le es posible cambiar su condición ante el Estado, es decir, la de un contratista, no significa ello que exista imposibilidad jurídica que le permita acceder al reconocimiento del trabajo suplementario.*

*Todo lo anterior, pone de presente un exigente ejercicio probatorio, el cual recae sobre la persona que reclama el reconocimiento y pago del trabajo suplementario. En ese sentido, rige el principio universal de que quien afirma algo, debe demostrarlo y si se trata de trabajo suplementario o en días festivos, la prueba aportada debe ser de una claridad y precisión que permita determinar las horas extras trabajadas, ya que al Juez no le está permitido hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de horas extras o de días festivos en que pudo haber laborado el trabajador demandante.*  
(Subrayado y negrillas de este Tribunal)

En el caso concreto, la parte actora depreca el reconocimiento del pago de las horas extras que manifiesta haber laborado, únicamente con base a la mención que se hiciese por parte de algunos testigos acerca de la jornada laboral que aquel atendía por regla general -6:00 a 6:00pm o 6:00pm a 6:00am- pretendiendo que con base a esta información se realicen los cálculos o suposiciones para determinar el número probable de horas extras o de días festivos, lo cual como se ha advertido por el Consejo de Estado, no se encuentra llamado a prosperar.

Finalmente, cabe destacar que tal posición ha sido adoptada por este Tribunal<sup>19</sup> en asuntos similares, destacando la necesidad de que la parte actora cumpla a cabalidad con la carga probatoria de demostrar los tiempos suplementarios exactos que fueron laborados por los servidores contratistas en este tipo de asuntos.

Así las cosas, la Sala concluye que no hay lugar al reconocimiento de trabajo suplementario (horas extras, nocturnas, dominicales y festivos) reclamadas por la parte actora, toda vez que no se cumplió con la carga probatoria de demostrar los tiempos suplementarios exactos que fueron por el señor Edeldimar Cano.

### **3.4. Devolución de los dineros pagados con destino al sistema de seguridad social**

<sup>19</sup> Ver entre otras: Sentencia del 03 de septiembre de 2020, Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Primera de Decisión, M.P. Carlos Manuel Zapata Jaimes, radicado 17-001-33-33-001-2014-00572-02; y Sentencia del 20 de febrero de 2020, emitida por la misma Sala, en asunto radicado 17001-33-33-001-2014-004665-02.



Frente a este particular, cabe destacar que la parte actora reclama que le sean reintegrados los dineros que el demandante otrora canceló con destino al sistema de seguridad social en el marco de los contratos de prestación de servicios.

Al respecto, el Consejo de Estado<sup>20</sup> ha desarrollado una línea pacífica advirtiendo la imposibilidad de prosperidad de este tipo de pretensiones, pues el deber de aportar con el pago de los aportes al sistema de seguridad social no son ajenas a los contratistas, como tampoco a los empleados públicos, por lo cual la declaratoria de existencia de la relación laboral encubierta conlleva la correlativa obligación del servidor contratista de asumir tales cargas e incluso en la eventualidad de que al verse beneficiado con un incremento en su base de cotización y que no haya cubierto las cotizaciones que hubiese tenido que cubrir en el marco de una relación laboral, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Igualmente, en la reciente sentencia de unificación por importancia jurídica del Consejo de Estado, SUJ-025-CE-S2-202113, a la cual se ha hecho referencia en este proveído, se dejó determinado como uno de los puntos precisamente a unificar, el que atañe a la devolución de los aportes a la Seguridad Social, aspecto sobre el cual se estableció claramente la siguiente subregla:

*“1. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.*

*2. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».*

*3. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de*

<sup>20</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P.: César Palomino Cortés, 30 de octubre de 2020, radicación: 52001-23-33-000-2013-00179-01(4418-14),

*salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.*

*4. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.” (Negrillas son de la Sala).*

En este orden de ideas, la regla de unificación jurisprudencial previamente señalada determinó una clara improcedencia de ordenar la devolución de aportes de naturaleza parafiscal, como una consecuencia de restablecimiento del derecho en aquellos asuntos en que se declara la existencia de una relación laboral encubierta, pues dada su naturaleza estos no pueden originar su devolución.

Ahora bien, advertido que la referida regla de unificación jurisprudencial limitó su tenor literal a los aportes con destino al sistema de seguridad social en sus componentes de salud y riesgos laborales, resulta necesario advertir que esta Colegiatura reiterará la posición que ya ha sido adoptada en sentencia del 10 de marzo de 2022, con ponencia del Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán, en materia de devolución de los pagos realizados por concepto de mayor valor frente a aportes con destino al subsistema pensional<sup>21</sup>, en el sentido de que estos cuentan con la misma naturaleza parafiscal que impiden ordenar su devolución, siendo el restablecimiento pertinente el ordenar que se realicen los pagos no realizados por la entidad contratante, empero con destino al fondo de pensiones y en los porcentajes que le atañen como empleador, sin que haya lugar a disponer créditos en tal sentido cuyo pago deba hacerse directamente al demandante.

Esta postura, cuenta con base en el criterio expuesto por el H. Consejo de Estado, en providencia del 16 de septiembre de 2021, que, aunque es anterior a la sentencia de unificación previamente señalada, expone los mismos criterios sobre la naturaleza parafiscal de tales pagos y es proferida dentro de un asunto de similitud fáctica y jurídica al que aquí se debate; en dicha providencia se advirtió<sup>22</sup>:

*“46. Con independencia de cuál sea el régimen al que se encuentre afiliado el actor, pues no está corroborado en el expediente tal aspecto, se debe atender a que los fines para los cuales están destinados los aportes a pensión, dado que corresponde a los contratistas por ley sufragar dicha contribución, en tanto están obligados por ley a efectuar su pago, posteriormente resulta inviable ordenarse su devolución, así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, pues, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal.»*

*47. Visto lo anterior, se reiterará lo que en pronunciamientos anteriores indicó esta ponente frente a que una vez determinada la existencia del realidad sobre las formas, la determinación del a quo de reconocer y pagar a favor del accionante los porcentajes de*

<sup>21</sup> Ver sentencia del 10 de marzo de 2022, Sala Segunda de Decisión, asunto radicado 17001-23-33-000-2021-00207-00, con ponencia del Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán.

<sup>22</sup> Sección Segunda, Subsección B, C.P: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación: 25000-23-42-000-2015-06506-01(0331-20).

cotización que debió pagar por concepto de Seguridad Social no es procedente, ya que por su naturaleza parafiscal, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia del contrato realidad, estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer.» (Subrayado y negrillas fuera de texto).

En línea con el referido pronunciamiento jurisprudencial, esta Sala acoge la posición que impone que, dado el carácter parafiscal de los recursos que se destinan al Sistema de Seguridad Social **integral**, -incluyendo el subsistema pensional-, se torna improcedente disponer como restablecimiento del derecho en asuntos de declaratoria de una relación laboral encubierta, que los aportes efectuados en exceso por el beneficiario y en su momento al sistema deban reconocerse como crédito a su favor, pues como lo ha concluido el Consejo de Estado, su especial característica y naturaleza excluye la posibilidad de titularidad que aquí es pretendida por el actor.

### 3.5. Conclusión

El demandante cuenta con derecho a que se reconozcan las prestaciones sociales que ordinariamente devengan los empleados del ente territorial demandado, sin que sea posible incluir valores correspondientes a horas extra, pues las mismas no fueron acreditadas en el plenario.

Adicionalmente, no prosperan los cargos de apelación formulados por la parte actora, referentes a la pretensión de que le sean reintegrados los aportes que otrora en calidad contratista efectuó al sistema de seguridad social integral, pues dicha carga debe ser atendida por aquel indistintamente del escenario meramente contractual o laboral, aunado a la naturaleza parafiscal de estos que impide disponer un restablecimiento del derecho en tal sentido.

## 4. Tercer problema jurídico *¿Fue adecuada la decisión de no imponer condena en costas?*

### 4.1. Tesis de la Sala

Fue adecuada la decisión de no imponer condena en costas, por cuanto el *a quo* fundamentó dicha decisión en forma clara y con base en un criterio jurídico válidamente aplicable en atención a la prosperidad tan solo parcial de las pretensiones del demandante y la prosperidad parcial de las excepciones formuladas por la entidad demandada.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco normativo de la condena en costas, para luego descender al ii) análisis del caso concreto.

### 4.2. De las costas procesales

El artículo 365 del C.G.P.<sup>23</sup> dispone sobre la condena en costas:

---

<sup>23</sup> Aplicable por expresa remisión normativa del artículo 188 del CPACA.

**“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. *Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

*Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*

4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*

5. **En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.**

6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*

7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*

8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*

9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”* (Subrayado y negrillas de esta Corporación)

En línea con la normativa en cita, si bien la condena en costas procederá contra la parte vencida en juicio, el fallador podrá abstenerse de emitir tal condena cuando se acceda a las pretensiones de la demanda en forma parcial, advirtiendo el fundamento de su decisión.

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

Visto el fallo de primera instancia se observa que el mismo señaló que *“Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437/11 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), toda vez que se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, no se condenará en costas.”*

En este orden de ideas, sin necesidad de mayores elucubraciones concluye la Sala que, la sentencia recurrida dio aplicación a una de las excepciones legalmente establecidas para la imposición de la condena en costas, esta es, la referente a la existencia de prosperidad solo parcial de las pretensiones de la demanda.

Corolario, fue adecuada la decisión de no imponer condena en costas, por cuanto el *a quo* fundamentó dicha decisión en forma clara y con base en un criterio jurídico válidamente aplicable en atención a la prosperidad tan solo parcial de las pretensiones del demandante y la prosperidad parcial de las excepciones formuladas por la entidad demandada. Por tanto, no se evidencia fundamento alguno para revocar la decisión adoptada por el *a quo* sobre este particular.

## 5. Costas de segunda instancia

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el H. Consejo de Estado con respecto a la imposición de costas (gastos procesales y agencias en derecho), no se condenará en costas de segunda instancia advirtiendo que no se encuentran acreditadas, toda vez que la parte accionada no incurrió en gastos procesales, ni efectuó actuación 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:** MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales el 05 de diciembre de 2022 dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por el señor Osiel Darío Torres Corrales contra el Municipio de Villamaría, el cual quedará así:

*“TERCERO: En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE al MUNICIPIO DE VILLAMARIA reconocer y pagar al señor EDELDIMAR CANO DUQUE el valor correspondiente a las prestaciones sociales que son pagadas a la generalidad de los empleados públicos del municipio de Villamaría, computadas con base a los honorarios pactados en cada contrato por el periodo comprendido entre el 12 de octubre del 2017 al 29 de junio de 2018.*

*El pago se realizará conforme a la fórmula de indexación indicada en la parte motiva de esta sentencia.”*

**SEGUNDO:** CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

**TERCERO:** SIN COSTAS en esta instancia por lo expuesto en precedencia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 22 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

17001333300420190019703

*Nulidad y restablecimiento del derecho*

*José Leonardo Jiménez Murcia Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial*

*Admite apelación adhesiva*

*Auto interlocutorio n° 185*

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

**-Sala de Conjueces-**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Mediante auto 163 de 1 de marzo de 2023, se admitió el recurso de apelación que la parte demandada interpuso en contra del fallo primario. Esta providencia se notificó por estado y mensaje de datos a los demás sujetos procesales el 2 de marzo de 2023. El 3 de marzo de 2023, la parte demandante allegó al correo electrónico de esta Secretaría, escrito de apelación e invocó la figura de la apelación adhesiva contenida en el párrafo del artículo 322 del C.G.P.

Ahora bien, a la luz del párrafo del artículo 322 de la Ley 1564 de 2012 por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, el Despacho procede a realizar el estudio correspondiente a la legalidad del recurso de apelación que por vía de adhesión realizó la parte demandante frente al recurso de apelación que la parte demandada interpuso en contra de la sentencia de 17 de junio de 2021, que puso fin a la primera instancia.

Así las cosas, dice el artículo 322 del CGP;

*“PARÁGRAFO. La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite apelación de la sentencia. El escrito de adhesión deberá sujetarse a lo previsto en el numeral 3 de este artículo.*

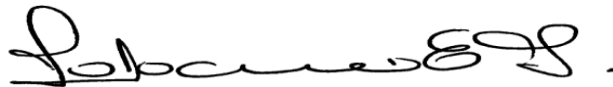
*La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.” (subrayas propias)*

Lo anterior aplicado al caso en concreto, se tiene que el escrito de apelación adhesiva fue allegado por la parte demandante el 3 de marzo de 2023, dentro del término de ejecutoria del auto que admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demanda, el cual se cumplía el 14 de marzo de 2023, por lo tanto, el recurso de apelación adhesiva cumple con los requisitos contemplados en la norma citada.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación adhesiva interpuesto por la parte demandante **José Leonardo Jiménez Murcia** respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada **Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial** contra la **Sentencia de 17 de junio de 2021**, emitida por el **Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales**, dentro de este medio de control.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al **Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales**. Ejecutoriado este auto, por **Secretaría** pásese a **Despacho** para proferir la Sentencia de 2º Instancia.

**Notifíquese y cúmplase**



**LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA**

Conjuez



A. de Sustanciación: 043-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-008-2020-00305-02  
Demandante: Luz Marleny Muñoz de  
López  
Demandado: Fomag

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 21 de noviembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 22 de noviembre de 2022.

**La parte demandante** presentó recurso de apelación el 6 de diciembre de 2022, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Dohor Edwin Varón Vivas', written over a horizontal line.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

A. de Sustanciación: 043-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-008-2020-00311-02  
Demandante: Martha Lucía Tamayo  
Demandado: Fomag

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 21 de noviembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 22 de noviembre de 2022.

**La parte demandante** presentó recurso de apelación el 6 de diciembre de 2022, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

<b>Medio de control:</b>	<b>Nulidad y restablecimiento del derecho</b>
<b>Radicación:</b>	<b>17 001 23 33 000 2021 00309 00</b>
<b>Demandante:</b>	<b>Gestión Eléctrica S.A.</b>
<b>Demandado:</b>	<b>Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN -</b>
<b>Providencia:</b>	<b>Sentencia No. 50</b>

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

**I. Antecedentes**

Solicita la parte demandante las siguientes:

**1. Pretensiones.**

*“Se declare la nulidad de la LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN 102412021000011 de 27 de julio de 2021, notificada por correo físico el 4 de agosto de 2021, a través de la cual la DIAN de la ciudad de Manizales modificó la declaración privada del impuesto de renta del año gravable 2017 presentada por la sociedad GESTIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P - GENSA S.A. E.S.P.*

*A título de restablecimiento se declare en firme la declaración privada del impuesto de renta del año gravable 2017 presentada por GESTIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P - GENSA S.A. E.S.P.”*

**2. Hechos.**

Los fundamentos de hecho de mayor relevancia se resumen en los siguientes:

- La sociedad GESTIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P. presentó declaración de renta del año gravable 2017 liquidando saldo a favor; el cual fue solicitado a la DIAN en devolución por parte del contribuyente GESTIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P.

- Con posterioridad a la devolución la División de Fiscalización de la DIAN inició, a través del programa DG - Devolución con Garantía, las diligencias administrativas usuales de auditoría para revisar la declaración respectiva.

- Como consecuencia de la fiscalización, la DIAN profirió requerimiento especial 102382020000010 de noviembre 6 de 2020, notificado por correo el 9 de noviembre de 2020 con las siguientes propuestas de modificación de la declaración de renta del año gravable 2017:

*“Pago de disponibilidad de potencia.*

*La DIAN desconoce este costo por considerar que está pagando impuestos de un tercero. \$1.389'199.101*

*Pago de incapacidades.*

*La DIAN desconoce estos costos y gastos, pero el argumento es incomprensible y contradictorio. \$57'326.128*

*Rechazo de costos por transferencia del sector eléctrico de la ley 99 de 1993. La DIAN considera, equivocadamente, que se trata de un costo de período diferente y esta es la razón del rechazo. \$620'580.746*

*Rechazo de gasto por concepto de industria y comercio.*

*Corresponde a un mayor valor llevado a la declaración por un error involuntario.*

*Al momento de dar respuesta al requerimiento especial se corrige la declaración de renta restando este gasto. \$709'225.502*

*Rechazo de costos de disponibilidad de potencia.*

*La DIAN considera que no es procedente por incumplimiento de requisitos formales. \$288'497.537*

*Menor saldo a favor liquidado por la DIAN \$1.225'932.000*

*Sanción de Inexactitud \$1.225'932.000”*

- La DIAN acogió parcialmente los argumentos y pruebas presentadas por la sociedad GENSA S.A. E.S.P. en respuesta al Requerimiento Especial, negando la procedencia de la corrección presentada y, en consecuencia, profirió Liquidación Oficial de Revisión 102412021000011 de julio 27 del año 2021, notificada el 4 de agosto de 2021; refiriendo que, las modificaciones definitivas y contenidas en el acto administrativo son las siguientes:

*“Pago de disponibilidad de potencia.*

*La DIAN desconoce este costo por considerar que está pagando impuestos de un tercero. \$1.389'199.101*

*Pago de incapacidades.*

*La DIAN desconoce estos costos y gastos, pero el argumento es incomprensible y contradictorio. \$57'326.128*

*La DIAN aceptó los argumentos frente al rechazo de costos por transferencia del sector eléctrico de la ley 99 de 1993.*

*La DIAN considera, equivocadamente, que se trata de un costo de período diferente y esta es la razón del rechazo. \$0*

*Rechazo de gasto por concepto de industria y comercio.*

*La DIAN insiste en esta glosa por no aceptar la corrección presentada. \$709'225.502*

*Rechazo de costos de disponibilidad de potencia.*

*El Requerimiento Especial consideró que no es procedente por incumplimiento de requisitos formales y la Liquidación Oficial de Revisión no se pronunció sobre los argumentos del contribuyente, sin embargo, en la liquidación numérica persiste el desconocimiento. \$288'497.537*

*Menor saldo a favor liquidado por la DIAN \$977'700.000*

*Sanción de Inexactitud \$977'700.000”*

- Afirma la demandante que, contra la liquidación oficial de revisión el demandante no interpuso recurso de reconsideración con el fin de acudir directamente a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo indica el parágrafo del Art. 720 Estatuto Tributario.

### **3. Normas violadas y concepto de violación.**

Refiere el apoderado del demandante como normas vulneradas las siguientes:

Artículos 29, 83 y 228 de la Constitución Nacional.

Artículos 107, 647, 771-2 y 772 del Estatuto Tributario.

Artículo 1494 del Código Civil.

Artículo 1 del Decreto 510 de 2003.

Decreto 1070 de 2013, artículo 3, modificado por el artículo 9 del Decreto 3032 de 2013.

Artículo 18 de la Ley 1122 de 2007.

Artículo 135 de la Ley 1753 de 2015.

Documento CONPES No 2641 y 2678 de 1993 y CONPES 3327 de 2004.

El concepto de violación lo funda en lo siguiente:

Del rechazo del costo de ventas de la cuenta 75102030401- potencia en pesos por \$1.389'199.101, expone que, el contrato 94.016 que origina los pagos a la Compañía Eléctrica Sochagota en adelante – CES -, tiene por objeto el suministro de energía y de disponibilidad de potencia, ambos necesarios para el cumplimiento del objeto social de GENSA; de manera que, nada diferente puede pagar GENSA S.A. E.S.P que no sea el precio del contrato, aunque este precio haya sido objeto de modificaciones.

Dice que, en el dictamen pericial contable presentado por la señora Ana Matilde Cepeda M., se indica que los impuestos hacen parte de la estructura de costos del proyecto Paipa IV y que la tarifa propuesta por la Compañía Eléctrica de Sochagota - CES- por disponibilidad de potencia se ve afectada por los cambios normativos tributarios.

Relata que, EBSA y posteriormente GENSA asumieron en el contrato que habría un ajuste equitativo al precio por potencia ante cambios que implicaran un aumento del costo de desarrollar, diseñar, construir u operar la planta, lo que cubría cualquier tipo de situación.

Se refiere al Laudo arbitral, y dice que, el pago ordenado, corresponde a un mayor valor de la tarifa de potencia disponible y no a impuestos de otra sociedad como lo pretende hacer ver la DIAN, pues siempre cualquier tarifa tiene implícito el reconocimiento de los impuestos a cargo del prestador del servicio o vendedor de bienes

Dice que, el contenido del Acuerdo Conciliatorio reconoce a favor del CES un mayor valor de tarifa de potencia disponible, derivado del cambio en las normas tributarias y no como lo indica la DIAN, el pacto para reconocer impuestos de sociedades diferentes al contribuyente.

Sostiene que, el acto administrativo demandado desconoce la realidad de la operación comercial con el único argumento que el texto que contiene la factura expedida por el prestador del servicio no contiene las palabras *“ajuste al precio*

*de potencia*”, omitiendo su obligación de hacer una valoración uniforme y conjunta de las pruebas aportadas y desconociendo que constitucionalmente existe la obligación de dar prevalencia al derecho sustancial y de dar por probado un hecho o circunstancia cuando de las pruebas se pueda concluir clara y objetivamente su existencia; por lo que considera que el desconocimiento del costo de ventas de la cuenta 75102030401 -potencia en pesos por \$1.389'199.101 es ilegal y así debe ser declarado en este proceso.

Frente al rechazo de costos y gastos de administración - incapacidades por valor de \$57'326.128- dice que la liquidación oficial puntualiza que lo que se pretende desconocer es el reconocimiento de las licencias de maternidad y paternidad, así como de las incapacidades que excedan de dos (2) días porque éstas deben ser asumidas por las E.P.S.; pero que no le asiste razón a la DIAN porque, pese a que la obligación legal de reconocimiento de las incapacidades esté a cargo de las E.P.S., son los empleadores quienes deben pagarle al empleado no sólo los dos primeros días sino todos aquellos en que estuvo incapacitado y posteriormente solicitar a las E.P.S. el pago de tales incapacidades.

Afirma que, GENSA S.A. E.S.P. paga directamente a sus empleados los días de incapacidad, y cita una sentencia de unificación del Consejo de Estado, resaltando que debe haber relación de causalidad con la actividad productora de renta; analizando razonablemente una situación de mercado y que, real o potencialmente, permitan desarrollar, conservar o mejorar la actividad generadora de renta; que la proporcionalidad del gasto, que se debe medir con criterio comercial según la situación económica del contribuyente y el entorno de mercado en el que desarrolla su actividad productora de renta; y que, las circunstancias fácticas, de mercado, demostraciones y carga argumentativa conforme a las cuales cada expensa guarda relación causal con su actividad productora de renta, es necesaria y proporcional con un criterio comercial y según lo acostumbrado en su actividad económica.

Del rechazo de gastos de administración - cuenta 512009 - impuesto de industria y comercio por valor de \$709'225.502 dice que, en la respuesta al Requerimiento Especial se aceptó la procedencia de esta glosa, por tratarse de un error involuntario y se presentó la respectiva corrección, según lo dispone el Artículo 590 del Estatuto Tributario, sin que haya sido aceptada, con el argumento de no haberse liquidado la sanción de inexactitud reducida;

solicitando en este caso se acepte su procedencia porque la corrección presentada incluyó la compensación de pérdidas fiscales acumuladas, sin afectar el saldo a pagar; y que, la compensación de la pérdida fiscal hace que la renta líquida no se modifique y tampoco el saldo a favor del contribuyente, por lo que bien puede concluirse que no se dan los supuestos de la norma para la causación de la sanción.

Del rechazo de costos - cuenta 750102030402 - potencia en dólares por valor de \$288'497.537 relata que, la factura recibida en el 2018 fue expedida por un mayor valor que es el que pretende desconocer el requerimiento especial, y que, la DIAN pasó por alto que en el documento contable causación cuentas por pagar 6539 de septiembre 27 de 2018, indicando que son ejercicios anteriores, ajuste, que considera inmaterial; cumpliendo así con las condiciones y fiscales, pues la erogación fue devengada en el año gravable 2017 y el error en su medición se reconoció, según las políticas contables en el año siguiente pero con cargo al año anterior. Por lo que solicita tener en cuenta esos argumentos con relación a la remisión que efectúa la liquidación especial a la primera glosa del Requerimiento Especial y de la Liquidación oficial.

Finalmente, con relación a la sanción por inexactitud, manifiesta que las glosas o reparos que presenta la División de Fiscalización en el requerimiento especial se refieren a claras diferencias de criterio sobre el derecho aplicable, pero en ningún momento a cifras incompletas o falsas, por lo que no hay lugar a su imposición.

#### **4. Contestación de la demanda (Documento 007 del expediente digital)**

La demandada DIAN contestó la demanda exponiendo que, con relación a la suma de \$ 1.389.199.101, por concepto de pagos realizados a la sociedad Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. – en adelante CES, la DIAN rechazó esta suma, teniendo en cuenta que lo pagado hace referencia a unos reajustes de costos originados por el incremento de tarifas de los impuestos de renta; impuesto que, a su juicio, debió de pagar CES y que, por virtud de un acuerdo conciliatorio entre estas dos sociedades realizados en el marco de un Tribunal de Arbitramento, GENSA debió pagar esta suma.



La DIAN manifiesta que lo cancelado por reajuste de impuesto de renta no son deducibles ni para CES, ni para GENSA S.A. E.S.P., pues dicho impuesto no es deducible así sea en virtud de un acuerdo contractual; y que por ello no se cumple con los requisitos exigidos en el artículo 107 del Estatuto Tributario.

Sostiene la DIAN que, las pruebas dan cuenta que, la suma de \$1.389.199.101, por concepto de pagos realizados a la sociedad Compañía Eléctrica de Sochagota – CES - corresponde a reajuste del impuesto de renta y complementarios y que no existe prueba alguna que demuestren que correspondan a un reajuste del precio por potencia disponible ofrecidas por CES, en cumplimiento de la cláusula décima quinta, del contrato 94.016 y del Laudo arbitral del 5 de julio de 2012; siendo el contribuyente en este caso, el que tiene la carga de la prueba de demostrar la relación de causalidad y necesidad de una expensa.

Adiciona al argumento que, GENSA S.A. E.S.P. no ha demostrado la relación de causalidad conforme lo exige el artículo 107 del ET; y que, no resulta posible asumir impuestos de otra empresa, menos aún como consecuencia de declarados incumplimientos definidos en laudo arbitral.

Dice que, el pago realizado por GENSA S.A. E.S.P. a CES es por conceptos de incrementos en materia tributaria por cambios legislativos que, se han presentado en el período comprendido entre 1999 y 2012; y que, ello prueba que, en esos años gravables, lo que está pagando y deduciendo GENSA son los reajustes de impuesto de renta.

Relata que, GENSA pagaba el incremento del impuesto de forma directa a CES, porque de esta forma, también fue acordado en el contrato No 94.016, lo que desvirtúa que GENSA S.A. E.S.P. esté pagando a CES el incremento del impuesto de renta bajo la modalidad de ajuste del precio de potencia disponible; sin que se advierta que se haya ajustado el precio por potencia disponible; y, sin que sea deducible el impuesto de renta, al no estar expresamente previsto como tal en el artículo 115 del ET.

Sobre el rechazo de gastos operacionales de administración por incapacidades por valor de \$57.326.128, la DIAN afirma que, el caso de las incapacidades laborales de origen común, los dos primeros días están a cargo del empleador

y a partir del tercer día a cargo de la EPS; y que, los dos primeros días los asume el empleador y son deducibles del impuesto de renta al ser pagos laborales de acuerdo con el Artículo 108 del ET., pero que los otros días son pagos deducibles, pero para la EPS, quien realiza la erogación económica.

Sobre el rechazo de gastos operacionales de administración por impuesto de industria y comercio por valor de \$709.225.502, advierte la DIAN que, el contribuyente tiene derecho a presentar dentro de los plazos establecidos para tal fin, las objeciones a las que haya lugar de manera clara, precisa y concreta; si el contribuyente guarda silencio, se interpretará que aceptó los hechos enunciados en el requerimiento y, por ende, no podrá retractarse ni objetarlos con posterioridad, ello en interpretación del artículo 723 y 747 del Estatuto Tributario.

Afirma que, la sociedad demandante solicitó fiscalmente por concepto de impuesto de industria y comercio la suma de \$ 1.789.482.202 y sólo pagó \$ 1.080.256.700, por lo que se rechaza la diferencia \$ 709.225.502, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 115-1 del ET.

Refiere que GENSA S.A. E.S.P. en el año 2017 pagó por concepto de Impuesto de Industria y Comercio la suma de \$1.080.256.700 y solicitó en la declaración de renta la suma de \$ 1.789.482.202, es decir, siendo \$ 709.225.502 improcedentes; sin que, hasta el momento, haya demostrado que pagó en el año gravable 2017 la suma de \$ 1.789.482.202.

Frente al rechazo de costos potencia en dólares por la suma de \$288.497.537, manifiesta que se encuentra demostrado en la factura de venta 352 del 25 de septiembre de 2018, CES facturó el valor de \$6.094.881.244, donde aparece un valor de \$288.497.537,03 por concepto de potencia en dólar; y que, fue contabilizada por GENSA en la cuenta por pagar No 6539 del 27 de septiembre de 2018 como se observa a folio 154-159. Aunado a que existe un debito a la subcuenta 750102030495 por este valor y un crédito a la subcuenta 2401010201, lo que demuestra que, tanto el devengo como el reconocimiento corresponden al año 2018 y no en el 2017, lo que hace improcedente la deducción en el año 2017.

Finalmente, con relación a la sanción por inexactitud la DIAN la considera procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 647 del Estatuto Tributario, teniendo en cuenta que GENSA SA E.S.P. solicitó unos costos y gastos a los que no tiene derecho en el año gravable 2017, lo cual reviste suma gravedad, ya que le implicó al contribuyente declarar una mayor pérdida fiscal. Advirtiéndole que, al determinar la pérdida del ejercicio y hacer una depuración incluyendo costos y gastos sin el cumplimiento de los requisitos, los convierte en no procedentes, generándose una mayor pérdida fiscal, implicando esto necesariamente un menoscabo no solo fiscal sino social, acto tal que genera una conducta sancionable.

Así como tampoco se está en este caso ante una diferencia de criterios, en derecho aplicable.

Y, con relación a la condena en costas, afirma que la parte actora no demostró que hubiese hecho alguna erogación significativa donde se concluya que se deba condenar en costas ni en agencias en derecho, como lo ha establecido el Consejo de Estado en la línea jurisprudencial.

## **5. Alegatos de conclusión.**

### **- Alegatos demandada DIAN (Documento 019 del expediente digital)**

Reitera en su totalidad los argumentos planteados en la contestación de la demanda y afirma que de los hechos demostrados por la DIAN se evidencia que no se ajusta a derecho la deducción por valor de \$1.389.199.101, pues son pagos que GENSA realizó a la sociedad Compañía Eléctrica de Sochagota - CES- y que corresponde al incremento del impuesto de renta que tuvo CES entre los años 1999 y 2012. Que GENSA S.A. E.S.P. mediante el acuerdo contractual No 94.016 cláusula 15 literal c) se comprometió a cubrir. Y siendo pagos por concepto de incremento del impuesto de renta no es deducible fiscalmente.

Relata que, en el acuerdo conciliatorio se hace referencia que GENSA pagará a CES en el período comprendido entre 1999 y 2012 incremento que ha tenido el impuesto de renta y complementario, así como en el acuerdo complementario;

de manera que, los pagos por incremento del impuesto de renta cancelados por CES debían ser soportados con la declaración de renta presentada y recibo de pago correspondiente; sin que a su juicio, exista duda de que, lo cancelado por GENSA a CES por valor de \$1.389.199.101 corresponde al impuesto de renta que CES pagó y que GENSA S.A. E.S.P. debía de cubrir por haber incumplido el contrato No 94.016 en acatamiento al Laudo arbitral del 5 de julio de 2012 y el acuerdo de conciliación.

Sobre el rechazo de gastos Operacionales de Administración por incapacidades por valor de \$57.326.128, dice que se demostró que son improcedentes, ya que las sumas adicionales que reconozca el empleador a sus empleados como subsidio de incapacidad, no se enmarcan dentro del concepto de salario que deba pagar el empleador y en tal medida, por sustracción de materia no es aplicable el artículo 108 del Estatuto Tributario y demás normas concordantes; por lo que no pueden ser tomadas por el empleador como deducción en el impuesto sobre la renta.

Sobre el rechazo de gastos Operacionales de Administración por Impuesto de Industria y Comercio por valor de \$709.225.502; dice que, está demostrado que GENSA S.A. E.S.P. en el año 2017 pagó por concepto de Impuesto de Industria y Comercio la suma de \$1.080.256.700 y solicitó en la declaración de renta la suma de \$ 1.789.482.202, sin que se haya demostrado el pago en el año gravable 2017 la suma de \$ 1.789.482.202, y que no ha dado ninguna explicación al respecto.

Sobre el rechazo de costos potencia en dólares por la suma de \$288.497.537a afirma que se encuentra demostrado en la factura de venta 352 del 25 de septiembre de 2018, que CES facturó el valor de \$6.094.881.244, donde aparece un valor de \$288.497.537,03 por concepto de potencia en dólar.

Y de la sanción por inexactitud, sostiene que están demostrados los presupuestos establecidos en el artículo 647 del ET, no existiendo la diferencia de criterio señalada por GENSA.

**- Alegatos parte demandante (Documento 020 expediente digital)**

La parte demandante reitera los argumentos presentados en la demanda, y dice que las pruebas aportadas en instancia administrativa y que hacen parte del acervo probatorio de este proceso, son abundantes y suficientemente explicativas, dado que el tema del reajuste al precio de potencia disponible fue objeto de debate ante el Tribunal de Arbitramento conformado con ocasión de la diferencia surgida entre las partes en torno a la viabilidad jurídica de dicho reajuste; demostrándose que, en el contrato 94.016 en literal c) de la cláusula 15 obliga al reajuste de la tarifa por disponibilidad de potencia por cambios legislativos; de manera que, la obligación que se deriva de este pacto contractual es el reconocimiento de un mayor valor del precio del contrato, pues el contratista tiene derecho a una remuneración que le permita recuperar sus costos y tener una utilidad, lleva a concluir que GENSA S.A. E.S.P pagó a CES S.A. E.S.P un reajuste al precio.

Considera que, no es lo mismo conceptual ni materialmente el pago de un reembolso que, el pago de un mayor valor del precio; y que, el dictamen pericial de la señora Ana Matilde Cepeda, en respuesta a la pregunta No. 86 afirmó que: *“Todo modelo o proyecto se evalúa con los elementos, parámetros y variables, que lo hacen funcional, viable y atractivo al inversionista; bajo esas condiciones preestablecidas, si llegan a presentar variaciones notorias, llevarían a su reajuste o a diseñar un nuevo modelo que volviera a ser atractivo al inversionista y presentar los resultados que llevaran al proyecto a ser nuevamente de interés económico”*; conclusión con la cual se evidencia que, los cambios legislativos que sucedieron después de la suscripción del contrato 94.016 conllevaron en el futuro a un reajuste y no a un reembolso o reintegro de los mayores costos.

Por lo expuesto, esos costos tienen naturaleza tributaria, porque dentro del modelo contractual fueron incluidos en la tarifa 3, y este es el motivo por el que tanto en el laudo arbitral como en el acuerdo conciliatorio se reconoció el derecho del contratista a obtener un mayor valor del precio por potencia disponible; sin que se encuentre probada en sede administrativa, ni judicial que, este costo indebidamente rechazado por la DIAN es procedente y se pide al Tribunal que así lo reconozca.

## **6. Concepto del Ministerio Público.**

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 18 de julio de 2022, que se encuentra en el documento 021 del expediente digital.

## **I. Consideraciones de la Sala**

### **1. Problemas jurídicos a resolver.**

El problema jurídico se contrae a establecer de acuerdo a la discusión central en el presente asunto es si, hay o no lugar a la declaratoria de nulidad del acto demandado, para lo cual es necesario resolver a su vez, los siguientes:

¿Los pagos efectuados por GENSA S.A. E.S.P. a la Compañía Eléctrica Sochagota - CES - por potencia disponible fueron o no necesarias y proporcionales en los términos del artículo 107 del Estatuto Tributario?

¿Se encuentran demostradas en este asunto las incapacidades pagadas por GENSA S.A. E.S.P. a empleados determinados?; y, en caso de ser así, ¿Las incapacidades pagadas a partir del tercer día, hacen parte del concepto de pagos laborales deducibles de renta?

¿La corrección presentada por la sociedad demandante con relación al Impuesto de Industria y Comercio, da o no lugar a la liquidación de sanción por corrección?

¿Era o no procedente la deducción del costo por potencia en dólares incluidas en la declaración del año gravable 2017, pese a que contablemente se encontraba en el 2018?

#### **- Análisis normativo**

De las normas que el demandante cita como vulneradas, se transcriben las siguientes por ser de mayor relevancia para el estudio inicial del fondo del asunto, normas del estatuto tributario vigente al momento de liquidación del impuesto.

Artículos 107, 647, 771-2 y, 772 del Estatuto Tributario

**“Artículo 107 Las expensas necesarias son deducibles.** Son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad.

La necesidad y proporcionalidad de las expensas debe determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes.

En ningún caso serán deducibles las expensas provenientes de conductas típicas consagradas en la ley como delito sancionable a título de dolo. La administración tributaria podrá, sin perjuicio de las sanciones correspondientes, desconocer cualquier deducción que incumpla con esta prohibición.

La administración tributaria compulsará copias de dicha determinación a las autoridades que deban conocer de la comisión de la conducta típica. En el evento que las autoridades competentes determinen que la conducta que llevó a la administración tributaria a desconocer la deducción no es punible, los contribuyentes respecto de los cuales se ha desconocido la deducción podrán solicitar la correspondiente devolución o solicitar una compensación, de conformidad con las reglas contenidas en este Estatuto y según los términos establecidos, los cuales correrán a partir de la ejecutoria de la providencia o acto mediante el cual se determine que la conducta no es punible.

**Artículo 771-2. procedencia de costos, deducciones e impuestos descontables.** El nuevo texto es el siguiente:> Para la procedencia de costos y deducciones en el impuesto sobre la renta, así como de los impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas, se requerirá de facturas con el cumplimiento de los requisitos establecidos en los literales b), c), d), e), f) y g) de los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario.

Tratándose de documentos equivalentes se deberán cumplir los requisitos contenidos en los literales b), d), e) y g) del artículo 617 del Estatuto Tributario.

Cuando no exista la obligación de expedir factura o documento equivalente, el documento que pruebe la respectiva transacción que da lugar a costos, deducciones o impuestos descontables, deberá cumplir los requisitos mínimos que el Gobierno Nacional establezca.

**Parágrafo.** En lo referente al cumplimiento del requisito establecido en el literal d) del artículo 617 del Estatuto Tributario para la procedencia de costos, deducciones y de impuestos descontables, bastará que la factura o documento equivalente contenga la correspondiente numeración.

**Parágrafo 2o.** Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, los costos y deducciones efectivamente realizados durante el año o período gravable serán aceptados fiscalmente, así la factura de venta o documento equivalente tenga fecha del año o período siguiente, siempre y cuando se acredite la prestación del servicio o venta del bien en el año o período gravable.

**Artículo 772. La contabilidad como medio de prueba.** Los libros de contabilidad del contribuyente constituyen prueba a su favor, siempre que se lleven en debida forma.”

El artículo 647 del Estatuto Tributario, es el que regula la sanción por inexactitud, solo se abordará dado el caso que la discusión jurídica llegue a ese punto de discusión.

El artículo 3 del Decreto número 1070 de 2013, modificado por el artículo 9 del Decreto 3032 de 2013, por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario dispone:

*“Artículo 9°. Modifíquese el artículo 3° del Decreto número 1070 de 2013, el cual quedará así:*

*“Artículo 3°. Contribuciones al Sistema General de Seguridad Social. De acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 1393 de 2010 y el artículo 108 del Estatuto Tributario, la disminución de la base de retención para las personas naturales residentes cuyos ingresos no provengan de una relación laboral, o legal y reglamentaria, por concepto de contribuciones al Sistema General de Seguridad Social, pertenezcan o no a la categoría de empleados, estará condicionada a su liquidación y pago en lo relacionado con las sumas que son objeto del contrato, para lo cual se adjuntará a la respectiva factura o documento equivalente copia de la planilla o documento de pago.*

*Para la procedencia de la deducción en el impuesto sobre la renta de los pagos realizados a las personas mencionadas en el inciso anterior por concepto de contratos de prestación de servicios, el contratante deberá verificar que los aportes al Sistema General de Seguridad Social estén realizados de acuerdo con los ingresos obtenidos en el contrato respectivo, en los términos del artículo 18 de la Ley 1122 de 2007, los Decretos números 1703 de 2002 y 510 de 2003, las demás normas vigentes sobre la materia, así como aquellas disposiciones que las adicionen, modifiquen o sustituyan.*

*Parágrafo. Esta obligación no será aplicable cuando la totalidad de los pagos mensuales sean inferiores a un salario mínimo legal mensual vigente (1 smlmv)”.*

El artículo 18 de la Ley 1122 de 2007, por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, fue derogado por el artículo 267 de la ley 1753 de 2015; por lo que no será materia de estudio.

Finalmente, refiere el demandante como vulnerado el artículo 135 de la Ley 1763 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018, y pese a que éste fue derogado por la Ley 1955 de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo; toda vez que se encontraba vigente al momento de realizarse la liquidación que se discute en este asunto, será objeto de estudio, y dispone:



**“Artículo 135. Ingreso Base de Cotización (IBC) de los independientes.** Los trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), cotizarán mes vencido al Sistema Integral de Seguridad Social sobre un ingreso base de cotización mínimo del cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado de sus ingresos, sin incluir el valor total del Impuesto al Valor Agregado (IVA), cuando a ello haya lugar, según el régimen tributario que corresponda. Para calcular la base mínima de cotización, se podrán deducir las expensas que se generen de la ejecución de la actividad o renta que genere los ingresos, siempre que cumplan los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario.

*En caso de que el ingreso base de cotización así obtenido resulte inferior al determinado por el sistema de presunción de ingresos que determine el Gobierno Nacional, se aplicará este último según la metodología que para tal fin se establezca y tendrá fiscalización preferente por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). No obstante, el afiliado podrá pagar un menor valor al determinado por dicha presunción siempre y cuando cuente con los documentos que soportan la deducción de expensas, los cuales serán requeridos en los procesos de fiscalización preferente que adelante la UGPP.*

*En el caso de los contratos de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante y que no impliquen subcontratación alguna o compra de insumos o expensas relacionados directamente con la ejecución del contrato, el ingreso base de cotización será en todos los casos mínimo el 40% de valor mensualizado de cada contrato, sin incluir el valor total el Impuesto al Valor Agregado (IVA), y no aplicará el sistema de presunción de ingresos ni la deducción de expensas. Los contratantes públicos y privados deberán efectuar directamente la retención de la cotización de los contratistas, a partir de la fecha y en la forma que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.*

*Cuando las personas objeto de la aplicación de la presente ley perciban ingresos de forma simultánea provenientes de la ejecución de varias actividades o contratos, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas por cada uno de los ingresos percibidos de conformidad con la normatividad aplicable. Lo anterior en concordancia con el artículo 5° de la Ley 797 de 2003.”*

## **6. De las pruebas que reposan en este asunto.**

Las pruebas que se relacionan a continuación fueron aportadas con la demanda y la contestación de la misma, y reposan en los documentos 01 y 007; y carpeta 008 del expediente digital.

- Certificado de existencia y representación de Gestión Eléctrica S.A. E.S.P., GENSA SA ESP, donde tiene como actividad principal la generación de energía eléctrica.

- Liquidación oficial de impuesto sobre la renta del año 2017 donde se evidencian diferencias entre la declaración privada y la oficial en total impuesto a Cargo/Impuesto generado por operaciones grav.; en sanciones, y en total saldo a favor.
- Factura escaneada de venta número 329 de fecha 10 de abril de 2017, que tiene como concepto de disponibilidad de marzo de 2017.
- Factura escaneada número 352 de septiembre 25 de 2018 que tiene como concepto el acuerdo de conciliación entre GENSA S.A. E.S.P. y CES.
- Expediente administrativo escaneado.
- Contrato escaneado número 94.016 para el suministro de energía y disponibilidad de potencia, suscrito entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P.
- Acta de cesión del contrato escaneada no. 94.016 para el suministro de energía y de disponibilidad de potencia, versión integrada suscrita el 9 de febrero de 1996 entre la empresa de energía de boyacá sa esp y la compañía eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P.
- Laudo arbitral escaneado 062 dado en Bogotá el cinco (5) de julio de 2012.
- Hojas denominadas contabilización incapacidades desconocidas (Carpeta 002, 003 tomo I)
- Documento denominado relación de pagos incapacidades y licencias maternidad y paternidad de enero 01 a diciembre 30 de 2017.

**7. ¿El pago efectuado por la factura escaneada número 352 de septiembre 25 de 2018, que tiene como concepto el acuerdo de conciliación entre GENSA S.A. E.S.P. y la Compañía Eléctrica Sochagota – CES -, fue o no necesario y proporcional en los términos del artículo 107 del Estatuto Tributario?**

Sea lo primero precisar que, con relación a la causalidad, necesidad y proporcionalidad, el Consejo de Estado<sup>1</sup> ha unificado su jurisprudencia frente al alcance de esos requisitos en el siguiente sentido:

*“(...) 3.3- De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala precisa el alcance y contenido de los requisitos generales de deducibilidad de que trata el artículo 107 del ET, para lo cual establece las siguientes reglas de decisión sobre esa disposición jurídica:*

*1. Tienen relación de causalidad con la actividad productora de renta, todas las expensas realizadas por el contribuyente en desarrollo o ejecución de la actividad productora de renta. Para establecer el nexo causal entre el gasto y la actividad lucrativa, no es determinante la obtención de ingresos ni el enunciado del objeto social del sujeto pasivo.*

*2. Las expensas necesarias son aquellas que realiza razonablemente un contribuyente en una situación de mercado y que, real o potencialmente, permiten desarrollar, conservar o mejorar la actividad generadora de renta. La razonabilidad comercial de la erogación se puede valorar con criterios relativos a la situación financiera del contribuyente, las condiciones del mercado donde se ejecuta la actividad lucrativa, el modelo de gestión de negocios propio del contribuyente, entre otros. Salvo disposición en contrario, no son necesarios los gastos efectuados con el mero objeto del lujo, del recreo o que no estén encaminados a objetivos económicos sino al consumo particular o personal; las donaciones que no estén relacionadas con un objetivo comercial; las multas causadas por incurrir en infracciones administrativas; aquellos que representen retribución a los accionistas, socios o partícipes; entre otros.*

*3. La proporcionalidad corresponde al aspecto cuantitativo de la expensa a la luz de un criterio comercial. La razonabilidad comercial de la magnitud del gasto se valora conforme a la situación económica del contribuyente y el entorno de mercado en el que desarrolla su actividad productora de renta.*

*4. Los contribuyentes tienen la carga de poner en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales las circunstancias fácticas y de mercado, demostraciones y carga argumentativa, conforme a las cuales una determinada expensa guarda relación causal con su actividad productora de renta, es necesaria y proporcional con un criterio comercial y tomando en consideración lo acostumbrado en la concreta actividad productora de renta.*

*5. Las anteriores reglas jurisprudenciales de unificación rigen para los trámites pendientes de resolver en vía administrativa y judicial. No podrán aplicarse a conflictos previamente decididos. (...)” (Subraya la Sala).*

Debe precisarse en primer lugar que, la DIAN expone que GENSA S.A. E.S.P. lo que hizo fue pagar impuestos a cargo de la Compañía Eléctrica Sochagota –

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de Unificación de 26 de noviembre de 2020. CP. Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez. Rad 25000-23-37-000-2013-00443-01(21329) 2020CE-SUJ-4-005

CES -, y no fue un reajuste de precios por potencia disponible, como lo afirma la demandante.

Todo se origina en la suscripción del contrato número 94.016 para el suministro de energía y disponibilidad de potencia, suscrito entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., que contempla en su cláusula décima quinta lo siguiente:

*“DÉCIMA QUINTA: PRECIOS Y CONDICIONES DE LOS PRECIOS.*

*El precio de la tarifa de potencia disponible, por KW-mes en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, es de treinta y uno punto seis dólares (US\$31.6) para los diez (10) primeros Años de Acuerdo y veintiocho dólares (US\$28) para los diez (10) últimos Años de Acuerdo. Este precio es firme para cada uno de los Años de Acuerdo, durante todo el período de los veinte (20) Años de Acuerdo del suministro de energía y potencia al CONTRATANTE, y por lo tanto no reajutable excepto en cuanto a lo contemplado en la sección 15 (c).*

*Estos precios cubren todos los costos directos e indirectos de la inversión, gastos financieros, impuestos (con la única excepción del cuatro por ciento (4%) contemplado en el Art. 12 de la Ley 56 de 1981), IVA, aranceles, Intereses, repuestos, gastos de personal, imprevistos, utilidad, seguros y cualquier otro costo en el que se pueda incurrir, Incluyendo los gastos de operación y mantenimiento con la única excepción del costo del carbón.*

*El primer Año de Acuerdo, corresponde al primer año de operación comercial de la Central, que empieza en la fecha de su puesta en operación comercial definitiva.*

*EL CONTRATANTE pagará por toda la energía entregada en el Punto de Entrega a EL CONTRATANTE un monto en US\$ por kWh calculado de la siguiente forma:  $Te - CTEN (G) \times (1+ZU-B) \times PC$  Te Tonfa en dólares estadounidenses por kWh por el mes CTENIG tasa calórica neta específica garantizada 2400(c) Las partes signatarias convienen que en el caso de un evento de fuerza mayor cualquiera, incluyendo, sin limitarse a, cambios en la legislación o en los reglamentos que resulte en un aumento del costo de desarrollar, diseñar, construir, operar o adquirir o arrendar la Planta por más de US\$ 50,000 en total, entonces (i) hasta el momento en que tales costos adicionales a lo largo de todo el Contrato alcancen en conjunto una suma agregada de US\$5,000,000. EL CONTRATANTE y EL CONTRATISTA convienen que habrá un ajuste equitativo a el precio por Potencia con vigencia para el resto del plazo del Contrato, salvo que las partes de común acuerdo definan los términos y condiciones bajo las cuales EL CONTRATANTE pagará a EL CONTRATISTA dicho valor de manera directa, y (ii) sin perjuicio de la vigencia y validez de lo anterior, luego de ello y a partir del momento en que tales costos adicionales a lo largo de todo el Contrato superen en conjunto una suma agregada de US\$ 5,000,000, EL CONTRATANTE y EL CONTRATISTA convienen que antes de que el CONTRATISTA incurra en cualquier costo adicional (x) que habrá un ajuste equitativo a el precio por Potencia con vigencia para el resto del plazo del Contrato y (y) el pago de ese mayor valor deberá quedar garantizado bien por las garantías que a la fecha en que se produzca dicho ajuste se hallen*

vigentes o por otra u otras de igual o similar naturaleza expresamente aceptadas por EL CONTRATISTA. E incumplimiento del CONTRATANTE en obtener el cubrimiento de las garantías a que se refiere el punto (ii) (y) anterior, será considerado, a libre opción del CONTRATISTA, tanto un evento de incumplimiento del CONTRATANTE en los términos previstos en el artículo 8.3 y con los alcances previstos en el artículo 8.5, así como también un evento de fuerza mayor en los términos del artículos 34.1, quedando entendido que durante la ocurrencia de dicho evento de fuerza mayor EL CONTRATANTE deberá continuar efectuando los pagos por Potencia en los términos previstos en 34.2 (c).” (Subraya la Sala)

El contrato en mención fue cedido a la Sociedad de Gestión Energética S.A. E.S.P. - GENSA – mediante documento del 3 de noviembre de 2005, de la cual se resaltan los siguientes términos:

*“Entre nosotros ROOSEVELT MESA MARTINEZ, mayor de edad, vecino de la ciudad de Tunja identificado con la G.C. No. 7.214.951 de Duitama, quien actúa en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. (EBSA), sociedad constituida mediante escritura pública número 268 del 9 de febrero de 1955 otorgada en la Notaria 5 de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por la Financiera Eléctrica Nacional S.A., mediante comunicación P.02174 del 6 de octubre de 2005, de una parte y por la otra, JAIME ANTONIO OSORIO OSORIO, mayor de edad y vecino de Manizales, identificado con cédula de ciudadanía No. 10.240.969 de Manizales, en su calidad de Presidente y Representante Legal de la sociedad GESTION ENERGETICA S.A. E.S.P., (GENSA), sociedad constituida mediante escritura pública número 1224 del 04 de mayo de 1993 con domicilio social en la ciudad de Manizales, se suscribe la siguiente Acta de Cesión de Contrato, previas las siguientes*

#### **CONSIDERACIONES**

PRIMERA: OBJETO. - *En virtud del presente documento, EBSA cede a GENSA la totalidad de las obligaciones y la titularidad de todos los derechos 'derivados del Contrato No 94.016 para el Suministro de Energía y Disponibilidad de Potencia suscrito entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P., versión integrada suscrita entre las partes el 9 de Febrero de 1996. Igualmente cede el contrato de suministro de carbón No. 96111, celebrado entre EBSA y CES el 28 de febrero de 1.996.*

SEGUNDA: GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES. - *EBSA cede a GENSA la totalidad de los derechos y obligaciones derivados de la Garantía otorgada por la FEN para el pago de las obligaciones a favor de CES en los términos y condiciones establecidos en la Garantía.*

TERCERA: ACEPTACIÓN. - *GENSA acepta la totalidad de los derechos y obligaciones del Contrato 94.016 objeto de la presente cesión y los derechos y obligaciones derivados de la Garantía F.G. 01-96 emitida por la FEN.*

CUARTA: LEY APLICABLE. - *El presente Contrato se regirá y ejecutará de acuerdo con las leyes de la República de Colombia.*

*QUINTA: TÍTULO DE LA CESIÓN. -El presente contrato se celebra a título gratuito.*

*En constancia de lo anterior se firma en Bogotá a los 03 NOV 2005”  
(Subraya la Sala).*

Obra dentro del proceso el laudo arbitral 062 de 5 de julio de 2012 del cual se extrae lo siguiente, empezando por los antecedentes que dieron origen al mismo:

*“(…) 1. La Cláusula Décima Quinta del Contrato 94.016 establece en su literal (c) "que en el caso de un evento de fuerza mayor cualquiera, incluyendo, sin limitarse a, cambios en la legislación o en los reglamentos que resulten en un aumento del costo de desarrollar, diseñar, construir, operar o adquirir o arrendar la Planta por más de US\$ 50.000 en total, entonces (...) EL CONTRATANTE y EL CONTRATISTA convienen que habrá un ajuste equitativo al precio por potencia con vigencia para el resto del plazo del Contrato, salvo que las partes de común acuerdo definan los términos y condiciones bajo las cuales el CONTRATANTE pagará a EL CONTRATISTA dicho valor de manera directa (...) Para propósitos de este Contrato, cambios en la legislación significará cualquier adopción de, cambio en, agregado a o corrección, luego del 22 de octubre de 1993 que es la fecha en que se otorgó el Proyecto de TERMOPAIPA al consorcio CCI/STEAG A.G., de (1) cualquier ley aplicable, o (ii) cualquier interpretación de cualquier ley aplicable por cualquier autoridad gubernamental, que impida la disponibilidad de la Central o que resulte de un aumento del costo de desarrollar, diseñar, construir, operar o adquirir o arrendar la Central. Para los propósitos de este CONTRATO, una Ley, Aplicable significará cualquier ley, ordenanza, sentencia, orden judicial, interdicto, orden, reglamento, decreto, determinación, licencia y permiso de cualquier autoridad gubernamental, incluyendo cualquier impuesto o ley del medio ambiente aplicable a o que sea de aplicación a EL CONTRATISTA (...)"*

*2. El 29 de septiembre de 2010, CES, con fundamento en lo estipulado en el literal (c) de la Cláusula Décima Quinta del Contrato 94.016, le reclamó de manera directa a GENSA el reconocimiento de las sumas que CES había cancelado por el incremento de tarifa del impuesto de renta y complementarios por cambios legislativos ocurridos con posterioridad a la adjudicación del Contrato 94.016. Copia de la comunicación respectiva fue enviada por parte de CES a la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P.- EBSA S.A. E.S.P. (en adelante EBSA) el 30 de septiembre de 2010, como responsable subsidiario, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 893 del Código de Comercio<sup>1</sup>.*

*3. La anterior reclamación de CES no fue aceptada por GENSA.*

*4. En vista de lo anterior, el 10 de agosto de 2012, CES instauró ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá demanda arbitral en contra de GENSA, y como responsable subsidiario en contra de EBSA, por razón del incumplimiento de lo pactado en el literal (c) de la Cláusula Décima Quinta del Contrato 94.016. Las pretensiones de la demanda arbitral formulada por CES son las siguientes:*

*(...)*

16. GENSA verificó que con posterioridad al 22 de octubre de 1993, que es la fecha en que se adjudicó el proyecto de Termopaipa IV, la tarifa del impuesto de renta y complementarios experimentó un incremento para los años gravables 1999 a 2012, según lo dispuesto por las Leyes 223 de 1995 y 1.111 de 2006.

17. GENSA encuentra que los mayores costos en que ha incurrido. CES por el incremento que ha tenido el impuesto de renta y complementarios en el periodo comprendido entre 1999 y 2012, se hallan debidamente soportados con las declaraciones de renta presentadas por CES ante la DIAN y los correspondientes recibos de pago de este impuesto, los cuales ascienden por capital a la suma de \$16.551.275.000 (anexo 8).

(...)

20. La administración de GENSA ha revisado las controversias con CES que se debaten en el presente proceso arbitral, y ha concluido que: i) dados los precedentes judiciales atinentes a la validez, naturaleza y alcance de la cláusula décima quinta literal (c) con fuerza de cosa juzgada, es aconsejable alcanzar un arreglo conciliatorio con CES; ii), el acuerdo conciliatorio debe partir de un reconocimiento de las sumas pagadas por CES sin contemplar intereses de mora a su favor, iii) la continuidad de la controversia a través de un trámite judicial, puede determinar la existencia de una condena a cargo de GENSA, con un aito componente correspondiente a intereses de mora; iv) dada la cuantía de la reclamación, es aconsejable conciliar en una etapa procesal en la que no se generen más costos y gastos a cargo de GENSA, por concepto de honorarios del Tribunal de Arbitramento.

21. La controversia que nos ocupa así como la propuesta conciliatoria han sido evaluadas internamente por GENSA y presentadas para su revisión y concepto al Comité de Conciliación de la entidad. Dicho comité conceptuó en forma positiva la conciliación y autorizó su celebración (anexo 12). (...)"

"(...) Surtida como se encuentra la totalidad de las actuaciones procesales previstas en el decreto 2279 de 1989, la ley 23 de 1991 y la ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere en derecho y con el voto unánime de sus miembros, el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre la COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A. E.S.P., en adelante CES, como convocante, y las sociedades EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACÁ S.A. E.S.P. en adelante EBSA y GESTIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P, en adelante GENSA, como convocadas en razón del contrato No. 94.016 para el suministro de energía y de disponibilidad de potencia. 123-120 (...)

### **1. EL CONTRATO**

El 4 de marzo de 1994 las sociedades EMPRESA DE ENERGÍA DE BOYACAS E.S.P. Y COMPAÑÍA ELÉCTRICA DE SOCHAGOTA S.A., celebraron el contrato. 94.016, cuyo objeto consistía en el suministro de energía y de disponibilidad potencia durante un periodo de veinte (20) años, contrato instrumentado por escrito y cuya versión integrada fue suscrita por los contratantes el 9 de febrero de 1996.

### **1. ACUERDO CONCILIATORIO**

Con base en los anteriores antecedentes, y para que se surtan los efectos previstos en los artículos 2469 y concordantes del Código Civil, Ley 23 de 1991, la Ley 640 de 2001, y demás disposiciones conexas y complementarias, GENSA y CES llegan al siguiente acuerdo total conciliatorio que hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo:

1. GENSA pagará a CES el incremento que ha tenido el impuesto de renta y complementarios en el periodo comprendido entre 1999 y 2012, que asciende por capital a la suma de \$16.551.275.000 (...)” (Subraya la Sala).

Igualmente, reposa un acuerdo complementario firmado el 27 de agosto de 2013 que contempla del:

#### **11. ACUERDO COMPLEMENTARIO**

1. Para el pago de los mayores costos incurridos por CES por concepto del impuesto de renta y complementarios correspondiente a los años gravables siguientes al año gravable 2012, GENSA y CES aplicarán la siguiente metodología:

1.1. CES presentará a GENSA, a más tardar el día 1º de noviembre del respectivo año, un informe con los valores reclamados, el cual deberá estar debidamente soportado con la declaración de renta presentada y el recibo de pago correspondiente (por ejemplo, los datos del impuesto de renta y complementarios pagado por CES en el año 2013 serán entregados a GENSA a más tardar el 1º de noviembre de 2014). En el evento que el día 1º de noviembre del respectivo año sea un día no hábil, el informe deberá ser presentado por CES a GENSA el día hábil siguiente. Para este efecto los sábados y días festivos se consideran días no hábiles. (Subraya la Sala).

Ahora, una vez establecido el alcance de los criterios de causalidad, necesidad y proporcionalidad, para esta Sala, si bien de los documentos mencionados se advierte que dentro del laudo arbitral, acuerdo conciliatorio y acuerdo complementario, se hace referencia a que GENSA S.A. E.S.P. pagará el incremento del impuesto de renta y complementarios; así como el pago de los mayores costos incurridos por la Compañía Eléctrica Sochagota – CES -, por concepto de impuesto de renta y complementarios; no se puede desconocer que, la suma de dinero concedida, se hace en virtud de un Laudo arbitral y la conciliación llevada a cabo dentro del mismo.

En este sentido, es de importancia dejar presente que, el arbitramento es un mecanismo para la resolución de conflictos, y, los laudos arbitrales que surgen como resultado de éste, y que ponen fin al conflicto, están amparados por el principio de estabilidad y seguridad.



Por su parte, la ley 1363 de 2012, mediante la cual se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional y se dictan otras disposiciones, contempla en sus artículos 1, 3, 104 y 111 lo siguiente:

**“Artículo 1o. Definición, modalidades y principios.** El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

*El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.*

*El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.*

*En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.*

**Artículo 3o. Pacto arbitral.** El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas.

*El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El pacto arbitral puede consistir en un compromiso o en una cláusula compromisoria.*

*En el pacto arbitral las partes indicarán la naturaleza del laudo. Si nada se estipula al respecto, este se proferirá en derecho.*

**Parágrafo.** Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral.

**Artículo 104. Forma y contenido del laudo.** El laudo arbitral consultará la siguiente forma y contenido:

1. El laudo se proferirá por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastará la firma de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral o la del árbitro presidente en su caso y se dejará constancia del motivo de la ausencia de una o más firmas. La falta de una o más firmas no afectará la validez del laudo arbitral.

2. El tribunal arbitral deberá motivar el laudo, a menos que las partes hayan convenido otra cosa, y en este caso, siempre y cuando ninguna de ellas tenga su domicilio o residencia en Colombia, o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 103.

2. El laudo indicará su fecha y la sede del arbitraje en la que se considerará proferido.

3. Una vez dictado el laudo, el tribunal lo notificará a las partes mediante la entrega de sendas copias firmadas por quienes lo suscribieron.

**Artículo 111. Reconocimiento y ejecución.** Los laudos arbitrales se reconocerán y ejecutarán así:

1. Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya proferido, será ejecutable ante la autoridad judicial competente, a solicitud de parte interesada.

2. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia de él. Si el laudo no estuviere redactado en idioma español, la autoridad judicial competente podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a este idioma.

2. Los laudos dictados en arbitrajes internacionales cuya sede sea Colombia se considerarán laudos nacionales y, por ende, no estarán sujetos al procedimiento de reconocimiento y podrán ser ejecutados directamente sin necesidad de este, salvo cuando se haya renunciado al recurso de anulación, caso en el cual será necesario su reconocimiento.

3. Para la ejecución de laudos extranjeros, esto es de aquellos proferidos por un tribunal arbitral cuya sede se encuentre fuera de Colombia, será necesario su reconocimiento previo por la autoridad judicial competente.” (Subraya la Sala).

De los artículos en mención, queda claro que, el arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción; y que, el laudo es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje.

De igual manera, el laudo arbitral se debe proferir por escrito, firmado por el árbitro; debe estar motivado, fechado, y notificado a quienes lo suscribieron. Así como que son reconocidos y pueden ser ejecutados ante la autoridad competente; características que se cumplen todas, respecto del laudo arbitral aportado, y que dio origen a la obligación pagada por parte de GENSA S.A. E.S.P.

Por su parte, la Corte Constitucional<sup>2</sup>, en la sentencia C – 446 de 2020, precisó con relación a las características de justicia arbitral lo siguiente:

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia de 29 de octubre de 2020. MP. Cristina Pardo Schlesinger. Exp. D-13.563

#### **“4. Características de la justicia arbitral. Reiteración de jurisprudencia.**

(...)

4.2 De tiempo atrás, esta Corporación ya había definido el arbitramento como una institución procesal «en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte»<sup>[16]</sup>. Esta definición fundamental del arbitramento, tomada de la regulación que del mismo hizo el artículo 116 superior, ha permitido a la Sala Plena desarrollar una jurisprudencia consistente sobre las características esenciales de este mecanismo, que resaltan su naturaleza alternativa, procesal, temporal, excepcional y voluntaria<sup>[17]</sup>.

4.3 Estas características pueden sintetizarse como se indica a continuación:

a) **Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos.** Es decir, permite la solución de una controversia por parte de un particular investido de la función pública de administrar justicia, con fundamento en la decisión de las partes (pacto arbitral) de renunciar a hacer valer sus pretensiones ante los jueces<sup>[18]</sup>. Dicha solución se concreta en un fallo definitivo y vinculante para ellas (laudo arbitral), con efectos de cosa juzgada, que puede ser en derecho, en equidad o técnico<sup>[19]</sup>.

b) **Es una institución de orden procesal**<sup>[20]</sup>. El arbitramento es básicamente un proceso compuesto por una serie de etapas y oportunidades en las que, al igual que en los procesos judiciales, las partes enfrentadas discuten argumentos, presentan pruebas y memoriales, acuden a audiencias, e incluso pueden pedir medidas cautelares, recusar a los árbitros y solicitar la aclaración, corrección, adición, anulación o revisión del laudo arbitral<sup>[21]</sup>. De este modo, el arbitramento «está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material»<sup>[22]</sup>.

c) **Es temporal.** Expresamente el artículo 116 de la Constitución dispone que los árbitros están investidos «transitoriamente» de la función de administrar justicia<sup>[23]</sup>. La existencia temporal del arbitramento está limitada a la resolución de la discrepancia<sup>[24]</sup>. Así, una vez se decide el caso, los árbitros pierden competencia para el ejercicio de funciones jurisdiccionales. En este sentido, «no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P. art 113)»<sup>[25]</sup>.

d) **Es un mecanismo excepcional.** No todos los asuntos que son competencia de los jueces pueden ser tramitados ante la justicia arbitral<sup>[26]</sup>. De hecho, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la ya citada Ley 1563 de 2012, o Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, el arbitramento solo permite solucionar controversias sobre asuntos de libre disposición de las partes. En consecuencia, «solo aquellos bienes jurídicos que puedan ser sujetos de transacción pueden someterse a este mecanismo, resultando inejecutables los pactos arbitrales que dispongan la inclusión de asuntos diferentes, como son aquellos relacionados con la garantía de los derechos fundamentales»<sup>[27]</sup>.

e) **Se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación.** Dado que en páginas posteriores la Corte dedicará un apartado al alcance

*jurisprudencial de este principio constitucional, por ahora basta con señalar que esta característica implica que la competencia de los árbitros se fundamenta en el acuerdo previo, libre y voluntario de las partes de no someter sus diferencias a la justicia estatal sino al arbitramento. Por ello la Corte ha entendido que la habilitación de los árbitros por la decisión de las partes es una exigencia constitucional que determina la procedencia de este mecanismo alternativo de solución de conflictos<sup>[28]</sup>.*

*4.4 En suma, el arbitramento es una institución reconocida por el artículo 116 de la Constitución, en el cual las partes enfrentadas deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero habilitado por ellas. Con fundamento en su definición constitucional, esta Corporación ha indicado que la justicia arbitral se caracteriza por ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos de naturaleza procesal, temporal, excepcional y voluntaria. (...)” (Subraya la Sala).*

De lo expuesto hasta el momento, y al revisar cuidadosamente el origen del pago realizado por GENSA S.A. E.S.P. a la Compañía Eléctrica Sochagota – CES - por potencia disponible tiene su razón de ser en un laudo arbitral, de manera que, independientemente de las situaciones que generaron ese laudo, como lo podían ser reajustes de precios de potencia, actualización de impuestos, bien sea de renta y complementarios, o de otra denominación, así como los mayores costos incurridos por concepto de impuestos; todo ese pago, tiene como fuente un laudo arbitral, que, según lo expuesto, es un fallo definitivo y vinculante para las partes; el cual tiene efectos de cosa juzgada, y, puede ser objeto de ejecución.

Ahora, debe igualmente tenerse presente que, el laudo arbitral, tiene su génesis en el contrato número 94.016 para el suministro de energía y disponibilidad de potencia, suscrito entre la Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P. y la Compañía Eléctrica de Sochagota S.A. E.S.P. y la cesión del mismo; donde la cláusula quinta es clara al establecer entre otros que, los precios por potencia, cubren todos los costos directos e indirectos de inversión, gastos financieros, impuestos, IVA, aranceles, entre otros; y, cualquier otro costo en el que se pueda incurrir; conviniendo las partes que, en caso de fuerza mayor o cambios en la legislación habrá un ajuste equitativo a el precio por potencia con vigencia para el resto del plazo del contrato; siendo esta la causa del pago adicional, que posteriormente da lugar al laudo arbitral.

También está claro que, el arbitramento es un proceso compuesto por varias etapas, igual que los procesos judiciales, sometido a todas sus etapas; y, ante todo, se equipara a un fallo judicial; de manera que, para los efectos que tiene

el mismo en este asunto, resulta inocuo desentrañar el detalle de lo que originó el laudo arbitral y el concepto de las sumas allí conciliadas; así como determinar qué ocurrió con el reajuste de precios, y, el detalle de éste; no es preciso estudiar los precios por potencia, ni que comprendían los mismos.

Así pues, tanto para este proceso, como para la actuación administrativa llevada a cabo por la DIAN, lo que debía interesar era que, la suma de dinero cancelada a CES, es que se hizo en virtud del cumplimiento de un laudo arbitral, que, como ya se dijo, es equiparable a una sentencia judicial; y no solo ello, sino que, ello tiene origen en el contrato número 94.016 para el suministro de energía y disponibilidad de potencia

Ahora bien, le DIAN rechazó el costo de ventas por \$1.389'199.101 considerando que, era el pago de impuestos de otra entidad, pero como ya se dijo, esa suma de dinero, es el resultado del pago de una suma de dinero consignada en un laudo arbitral; del cual se evidencia la relación causal con la actividad productora, originada en la cesión del contrato de EBSA a GENSA S.A. E.S.P., con la totalidad de las obligaciones y titularidad de derechos derivados del contrato 94.016 para el suministro de energía y disponibilidad de potencia.

También considera esta Sala que, el pago realizado en virtud del Laudo arbitral era necesario, toda vez que, se realizan en cumplimiento de éste, que resulta equiparable al cumplimiento de un fallo judicial, del cual no se podía abstraer, no lo podía discriminar de manera diferente; y, el cumplimiento del laudo, le permitía seguir desarrollando su actividad de suministro de energía.

Ahora, frente a la proporcionalidad, si bien es cierto que no es posible definir a que porcentaje de las ganancias, o ingresos de la demandante corresponde la suma pagada; si puede decirse que es proporcional por la magnitud y naturaleza del contrato cedido; y lo que debía hacerse para evitar el incumplimiento del mismo; para todo ello, bastaba con demostrar que la suma de dinero correspondía al pago de lo conciliado en un laudo arbitral; máxime si éste contempla un reajuste en la tarifa de disponibilidad por potencia, puesto que, si ésta no se pagaba, no se podía continuar con el contrato.

Por lo expuesto, y toda vez que la suma pagada se hizo en virtud de un laudo arbitral, y que, el cumplimiento del mismo era imperativo y obligatorio, para continuar con la prestación del servicio, puede concluirse que, la misma es deducible, por tener relación de causalidad con las actividades productoras de renta, que son necesarias y proporcionales de acuerdo con la actividad, como lo dispone el artículo 107 del estatuto tributario, prosperando este cargo de nulidad.

**8. ¿Se encuentran demostradas en este asunto las incapacidades pagadas por GENSA a empleados determinados?; y, en caso de ser así, ¿Las incapacidades pagadas a partir del tercer día, hacen parte del concepto de pagos laborales deducibles de renta?**

Sea lo primero precisar por parte de esta Sala que, en este cargo invocado por la parte demandante, ésta solo afirma que GENSA S.A. E.S.P. pagaba directamente a sus empleados los días de incapacidad, y que esas deducciones, cumplen los requisitos de necesidad, proporcionabilidad, y relación causal contempladas en una sentencia de unificación del Consejo de Estado en tal sentido.

Al revisar cuidadosamente las pruebas que reposan en el proceso, se encuentran unas hojas denominadas contabilización incapacidades desconocidas (Carpeta 002, 003 tomo I), las cuales contienen "*Casillas denominadas cuenta, contribuciones impuestos, incapacidades, gastos médicos, indemnizaciones; "saldos Niiif" Saldos Colga*"; y tenían algunos renglones sin diligenciar; y solo algunas casillas en ajustes fiscales y valor declaración completadas.

También se encuentra en el proceso un documento denominado "*relación de pagos incapacidades y licencias maternidad de paternidad de enero 01 a diciembre 30 de 2017*"; documento que contiene las casillas de número de identificación, nombres y apellidos, salario 2017, número de días de incapacidad, valor pagado incapacidad, EPS 66,67% o 100%, GENSA 33.33%; días que van desde 1 a hasta 51.

Por su parte, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo dispone con relación a la incapacidad por enfermedad no profesional lo siguiente:

**“Artículo 227. Valor de auxilio.** En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.”

A su vez, el artículo 206 de la ley 100 de 1993, dispone con relación a las incapacidades:

**“Artículo 206. Incapacidades.** Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras.

*Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”*

De igual manera, el parágrafo primero del artículo 3.2.1.10 del Decreto número 780 de 2016, mediante el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, vigente al momento de la declaración de renta presentada por el demandante, contempla:

*“Artículo 3.2.1.10 Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad. Durante los períodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, habrá lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período por el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso.  
(...)*

*Parágrafo 1. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente. En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral. Lo anterior tanto en el sector público como en el privado.”*

Ahora bien, en este caso, el demandante no precisa con claridad y especificidad a quienes de sus empleados se les pagó incapacidades superiores a tres días; así como tampoco demostró haber pagado directamente dichas incapacidades;

ni acreditó la solicitud de devolución de esta suma pagada a la respectiva E.P.S.; de manera que, hubiera lugar a la compensación de los pagos realizados en virtud de ello; pues si bien es cierto que la demandante tenía la obligación legal de pagar dichas incapacidades a sus empleados, también es obligación de las EPS hacer la devolución de esas sumas de dinero; lo cual no se acreditó en este proceso.

Basta lo expuesto, para considerar que, si no está demostrado el pago de incapacidades superiores a tres días por parte de GENSA S.A. E.S.P. a sus empleados, no hay lugar al estudio relacionado con la deducibilidad de las mismas respecto del impuesto de renta, de manera que este caso formulado no tiene vocación de prosperidad.

### **9. ¿La corrección presentada por la sociedad demandante con relación al Impuesto de Industria y Comercio, da o no lugar a la liquidación de sanción por corrección?**

La discusión en este punto se centra en, el rechazo por gastos de administración de cuenta 512009 del impuesto de industria y comercio, en virtud que, se aceptó la procedencia de una glosa por error involuntario, y se presentó corrección, ante lo cual al DIAN no la acepta, porque no se liquidó la sanción por inexactitud reducida por la corrección efectuada.

El artículo 644 del Estatuto Tributario vigente al momento de la declaración contempla:

**“Artículo 644. Sanción por corrección de las declaraciones. Cuando los contribuyentes, responsables o agentes retenedores, corrijan sus declaraciones tributarias, deberán liquidar y pagar una sanción equivalente a:**

**1. El diez por ciento (10%) del mayor valor a pagar o del menor saldo a su favor, según el caso, que se genere entre la corrección y la declaración inmediatamente anterior a aquella, cuando la corrección se realice después del vencimiento del plazo para declarar y antes de que se produzca emplazamiento para corregir de que trata el artículo 685, o auto que ordene visita de inspección tributaria.**

**2. El veinte por ciento (20%) del mayor valor a pagar o del menor saldo a su favor, según el caso, que se genere entre la corrección y la declaración inmediatamente anterior a aquella, si la corrección se realiza después de notificado el emplazamiento para corregir o auto que ordene**



visita de inspección tributaria y antes de notificarle el requerimiento especial o pliego de cargos.

**Parágrafo 1o.** Cuando la declaración inicial se haya presentado en forma extemporánea, el monto obtenido en cualquiera de los casos previstos en los numerales anteriores, se aumentará en una suma igual al cinco por ciento (5%) del mayor valor a pagar o del menor saldo a su favor, según el caso, por cada mes o fracción de mes calendario transcurrido entre la fecha de presentación de la declaración inicial y la fecha del vencimiento del plazo para declarar por el respectivo período, sin que la sanción total exceda del ciento por ciento (100%) del mayor valor a pagar o del menor saldo a favor.

**Parágrafo 2o.** La sanción por corrección a las declaraciones se aplicará sin perjuicio de los intereses de mora, que se generen por los mayores valores determinados.

**Parágrafo 3o.** Para efectos del cálculo de la sanción de que trata este artículo, el mayor valor a pagar o menor saldo a favor que se genere en la corrección, no deberá incluir la sanción aquí prevista.

**Parágrafo 4o.** La sanción de que trata el presente artículo no es aplicable a la corrección de que trata el artículo 589.” (Subraya la Sala)

De acuerdo con el artículo en mención, se desprende que, la sanción por corrección de las declaraciones dice corresponder al mayor valor a pagar, si ese mayor valor cambia, o si se genera un menor saldo a favor, hay lugar a liquidación de sanción.

Ahora, dentro del proceso reposa la corrección de la liquidación correspondiente al año gravable 2017 (documento 18 de la carpeta 03 de la carpeta 08 del expediente digital) en la que está en cero pesos (\$0) la casilla de sanciones y de saldo a pagar, y en saldo a favor la suma de \$8.569.401.000.

De igual manera en el requerimiento especial, aparece en total saldo a pagar en la privada y en el propuesto cero pesos (\$0); y, al revisar la liquidación oficial de revisión, aparece saldo a pagar, también en cero pesos (\$0).

Se debe precisar que, la corrección efectuada se hizo respecto del formulario anterior número, 1113605433420; y en ese formulario que se encuentra en el documento 11 de la carpeta 02 Folio I de la Carpeta 02 de la carpeta 08 del expediente digital, se advierte que, el valor a pagar es en cero pesos (\$0), y en saldo a favor la suma de \$8.569.401.000.

Ahora; el artículo 644 del Estatuto Tributario contempla la sanción por corrección de las declaraciones, en un equivalente del 10% o 20%, depende el

caso, correspondiente al mayor valor a pagar o menor saldo a favor; y, por una parte, tanto en la corrección, como en la declaración oficial aparece un valor a pagar de cero pesos (\$0); y en la liquidación previa a la corrección y en la corrección, aparecen ambas en cero pesos (\$0) valor a pagar, y, la misma suma de \$8.569.401.000 de saldo a favor.

Así las cosas, basta con revisar el contenido de la norma, de cara a las pruebas que reposan dentro del proceso, para concluir que, se debe liquidar sanción por corrección cuando hay mayor valor a pagar o un menor saldo a favor; y, en este caso, no hubo mayor valor a pagar, pues desde el inicio de la actuación administrativa, hasta la liquidación oficial el valor a pagar siempre ha sido cero pesos (\$0); y tampoco se advirtió menor saldo a favor entre la liquidación del formulario número 1113605433420 y la corrección presentada. De manera que, en este asunto no se dan los presupuestos necesarios para que el demandante presentara liquidación de sanción por corrección; prosperando este cargo presentado.

**10. ¿Era o no procedente la deducción del costo por potencia en dólares incluidas en la declaración del año gravable 2017, pese a que contablemente se encontraba en el 2018?**

Finalmente, se plantea la discusión relacionada con la declaración del año gravable 2017, la demandante expone que, si bien una factura fue recibida en el año 2018, en el documento contable de causación de cuentas se indica que corresponde a estados financieros del año 2017.

La DIAN expone que, la factura de venta 352 del 25 de septiembre de 2018, por valor de \$288.497.537,03 por concepto de potencia en dólar, fue contabilizada en cuentas por pagar del año 2018, haciendo improcedente la deducción en el año 2017.

Se evidencia por parte de esta Sala que, obra dentro del expediente la factura de venta número 320 de fecha 10 de abril de 2017, que tiene como concepto de disponibilidad de marzo de 2017, energía entregada en marzo de 2017, energía entregada por acuerdo en marzo, y, transferencia del sector electrónico para el cuarto trimestre de 2016, por generación de energía; por la suma de

cinco millones cuatrocientos setenta y tres mil doscientos noventa y siete dólares con cuarenta y seis centavos de dólar (5.473.297,46 \$USD).

También se encuentra la factura número 352 de septiembre 25 de 2018 que tiene como concepto el acuerdo de conciliación entre GENSA S.A. E.S.P. y CES; por la suma de seis mil noventa y cuatro millones ochocientos ochenta y un mil doscientos cuarenta y cuatro pesos con 00/100 dólares (6.094.881.244.00\$USD).

También se encuentra demostrado que, en el documento contable “*Causación Cuentas por Pagar*” No. 6539 de septiembre 27 de 2018 se incluye la factura 352 de septiembre 25 de 2018, la cual se discrimina en compras pendientes por facturar, prestación de servicios y potencia en pesos.

Ahora, para despejar este asunto, es necesario precisar que, en virtud del principio de causación, el ingreso se entiende causado cuando nace el derecho a exigir su pago, aunque no se haya hecho efectivo el cobro, y en tal sentido el Consejo de Estado<sup>3</sup> ha considerado que:

*“(...) De lo anterior se deduce que quien lleva contabilidad por el sistema de causación debe declarar el ingreso en el año gravable en que se realiza, es decir, en el momento en que nace el derecho a exigir su pago, aunque no se haya recibido efectivamente. Las expensas necesarias corresponden a los gastos que se generan de manera forzosa en la actividad productora de renta, de manera que sin tales gastos no se puede obtener la renta”.* (Subraya la Sala)

Con fundamento en lo anterior, esta Sala considera que, quien lleva contabilidad tiene la obligación de hacer los registros correspondientes al momento en que se realiza el negocio, sin importar el momento en que se efectúe el pago o se genere la factura; y, en este caso GENSA S.A. E.S.P. no se podía quedar sin incluir en sus cuentas por pagar, la factura número 352 de septiembre 25 de 2018 que tiene como concepto el acuerdo de conciliación entre GENSA S.A. E.S.P. y CES; y si bien es cierto ésta corresponde a septiembre de 2018, también es cierto que, por las particulares propias del negocio de la demandante, especialmente por el acuerdo conciliatorio en virtud del Laudo arbitral, que se llevó a cabo en julio del año 2012, con el acuerdo

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 12 de marzo de 2012. CP. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Rad. 63001-23-31-000-2004-00908-01(18172).

complementario de agosto de 2013; donde se fijaron los plazos de pago; de manera que, en este caso, perfectamente la operación económica de 2017, se pasó a la contabilidad de 2018 por haberse generado la factura ese año; sin que se haya demostrado que el demandante pretendió la deducción por dicho concepto en dos años consecutivos, como 2017 y 2018.

De manera que, si era procedente en este caso, la deducción del costo por potencia incluida en el año gravable 2017 con ocasión a la factura número 352 de septiembre 25 de 2018 pese a que contablemente, se encuentra en el 2018, porque GENSA S.A. E.S.P. No podía dejar sin incluir en su declaración las operaciones generadas en ese año, 2017, pues ese fue el momento en que nació el derecho a exigirse el pago; no necesariamente es el momento de facturación o del pago efectivo de la obligación; máxime, que se discriminó en compras pendientes por facturar, prestación de servicios y potencia en pesos; es decir, servicios y compras que se generaron en el año 2017, pues todas tienen esas fechas, pero que se factura en el año 2018.

Ahora, no encuentra esta Sala norma que contemple como improcedente la operación económica generada en el año 2017, que también se da tributariamente en ese mismo año, pero que, en virtud de la factura, se pasa contablemente al año 2018; máxime cuando en este caso, no hay duda que el pago tiene completa relación de causalidad, no sólo con la renta de la demandante en el año 2017, sino también con el desarrollo de su actividad productora de renta, que, como ya se dijo, tiene relación de causalidad, son necesarias y proporcionales, como lo define la jurisprudencia del Consejo de Estado mencionada en el desarrollo del numeral 7 de esta Sentencia; en cumplimiento además de un fallo, lo cual permite que pueda generarse el beneficio por ese concepto.

## **11. De la sanción por inexactitud**

El artículo 647 del Estatuto Tributario vigente para el caso dispone con relación a la sanción por inexactitud lo siguiente:

***“Artículo 647. Sanción por inexactitud. Constituye inexactitud sancionable en las declaraciones tributarias, la omisión de ingresos, de impuestos generados por las operaciones gravadas, de bienes o actuaciones susceptibles de gravamen, así como la inclusión de costos,***

deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos, inexistentes, y, en general, la utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las Oficinas de Impuestos, de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente o responsable. Igualmente, constituye inexactitud, el hecho de solicitar compensación o devolución, sobre sumas a favor que hubieren sido objeto de compensación o devolución anterior.

(...)

No se configura inexactitud, cuando el menor valor a pagar que resulte en las declaraciones tributarias se derive de errores de apreciación o de diferencias de criterio entre las Oficinas de impuestos y el declarante, relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos.

*Parágrafo. Las inconsistencias en la declaración del impuesto de renta y complementarios derivadas de la información a que hace referencia el parágrafo 1o del artículo 50 de la Ley 789 de 2002 sobre aportes a la seguridad social será sancionable a título de inexactitud, en los términos del presente Estatuto Tributario". (Subraya la Sala).*

De la norma transcrita se entiende que, habrá lugar a la sanción por inexactitud cuando exista omisión de ingresos, de impuestos generados por operaciones gravadas, de bienes o actuaciones susceptibles de gravamen, inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos inexistentes y en general, la utilización en las declaraciones de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto o saldo a pagar o un mayor saldo a favor para el contribuyente o responsable.

Sin embargo, el contribuyente se puede exonerar de la sanción cuando el menor valor a pagar se derive de errores de apreciación o diferencias de criterios entre la autoridad tributaria y el declarante, relativos a la interpretación del derecho aplicable, y siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos.

El Consejo de Estado<sup>4</sup> se ha pronunciado frente a la sanción por inexactitud en el siguiente sentido:

*"(...) Respecto del cargo de apelación de la entidad demandada en relación con la sanción por inexactitud, la Sala no comparte la decisión*

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 4 de noviembre de 2021. MP. Dra. Myriam Stella Gutiérrez Argüello. Rad. 63001-23-33-000-2018-00207-01(24754)

*del a quo de levantar la sanción por diferencia de criterios, pues lo primero que exige el artículo 647 en referencia, es que los hechos y cifras denunciados sean completos y veraces, siendo necesario que en el proceso exista una prueba que los corrobore en toda su magnitud; en segundo lugar, la citada norma requiere que el contribuyente demuestre que la interpretación de la norma en la que se subsume el hecho económico gravado y declarado es razonable<sup>[1]</sup>, es decir, que se encuentra sustentada en métodos o técnicas de interpretación legalmente aceptables. Nada de lo cual acontece en este asunto.*

(...)

*Adicionalmente, la discusión en sede administrativa se centró en el rubro de costos, en especial sobre una porción de estos (\$57.283.000 de compra de otros productos y \$21.279.000 por concepto de compra de gasolina extra) que no aparecían registrados en su contabilidad y sobre los cuales la parte actora no allegó prueba documental que justificara esas diferencias.*

*Esas razones llevan a la Sala concluir, que de las varias interpretaciones posibles de la norma, el demandante acogió aquella que no resultaba conforme con la finalidad de la misma, lo que se contraponen a un actuar exento de culpa que haga procedente el levantamiento de la sanción impuesta por la administración -aplicado al principio constitucional de favorabilidad-, la cual debe mantenerse y por consiguiente en este aspecto se revocará el fallo apelado. (...)*

En el presente asunto, se encuentra probado que, los pagos efectuados por GENSA a la Compañía Eléctrica Sochagota – CES - por potencial disponible fueron necesarias y proporcionales en los términos del artículo 107 del Estatuto Tributario; de igual manera que, la corrección presentada por la sociedad demandante con relación al Impuesto de Industria y Comercio, era válida y no había lugar a liquidarse sanción por corrección en ese caso; y que, era procedente la deducción del costo por potencia en dólares incluidas en la declaración del año gravable 2017, pese a que contablemente se encontraba en el 2018.

Ahora, no ocurre lo mismo con el tema de la deducción por incapacidades; pues, como se dijo en su momento, en este asunto no se encontraron demostrados dichos pagos, lo que hizo imposible determinar si eran o no deducibles de renta las que se hubieran pagado a partir del tercer día; y ese mero hecho, hace que, en este caso, no se incurra en una diferencia de criterios respecto de la norma aplicable o su interpretación; sino que, GENSA S.A. E.S.P. no ejerció una adecuada labor probatoria con relación a la existencia de pagos a los empleados por incapacidades superiores a tres días, de manera que, no se encuentran acreditados los presuntos errores de apreciación o diferencias de criterio, que necesariamente exigen la confrontación o cotejo de, al menos, dos

elementos disímiles o dispares; situación que no se observa en este caso; por lo que para esta Sala no hay lugar a exonerar al demandante de la sanción por exactitud impuesta por la DIAN.

Así pues, quedan completamente resueltos los cargos de nulidad presentados por la parte actora, prosperando los cargos de relacionados con el rechazo del costo de ventas de la cuenta 75102030401- potencia en pesos por \$1.389'199.101; rechazo de gastos de administración - cuenta 512009 – impuesto de industria comercio por valor de \$709'225.502; rechazo de costos cuenta 750102030402 – potencia en dólares por valor de \$288'497.537; sin ocurrir lo mismo, con los de deducción por pagos de incapacidades superiores a tres días, y la sanción por inexactitud; los cuales deben conservarse como fueron fijados en la declaración oficial.

Por lo considerado, en este caso, encuentra la Sala la prosperidad de los cargos antes referidos, por lo que, hay lugar a declarar la nulidad parcial de la liquidación oficial de revisión número 102412021000011 de 27 de julio de 2021; y, a título de restablecimiento de derecho, se declarará la firmeza de la declaración privada del impuesto de renta del año gravable 2017 presentada por Gestión Energética S.A. E.S.P. - GENSA S.A. E.S.P. en ambos casos, únicamente en lo relacionado con el rechazo del costo de ventas de la cuenta 75102030401- potencia en pesos por \$1.389'199.101; rechazo de gastos de administración - cuenta 512009 – impuesto de industria comercio por valor de \$709'225.502; rechazo de costos cuenta 750102030402 – potencia en dólares por valor de \$288'497.537; dejando en firme lo demás.

## **12. Costas**

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado<sup>5</sup> ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Una vez revisado el expediente, se advierte que la parte demandante intervino

---

<sup>5</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33- 000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

a través de apoderado judicial desplegando actuaciones útiles para la defensa de sus intereses, como la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión. Por lo tanto, se condenará en costas por concepto de agencias en derecho a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada. La liquidación del monto de las mismas se hará en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

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

### **Falla**

**Primero: Declarar la nulidad parcial de la liquidación oficial de revisión número 102412021000011 de 27 de julio de 2021** únicamente en lo relacionado con el rechazo del costo de ventas de la cuenta 75102030401-potencia en pesos por \$1.389'199.101; rechazo de gastos de administración - cuenta 512009 – impuesto de industria comercio por valor de \$709'225.502; rechazo de costos cuenta 750102030402 – potencia en dólares por valor \$288'497.537.

**Segundo: A título de restablecimiento de derecho**, declarar la firmeza de la declaración privada del impuesto de renta del año gravable 2017 presentada por Gestión Energética S.A. E.S.P - GENSA S.A. E.S.P. únicamente en lo relacionado con el rechazo del costo de ventas de la cuenta 75102030401-potencia en pesos por \$1.389'199.101; rechazo de gastos de administración - cuenta 512009 – impuesto de industria comercio por valor de \$709'225.502; rechazo de costos cuenta 750102030402 – potencia en dólares por valor de \$288'497.537; dejando en firme lo demás.

**Tercero: Negar las demás pretensiones** del demandante dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por **Gestión Eléctrica GENSA S.A. E.S.P.** contra la **DIAN**.

**Cuarto: Se condena en costas** a la parte demandada **DIAN** y en favor de la demandante GENSA S.A. E.S.P.



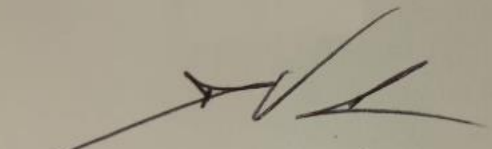
**Quinto:** Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

**Notifíquese y cúmplase**

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado

A. de Sustanciación: 047-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2021-00100-02  
Demandante: Luz Nelly Sánchez  
Atehortua  
Demandado: Fomag

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 15 de noviembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 15 de noviembre de 2022.

**La parte demandada** presentó recurso de apelación el 28 de noviembre de 2022, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Dohor Edwin Varón Vivas', written over a horizontal line.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

<b>Radicación:</b>	<b>17001 23 33 000 2021 00154 00</b>
<b>Clase:</b>	<b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>
<b>Demandante:</b>	<b>Noel Patiño Vega</b>
<b>Demandado:</b>	<b>Nación – Ministerio de Educación – FNPSM</b>
<b>Providencia:</b>	<b>Sentencia No. 48</b>

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido por el señor Noel Patiño Vega contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Al no encontrarse irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir la sentencia que finalice la instancia.

**I. Antecedentes.**

**1. Pretensiones.**

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, solicita:

*“1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo 4026-6 del 14 de diciembre de 2020, expedido por el Dr. (a) FABIO HERNANDO ARIAS OROZCO SECRETARIO DE EDUCACION Y CARLOS EDUARDO ARREDONDO MOZO PROFESIONAL ESPECIALIZADO PRESTACIONES SOCIALES DE LA SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTAL, frente a la petición presentada el día **16 DE OCTUBRE DE 2020**, en cuanto negó el derecho a la cancelación de la pensión de Jubilación a mi representado a los 55 años de edad, sin exigir el retiro definitivo del cargo docente, para efectuar la inclusión en la nómina de pensionados.*

*2. Declarar que mi representado, tiene derecho a que la NACION MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO DE PRESTACIONES*

*SOCIALES DEL MAGISTERIO DE CALDAS, reconozca y pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado (a), es decir a partir del 10 febrero de 2013.*

**3.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se realicen las siguientes:

**CONDENAS:**

1. Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE CALDAS, a que se me reconozca y pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas, anteriores al cumplimiento del status jurídico de pensionado (a), es decir a partir de **10 de febrero de 2013.**

2. Que se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE CALDAS, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo Administrativo y de lo Contencioso (C.P.A.C.A.).

3. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas.

4. Condenar costas a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DE CALDAS al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.

[...]

**2. Hechos.**

La parte actora fundamentó sus pretensiones en los hechos que se narran a continuación:

El docente Noel Patiño Vega nació el 10 de febrero de 1958, por lo que en la actualidad tiene más cincuenta y cinco (55) años de edad.

Laboró como docente con nombramiento en propiedad realizado por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas el día 23 de septiembre de 1980 y hasta el 30 de abril de 1983. Posteriormente, fue vinculado por orden de prestación de servicios, - *Autorización N°224 del 29 de enero de 1993* -, por la Secretaría de Educación Departamental de Caldas como docente en el municipio de Palestina- Caldas desde el día 01 de febrero de 1993; y seguidamente vinculado por *reconocimiento*, mediante la modalidad de *soluciones educativas*, hasta el 20 de noviembre de 1993. Después, el demandante fue vinculado por *reconocimiento*, en servicios técnicos de la Secretaría de Educación Departamental de Caldas desde el 07 de febrero al 30 de noviembre de 1994.

También fue vinculado como docente en la institución educativa *Colegio Fusionado de la*

*Sagrada Familia* en Palestina Caldas, a través de contrato departamental (**jornada nocturna**), del 17 de febrero al 20 de noviembre de 1993. Y por medio de contrato municipal (**jornada nocturna**): del 04 de febrero al 30 de noviembre de 1994; del 23 de marzo al 30 de noviembre de 1995; del 01 de febrero al 31 de diciembre de 1996; del 05 de febrero al 31 de diciembre de 1997; del 01 de febrero al 30 de noviembre de 1998. Y por contrato con *Cooperativa Los Libertadores* (**jornada nocturna**); del 01 al 30 de noviembre de 1999; del 01 de febrero al 30 de noviembre del 2000; y del 04 de febrero hasta el 29 de noviembre del 2001.

El demandante, igualmente, fue vinculado por orden de prestación de servicios - *Autorización N° 1088 del 18 de marzo de 2002* -, en la Secretaría de Educación Departamental de Caldas como docente en La institución educativa *Escuela Rural Buena Vista* en Palestina - Caldas hasta el 30 de diciembre de 2002.

Una vez surtidos todos los trámites para el nombramiento, fue vinculado a la docencia oficial el 21 de junio de 2005 y hasta la fecha de presentación de esta demanda, se desempeña como docente oficial en esta entidad.

Al completar los 55 años de edad y los 20 años de servicio oficial, solicitó la pensión ordinaria de jubilación a la Nación-Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, para que le fuera reconocida a partir del 10 de febrero de 2013, fecha en la que completó el status jurídico de pensionado.

Por medio del acto administrativo demandado, se otorgó respuesta negativa a la petición realizada el 16 de octubre de 2020.

### **3. Normas violadas y concepto de violación.**

Ley 33 de 1985, Artículo 1, Inciso 2.

Ley 91 de 1989, Artículo 15 Numerales 1 y 2.

Ley 60 de 1993. Artículo 6.

Ley 115 de 1993. Artículo 115.

Ley 100 de 1993. Artículo 279.

Ley 812 de 2003. Artículo 81.

Decreto 3752 de 2003. Art. 1 y 2.

Aduce que para los servidores públicos docentes vinculados después de 1990, se unificó el régimen de prestaciones económicas y sociales con el resto de empleados públicos del orden nacional. En el tema de pensiones entonces, hasta el año de 1989, solo se expidieron tres

disposiciones normativas que atañen a la pensión de jubilación ordinaria de los docentes, esto es, la ley 6a de 1945, la ley 33 de 1985 y la 91 de 1989. Posteriormente el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, estableció:

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

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

En este sentido, a los docentes vinculados con anterioridad al año 2003 se les aplica las normas anteriores a la expedición de la Ley 812, es decir la Ley 33 de 1985 como servidores públicos regulares, o si se trataba de docentes que tenían aportes al sector privado, la ley 71 de 1988 para la pensión por aportes. En este orden de ideas, precisa que a los servidores públicos docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el reconocimiento se les efectuará de conformidad con el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes. Para aquellos maestros vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les reconocerá una pensión de jubilación bajo el régimen general pensional del sector público establecido en las normas vigentes. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial al 23 de junio de 2003, es el establecido para el magisterio en las normas vigentes antes de la entrada en vigencia la Ley 812 de 2003.

Aduce que el demandante se vinculó al servicio docente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es, antes del 26 de junio de 2003 y por lo tanto, se rige por la Ley 91 de 1989 en lo referente al régimen pensional. Sin perjuicio de lo anterior, toda vez que la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que el régimen de los docentes corresponde al mismo que se aplica a los empleados públicos del orden nacional, las prerrogativas que regulan las pensiones de invalidez y jubilación en el presente asunto se encuentran señaladas por la Ley 33 de 1985 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

#### **4. Contestación de la demanda.**

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Adujo, además, que unos hechos son ciertos y que otros no lo son, o no le constan.

Propuso como excepciones las que denominó:

- *"Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad"* pues se profirieron en estricto cumplimiento de las normas legales vigentes y aplicables al caso del demandante, sin que se encuentre vicio de nulidad alguna.

- “Factores salariales que integran el ingreso base de liquidación – sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado” para lo cual cita las reglas fijadas mediante Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-19 del veinticinco (25) de abril de 2019, proferida dentro del radicado No. 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-17), de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Doctor César Palomino Cortés, en virtud de las cuales, la aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente; sentencia que recalca, tiene efectos retrospectivos en la medida en que se aplica a aquellos asuntos que se encontraren en discusión en sede administrativa o judicial y por tanto no cuenten con sentencia ejecutoriada y efectos de cosa juzgada.

- “Improcedencia de condena en costas” al estimar que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, por lo que, en ausencia de su comprobación, las mismas no proceden. Considera que en el sub lite, los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente del proceso recurrido. De igual manera, entiende que para la condena en costas debe probarse la mala fe de la entidad demandada.

- “Excepción genérica”.

## **5. Audiencia inicial.**

Se prescindió de esta etapa procesal de conformidad con el artículo 182A de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el CPACA.

## **6. Alegatos de conclusión.**

### **6.1. Parte demandante.**

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

### **6.2. Parte demandada.**

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, esto es, que al demandante se le deben aplicar las disposiciones establecidas en la Ley 812 de 2003.

## **7. Concepto del Ministerio Público.**

No rindió concepto.

## **II. Consideraciones de la Sala**

Solicita la parte demandante en este proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido contra la Nación – Ministerio de Educación - FNPSM, que por esta Corporación

se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual se negó la pensión de vejez a la edad de 55 años y 20 años de servicio, de conformidad con la Ley 33 de 1985; y sin que se exija el retiro definitivo del servicio para gozar de la prestación vitalicia.

La entidad demandada, por su parte, se opone a las pretensiones de la demanda pues según dice, el acto de reconocimiento pensional se encuentra ajustado a derecho comoquiera que la norma aplicable es la Ley 812 de 2003, en tanto y comoquiera que la vinculación del demandante al servicio docente oficial se efectuó con posterioridad a la vigencia de dicha ley; luego entonces, la misma se encuentra regida por lo dispuesto en el Régimen General de Pensiones (Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003).

## **1. Problemas Jurídicos.**

**1.1.** ¿El tiempo de servicio que acredita el demandante debe ser estimado para entender que su vinculación al magisterio fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003?

**1.2.** ¿Cuál es el régimen legal aplicable a la situación pensional del demandante?

## **2. Marco legal y jurisprudencial aplicable en el *sub examine*.**

### **2.1. De la vinculación al servicio docente.**

El docente, como el profesional dedicado a la enseñanza a cargo del Estado en los diversos niveles de la educación, corresponde a un verdadero empleado público de naturaleza especial, que tiene una relación laboral legal y reglamentaria, que se vincula a través de acto administrativo emitido por la autoridad nominadora competente, y que debe tomar posesión de su cargo, conforme lo disponen los artículos 1º y 4º del Decreto Ley 2400 de 1968, en concordancia con el artículo 3º del Decreto Ley 2277 de 1979.

En cuanto al tiempo de servicio y al tipo de la vinculación requerida para tener derecho a la pensión, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha señalado respecto de su prueba:

*«En principio, para efectos de la PENSIÓN DE JUBILACIÓN (DOCENTE) se deben analizar los tiempos de servicio que acrediten los educadores teniendo en cuenta varios datos trascendentales, año por año (porque es posible que un tiempo le sirva para la prestación y otro no), a saber: EL CARGO DESEMPEÑADO (maestro de primaria, profesor de Normal, inspector de primaria, etc.) LA DEDICACIÓN (tiempo completo, medio tiempo, hora cátedra, etc.), LA CLASE DE PLANTEL donde desempeñó su labor (Normal, Industrial, Bachillerato, etc.), así como EL NIVEL DE VINCULACIÓN DEL CENTRO EDUCATIVO A LAS ENTIDADES POLÍTICAS (Nacional, nacionalizado -a partir de cuándo- Departamental, Distrital, Municipal, etc.). La época del trabajo realizado (año, con determinación clara y precisa de la iniciación y terminación de la labor) es*



*fundamental de conformidad con las leyes especiales que rigen esta clase de pensión y la Ley 91 de 1989. La sola mención de la fecha de nombramiento no es prueba de la iniciación –desde ese momento- del servicio y la cita de la fecha de un acto de aceptación de renuncia debe ir acompañado del dato desde cuando produjo efectos, para poder tener en cuenta realmente el tiempo de servicio. Los certificados que se expidan para acreditar estos requisitos deben ser precisos en los datos fundamentales que exigen las leyes especiales que regulan esta clase de pensión<sup>1</sup>.»*

Esta línea ha sido mantenida por la Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado, destacándose las siguientes consideraciones:

*«Es necesario precisar respecto de los certificados docentes para la pensión, como ya se ha dicho por esta Subsección, estos pueden ser expedidos por los mismos directivos de los centros educativos donde trabajaron los educadores y en ellos deben establecerse con claridad el cargo desempeñado, la dedicación, la clase de plantel y el nivel de vinculación del centro educativo a las entidades públicas; dichos certificados servirán de base para expedir otros en forma correcta, tal como se verifica que ocurrió en el caso del demandante pues el Secretario General de la Alcaldía municipal de La Cruz (Nariño) certificó el lapso de trabajo incluyendo el periodo comprendido del 19 de enero de 1981 al 13 de julio de 1983 en el que el docente estuvo vinculado como interino en la Escuela Rural Mita de la Laguna<sup>2</sup>.»*

Entonces, lo importante de la prueba del tiempo de servicios y de la vinculación, no es la denominación que se le dé, ni la forma que adopte, sino el contenido de la información puntual que ofrezca alrededor del tipo de nombramiento, la autoridad que lo hace, la institución educativa a la que prestará los servicios, su naturaleza, y por supuesto los extremos temporales.

Así también, en lo que respecta a la presunción de la existencia de una relación laboral en cuanto a la función de docente, el órgano de cierre de esta jurisdicción mediante sentencia del 6 de mayo de 2010, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve<sup>3</sup>, dijo:

*«Las entidades territoriales iniciaron la práctica de contratar los servicios de los denominados "docentes temporales", ante la imposibilidad de vincularlos oficialmente a las plantas de personal, ya que la legislación que estaba vigente prohibía crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria con cargo al presupuesto estatal.*

*Por ello, al estudiar la Corte Constitucional la demanda de inexecutable, entre otros, del artículo 6º de la Ley 60 de 1993, referente a la administración de las plantas de personal docente, estableció que cuando se trata del desempeño de funciones docentes, éstas no se pueden adelantar a través de contratos de prestación de servicios, porque siempre se predica del ejercicio de dichas actividades la subordinación o dependencia propias de la relación laboral. Corrobora lo anterior, el objetivo de la labor docente que consagra el artículo 104 de la Ley General de Educación (115 de 1994) al prever que "El educador es el orientador en los establecimientos educativos,*

---

<sup>1</sup> Sentencia del 19 de enero de 2006, Expediente 6024-05, Consejero Ponente Tarsicio Cáceres Toro.

<sup>2</sup> Sentencia del 14 de noviembre de 2015, expediente 2636-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>3</sup> Sentencia del 6 de mayo de 2010, exp. 1883-08, CP Gerardo Arenas Monsalve.

*de un proceso de formación, enseñanza y aprendizaje de los educandos [...]”; situación que implica que la labor docente no es independiente, sino que es un servicio que se presta en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación, que no es posible encubrir mediante contratos de prestación de servicios.*

*(...) En conclusión, la existencia de la relación laboral con los docentes contratistas se presume, sin que ello implique que dicho funcionario de hecho tenga los mismos derechos y obligaciones de los empleados públicos sujetos a un específico régimen legal y reglamentario, una planta de personal y la disponibilidad presupuestal correspondiente.»*

Ahora bien, en cuanto a la prueba del desempeño del servicio docente, el Consejo de Estado a través de sentencia del 10 de marzo de 2016<sup>4</sup>, argumentó lo siguiente:

*«De igual manera, debe precisarse que para esta Sala no es de recibo el argumento trazado por el Tribunal Administrativo de Nariño en la sentencia de primera instancia, según el cual para el cómputo del tiempo de servicio docente solo se tendrían en cuenta los tiempos demostrados por medio de actos administrativos de nombramiento, actas de posesión e historial laboral, descartando de plano documentos como (i) las copias de las certificaciones del record de trabajo del demandante expedidos por los diferentes Alcaldes Municipales de El Tablón, Nariño; y (ii) la copia del Formato Único para la expedición de Certificado de Historia Laboral de Fiduprevisora S.A.*

*Lo anterior, por cuanto en el caso sub judice no es aplicable lo consagrado en el artículo 7 de la Ley 50 de 1886<sup>9</sup>, pues dicho precepto expedido en vigencia del antiguo sistema de tarifa legal para la valoración de la prueba, resulta contrario al principio in dubio pro operario.*

*Ahora bien, es por ello entonces que lo que resulta aplicable al caso concreto es lo establecido en el Código General del Proceso, sobre la eficacia probatoria de los documentos públicos<sup>10</sup>, toda vez que resulta más favorable aplicar esta disposición que aquella, ya que lo consagrado en la Ley 50 de 1886, limita al trabajador a probar determinados hechos (empleos desempeñados) a través de una única prueba, los actos administrativos de nombramiento, a diferencia de los estatutos procesales posteriores que contienen regulación sobre pruebas y permiten la demostración de tales hechos con otros documentos<sup>11</sup>.»*

De manera más reciente y haciendo referencia a la pensión de vejez propiamente dicha, el Consejo de Estado<sup>5</sup> puntualizó:

*En el sub lite, se tiene que si bien es cierto que el demandante tuvo una vinculación laboral con posterioridad a la Ley 812 de 2003, también lo es que no es dable desconocer los tiempos de servicios prestados, como docente nacionalizado, antes de que empezara a regir tal normativa, máxime cuando para el 27 de junio de 2003 había acumulado 18 años, 5 meses y 16 días de labor (entre el 19 de agosto de 1978 y el 28 de enero de 1997).*

*Por lo tanto, al vincularse nuevamente al servicio oficial docente el 16 de febrero de 2009, haber acumulado más de 20 años de servicios en condición*

<sup>4</sup> Sentencia del 10 de marzo de 2016, exp.2604-14, CP Gabriel Valbuena Hernández.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 66001-23-33- 000-2017-00470-01(3514-19)

*de maestro estatal y adquirido la edad pensional prevista en la Ley 33 de 1985, resulta contrario a los principios de equidad, justicia social y pro homine, así como a los tratados internacionales atañedores a estos<sup>13</sup>, desconocer que el accionante había laborado como profesor en el sector público antes de la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, máxime cuando de tal norma se infiere que su aplicación es para los nuevos docentes vinculados durante su vigencia, mas no para los que con anterioridad fueron nombrados en dicha condición<sup>14</sup>.*

De esta manera, la línea jurisprudencial actual sobre el reconocimiento de la pensión es clara y pacífica alrededor de la importancia del tiempo de servicio como su referente, sin importar si es continuo o discontinuo, ni su modo de vinculación, comoquiera que el texto normativo lo que dispone para esa fecha es el límite máximo para que el educador se vincule, siendo viable que haya sido con antelación a la mencionada calenda, sin exigir el tipo de vinculación.

También es de la mayor importancia afirmar conforme a lo anterior, que el tiempo requerido viable para el reconocimiento de la pensión, no sólo es aquel que se deriva de las relaciones regulares y en titularidad, pues, tal como hemos visto, modalidades de vinculación como los nombramientos en provisionalidad e inclusive el ejercicio de la docencia por horas cátedras o por contratos de prestación de servicio, resultan válidos en el entendido que se trata de una prestación cimentada en la prestación efectiva de labores de educador.

Adicionalmente, esta conclusión halla respaldo en la sentencia de unificación CESUJ2 No. 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado<sup>6</sup>, en la cual se precisó que:

*«[...] la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual, en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado. [...]».*

## **2.1. Régimen Pensional de los Docentes Estatales.**

Sea lo primero indicar que, antes de la organización del Sistema General de Pensiones establecido con la Ley 100 de 1993, existían en el ordenamiento jurídico pluralidad de regímenes pensionales, a los que hizo referencia la Corte Constitucional en sentencia SU-130 de 2013<sup>7</sup> y que se pueden abreviar así:

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Segunda. Sentencia de Unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016. Rad.: 23001233300020130026001 (00882015).

<sup>7</sup> Referencia: Expedientes T-2.139.563, T-2.502.047, T-2.532.888, T-2.542.604, T-2.900.229, T-3.178.516, T-3.184.159, T3.188.041, T-3.192.175 y T-3.250.364; M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; sentencia del 13 de marzo de 2013.

- El de los trabajadores particulares no afiliados al ISS<sup>8</sup>, cuyo régimen pensional aplicable era el del **artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo** (hoy derogado por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993).
- El de los *trabajadores particulares afiliados al ISS (excepcionalmente a trabajadores oficiales)*, cuyo régimen pensional era el **Acuerdo 049 de 1990**, aprobado mediante el Decreto 758 del mismo año.
- El de los *servidores públicos en general* (empleados públicos y trabajadores oficiales), del nivel nacional y territorial, excepto los destinatarios de normas especiales, cuyo régimen pensional fue la **Ley 33 de 1985**.
- El de los *trabajadores que hubieran cotizado al ISS y a Cajas de previsión del sector público*, pero que no reunían el requisito de tiempo de servicios para pensionarse conforme al Acuerdo 049 de 1990 o la Ley 33 de 1985, según el caso, a quienes se les aplicaba el régimen pensional establecido en la **Ley 71 de 1988**.

Igualmente, existen otros regímenes especiales de pensión dentro del sector público, anteriores a la Ley 100 de 1993, como el de los congresistas, la rama judicial y el ministerio público, entre otros; regímenes que siguen produciendo efectos jurídicos para los destinatarios del régimen de transición creado por la misma norma.

Es de aclarar, respecto de los docentes oficiales, que a pesar de lo preceptuado por el Estatuto Docente (Decreto ley 2277 de 1979), en el sentido de que los educadores oficiales tienen el carácter de empleados oficiales de régimen especial, esto únicamente es aplicable en lo relacionado con las materias que regula el mencionado Estatuto, es decir, que en lo que remite a la pensión ordinaria de jubilación no ostentan ningún tratamiento especial, pues aunque son servidores públicos con régimen especial, en lo atañedor a pensiones no gozan de dicha particularidad.

Mediante la Ley 91 del 29 de diciembre de 1989, se dispuso la creación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuya finalidad, entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de sus afiliados, esto es, de los docentes oficiales. Esta ley establece en su artículo 1º, la siguiente clasificación de sus afiliados:

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

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

---

<sup>8</sup> Creado con la Ley 90 de 1946.

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

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

*Parágrafo - Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.”*

En relación con los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el artículo 5 de la citada norma, teniendo en cuenta el proceso de nacionalización de la educación oficial adelantado en el país mediante la Ley 43 de 1975, dispuso que quedarían automáticamente afiliados al Fondo, los docentes nacionales o nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de la misma, esto es, 29 de diciembre de 1989 y, de igual forma, el personal vinculado con posterioridad, siempre que cumpliera los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.

La Ley 812 de 2003 estableció que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraran vinculados al servicio público educativo oficial con anterioridad al 27 de junio de 2003 -fecha de entrada en vigencia de la mencionada norma<sup>9</sup>-, es el establecido en las disposiciones vigentes a ese momento, y que aquellos docentes que se vinculen a partir de la aludida fecha tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media con prestación definida establecidos en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, esto, en los siguientes términos:

**“Artículo 81. Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2341 de 2003, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 3752 de 2003. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.**

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

Así, los docentes que se hubieren vinculado al servicio público educativo antes del 27 de junio de 2003 -fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003- podrán beneficiarse del régimen prestacional establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada ley, es decir, las señaladas en la Ley 91 de 1989; entretanto, los vinculados al servicio educativo a partir de dicha norma, se encuentran incursos en el régimen pensional de prima media con prestación definida

<sup>9</sup> Publicado en el Diario Oficial No. 45.231 de junio 27 de 2003

establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, criterio que fue ratificado por el párrafo transitorio 1º del Acto Legislativo 001 de 2005, con la salvedad de que el requisito de la edad para pensionarse será de 57 años para hombres y mujeres. Dicha norma dispuso:

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

La Ley 91 de 1989 señaló en su artículo 15:

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

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

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

2.- *Pensiones:*

*Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación. **Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-489 de 2000, siempre y cuando se entienda que las situaciones jurídicas particulares y concretas que se hubieran consolidado antes de entrar en vigencia la ley 91/89, esto es, antes del 29 de diciembre de 1989, quedan a salvo de la nueva normatividad por cuanto constituyen derechos adquiridos que el legislador no podía desconocer.***

A. *Para los **docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de Ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional**».* (Negrillas y subrayas de la Sala).

A tono con lo argumentado, es claro que la Ley 812 de 2003 consagró un límite para la aplicación de las normas que en materia prestacional tienen como destinatarios a los docentes oficiales, límite que se sujeta a la fecha de vinculación al servicio docente oficial, para el momento en que entró en vigencia dicha ley, esto es, a partir del **27 de junio de 2003**, así:

- Para los docentes vinculados al servicio estatal **antes del 27 de junio de 2003**, el régimen pensional será el contenido en la Ley 91 de 1989, que a su vez deriva en la Ley 33 de 1985 o en la Ley 71 de 1988, según el caso; y
- Para los docentes oficiales vinculados a partir del 27 de junio de 2003, el régimen pensional será el general de las Leyes 100 de 1993, 797 de 2003 y las demás que lo regulen, pero con el requisito de la edad unificado en 57 años para hombres y mujeres.

La parte demandante solicita que se le reconozca la pensión de jubilación a los 55 años de edad a la que estima tiene derecho, con fundamento en las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985, norma que consagra en su artículo 1°:

*“El **empleado oficial** que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) 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.”*

### **2.1.1. Ingreso Base de Liquidación**

En este punto, considera la Sala relevante señalar respecto del Ingreso Base de Liquidación -IBL- que gobierna el sector docente, que el mismo se encuentra definido igualmente en el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través de Sentencia de unificación de jurisprudencia del **28 de agosto de 2018**<sup>10</sup>, emitida en virtud de lo dispuesto en los artículos 111 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El actual criterio constitutivo de precedente jurisprudencial, en el tema de docentes nacionales vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 –cuando entró en vigencia la Ley 812 de 2003-, apunta a señalar que les resultan aplicables las normas vigentes para los servidores del sector público nacional y sus pensiones están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual se rigen por la Ley 33 de 1985, *“Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”*; igualmente indicó que los docentes afiliados

---

<sup>10</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Consejero Ponente: César Palomino Cortés; Bogotá D.C., agosto veintiocho (28) de dos mil dieciocho (2018); Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01; Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

a dicho Fondo se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y que, por lo mismo, no es en razón del régimen de transición de esta última Ley que se les aplican las Leyes 33 y 62 de 1985, sino en razón de su vinculación a la docencia oficial con anterioridad a la mencionada Ley 812 de 2003.

### 2.1.2. Factores Salariales de Liquidación

Este Tribunal venía aplicando el criterio jurisprudencial contenido en pronunciamiento de unificación reiterado del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, de fecha 4 de agosto de 2010<sup>11</sup>, conforme al cual los factores base de liquidación pensional enlistados en las normas especiales como en este caso la Ley 33 de 1985, no es taxativa sino enunciativa y permite el cómputo de emolumentos laborales que recibe el servidor de manera habitual y periódica aunque no hayan sido base de cotización, en aplicación de los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

Posteriormente, el Tribunal consideró aplicar el precedente jurisprudencial vinculante contenido en la **Sentencia de Unificación SU-395 de 2017**<sup>12</sup> emitida por la Corte Constitucional, en la cual, por una parte, se abordó nuevamente el tema del ingreso base de liquidación (IBL) y se ratificó que tal concepto no está incluido en los parámetros aplicables al reconocimiento de las pensiones regidas por normas anteriores a la Ley 100 de 1993 en virtud del régimen de transición, y, por otra parte, **se señaló que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto sólo deben incorporarse aquellos sobre los cuales hayan sido realizados los aportes al sistema de seguridad social, lo que explica que su contenido resulte aplicable al sector docente.** El citado fallo indica lo que a continuación se transcribe:

*“...Examinadas estas aproximaciones en contraste con la jurisprudencia constitucional elaborada en la materia, la Sala Plena consideró en términos generales que, de conformidad con lo decidido en las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a los beneficiarios del régimen de transición se les debe aplicar el ingreso base de liquidación (IBL) establecido en el artículo 21 y el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, el que corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento pensional, debido a que es la interpretación normativa que mejor se ajusta a los principios constitucionales de equidad, eficiencia y solidaridad del artículo 48 Superior, a la cláusula de Estado Social de Derecho, y que evita los posibles casos de evasión y fraude al sistema. En ese contexto, resaltó que la liquidación de pensiones de regímenes especiales no puede incluir todos los factores salariales, en tanto solo deben incorporarse aquellos que sean directamente remunerativos del servicio sobre los cuales los beneficiarios hayan realizado los correspondientes aportes. Interpretación que, según pudo constatarse, ha sido reafirmada por la propia Corte Constitucional en las providencias T-078 de 2014, A-326 de 2014, SU-230 de 2015, T-060 de 2016, SU-427 de 2016*

<sup>11</sup> Expediente 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09)20, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila

<sup>12</sup> Sentencia de unificación Su- 395 del 22 de junio de 2017. I. Expediente T-3358903AC -M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez



*y SU-210 de 2017, en las que se ha dejado en claro que el modo de promediar la base de liquidación no puede ser la estipulada en la legislación anterior, en razón a que el régimen de transición solo comprende los conceptos de edad, monto y semanas de cotización y excluye el ingreso base de liquidación. (Negrillas y subrayas de la Sala)*

Finalmente, frente al tema de factores salariales a tener en cuenta para efectos de liquidarla pensión, el Pleno del Consejo de Estado, en providencia emitida con fines de unificación—citada líneas atrás— consideró 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. Frente al particular consideró la Corporación: *“101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social.”*

La referida posición tiene relación con lo dispuesto en la reforma constitucional introducida a través del **Acto Legislativo No. 01 de 2005**, que adicionó el artículo 48 Superior y en el cual se estableció un límite en materia de inclusión de factores como ingreso base de liquidación de la mesada pensional, comoquiera que la aludida norma constitucional dispuso en su artículo 1º que: *“Para la liquidación de las pensiones **sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.** (...)”* como igualmente lo resaltó la Corte en la sentencia de unificación **395 de 2017**, interpretación que sostuvo igualmente este Tribunal en sus más recientes decisiones, al preferirse aquella interpretación que la haga surtir efectos (efecto útil) a la norma constitucional y no la que la despoja de tal condición por el carácter normativo de la Constitución (art. 4 CP).

Sobre el particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con miras a unificar su jurisprudencia sobre el particular precisó:

*“(...) La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.*

*102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano,*

*cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.*

*103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.*

Ahora bien, a los docentes nacionales vinculados con anterioridad al 27 de junio de 2003 – cuando entró en vigencia la Ley 812 de 2003-, se les aplican las normas vigentes para los servidores del sector público nacional y sus pensiones están a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, razón por la cual se rigen por la Ley 33 de 1985, «*Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público*»; de otro lado, los docentes afiliados a dicho Fondo se encuentran exceptuados de la aplicación de la Ley 100 de 1993 y por lo tanto, no es en razón del régimen de transición de esta última Ley que se les aplican las Leyes 33 y 62 de 1985, ni la Ley 71 de 1988, sino en razón de su vinculación a la docencia oficial con anterioridad a la mencionada Ley 812 de 2003. No obstante, frente al tema de los factores que hacen parte de la liquidación, el mismo se encuentra zanjado, en los términos del precedente emitido por las altas Cortes –Consejo de Estado y Corte Constitucional- conforme los cuales sólo pueden liquidarse las pensiones de cualquier régimen con los factores salariales que sirvieron de base a los aportes de seguridad social en pensión, en tanto tal restricción fue prevista para todos los regímenes pensionales.

Frente a la fuerza vinculante de estas providencias<sup>13</sup>, el Tribunal conserva su postura respecto del carácter de precedente judicial de los órganos de cierre ordinario y de lo contencioso administrativo, en el sentido que tales precedentes jurisprudenciales deben respetar la interpretación vinculante que efectúe la Corte Constitucional, “*la cual es prevalente en materia de interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución en general*”<sup>14</sup>, motivo por el cual, las autoridades administrativas y judiciales al emitir una decisión de su competencia no solo deben tener en cuenta el precedente judicial de su respectivo superior jerárquico sino que de manera análoga deben tener en cuenta de manera preferente y prevalente los pronunciamientos del Máximo Órgano Constitucional “*que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad*”<sup>15</sup>.

Por los razonamientos expuestos, a quienes pretendan la liquidación de la pensión, **sólo les serán tenidos en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado**

<sup>13</sup> Argumento desarrollado mediante providencia de este Tribunal, M.P. doctora Paola Andrea Gartner Henao. Sentencia proferida el treinta y uno (31) de agosto de dos mil diecisiete. Referencia: Radicación: 66001-23-33-000-2016-00439-00; medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-539 de 6 de julio de 2011 M.P. doctor Luís Ernesto Vargas Silva.

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-816 de 1º de noviembre de 2011 M.P. doctor Mauricio González Cuervo

**las cotizaciones**, criterio que resulta acorde con lo dicho por el Consejo de Estado en reciente proveído que ha sido traído a cita, dando así, aplicación no solo al precedente del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sino también al carácter vinculante del precedente Constitucional<sup>16</sup> contenido en la sentencia SU-395 de 2017, y no menos importante, al contenido del acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 Superior.

Los factores de salario sobre los cuales se efectúa la liquidación de la pensión de jubilación del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no son otros que los previstos en la Ley 33 de 1985, conforme quedó analizado en el primer punto de este capítulo.

Es así que la Ley 33 de 1985 «*Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público*», en su artículo 3º, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 del mismo año, dispone lo siguiente sobre los factores salariales que constituyen la base de liquidación pensional:

**«Artículo 1º.** *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes»* Subrayado y negrilla de la sala.

### 3. Derecho pensional reclamado en el caso concreto

Solicitó la parte actora en el libelo introductorio que se declare la nulidad parcial del acto administrativo por medio del cual se le negó el reconocimiento de la pensión de vejez a la edad de 55 años, con base en la Ley 33 de 1985; razón por la cual requirió que a título de restablecimiento del derecho se condene al Fondo Nación de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la pensión de vejez y/o jubilación a partir del 10 de febrero de 2013, con base en el 75% del promedio de los factores salariales devengados por el demandante durante el último año de servicio.

En el asunto bajo examen, el plenario probatorio da cuenta que el señor Noel Patiño Vega realizó cotizaciones al sistema de seguridad social desde el 23 de septiembre de 1980 y de

---

<sup>16</sup> A propósito del artículo 10º de la ley 1437 de 2.011, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del precepto normativo, bajo el entendido que sus sentencias eran de aplicación prevalente –esto es las sentencias de la Corte Constitucional-, tanto en control abstracto de constitucionalidad, como en control concreto. Sentencia C-634/11.

conformidad con las certificaciones laborales, se evidencia que laboró como docente en los siguientes períodos:

Plantel Educativo	Tipo de vinculación	Acto Administrativo	Fecha inicial	Fecha final	Total tiempo laborado
Departamento de Caldas – Institución Educativa Escuela Urbana Samaná - Caldas	Legal y reglamentaria – Propiedad	Acto No. 784 de septiembre 11 de 1980 y Acta de Posesión del 23 de septiembre de 1980.	23/09/1980	30/04/1983 (renuncia)	2 años, 7 meses, 7 días
Departamento de Caldas – Secretaría de Educación Departamental (O.P.S)	Prestación de servicios		1/02/1993	20/11/1993	9 meses y 19 días
Departamento de Caldas – Secretaría de Educación Departamental (O.P.S)	Prestación de servicios		07/02/1994	30/11/1994	9 meses, 23 días
Colegio Fusionado de la Sagrada Familia en Palestina Caldas – Departamento de Caldas y municipio- <b>jornada nocturna</b>	Prestación de servicios		17/02/1993	20/11/1993	(Coincide con tiempo de servicio casilla 2)
			04/02/1994	30/11/1994	(Coincide con tiempo de servicio casilla 3)
			23/03/1995	30/11/1995	8 meses y 7 días
			01/02/1996	31/12/1996	11 meses
			05/02/1997	31/12/1997	10 meses y 26 días
			01/02/1998	30/11/1998	10 meses
			01/02/1999	30/11/1999	10 meses
			01/02/2000	30/11/2000	10 meses
04/02/2001	29/11/2001	9 meses y 25 días			
Departamento de Caldas – Secretaría de Educación Departamental (O.P.S)	Prestación de servicios	Autorización No. 1088 del 18 de marzo de 2022	Sin constancia de la fecha de inicio	Sin constancia de la fecha de terminación	Sin constancia sobre la efectiva prestación del servicio
Departamento de Caldas – Secretaría de Educación Departamental – Institución Educativa Escuela Normal del Sagrado Corazón	Legal y Reglamentaria – propiedad	Decreto 1084 del 21 de junio de 2005	18/07/2005	Vinculada actualmente – fecha de la demanda	15 años, 3 meses, 25 días

					<b>Total: 25 años y 3 meses aproximada/</b>

Con base en los certificados de tiempos de servicio aportados por la parte actora y no desvirtuados por la demandada, se puede determinar que el señor Noel Patiño Vega prestó sus servicios como docente en el sector oficial por un lapso superior a los 20 años. /Archivo 002 de la Carpeta Digital/

De igual forma, el Registro Civil de Nacimiento del demandante indica que el mismo nació el 10 de febrero de 1958 /fl. 27 ibidem/,

Así las cosas, se encuentra acreditado que el demandante (i) nació el 10 de febrero de 1958 y por lo tanto cumplió los 55 años de edad el 10 de febrero de 2013; (ii) acredita tiempo de servicio en el ramo de la docencia oficial con anterioridad a la Ley 812 de 2003; (iii) el 16 de octubre de 2020 reclamó ante la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM, el reconocimiento y pago de una pensión a la edad de 55 años; (iv) dicha prestación le fue negada mediante Resolución No. 4026 – 6 del 14 de diciembre de 2020 al considerarse que aquel ingresó a la docencia en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo cual le resulta aplicable el régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993, con excepción de la edad de pensión establecida para hombres y mujeres en 57 años.

Ahora bien, ya ha quedado claro que las modalidades de vinculación como la temporalidad, los nombramientos en provisionalidad e inclusive el ejercicio de la docencia por horas cátedras o por contratos de prestación de servicio, resultan válidos en el entendido que se trata de una prestación cimentada en la prestación efectiva de labores de educador. Por lo tanto, la vinculación del demandante el 23 de septiembre de 1980 y el ejercicio de la docencia en lo sucesivo, es un hecho que permite determinar el régimen pensional a él aplicable.

En efecto, el señor Noel Patiño Vega , en su calidad de docente oficial afiliado al FNPSM, con acumulación de aportes públicos y con el ejercicio de dicha actividad como educador antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, acreditó los requisitos y condiciones para que le sea reconocida una pensión de jubilación ordinaria con base en los preceptos de la Ley 33 de 1985, efectiva desde la fecha de adquisición del estatus jurídico respectivo y liquidada en un monto equivalente al 75% del IBL calculado con el promedio de la asignación básica devengada durante el año anterior a la adquisición del estatus jurídico pensional, lo cual tuvo lugar el 18 de julio de 2015 cuando cumplió 20 años de servicio público en el Magisterio, según lo acreditado en el proceso.

El demandante acredita la edad y el tiempo mínimo de servicios consagrados en la Ley 33 de 1985 a fin de obtener el derecho a percibir una pensión de vejez como empleado del sector

público. Ello desvirtúa la legalidad del acto administrativo que le negó el derecho con fundamento en la referida norma y por ello, además de la nulidad de la Resolución No. 4026 – 6 del 14 de diciembre de 2020, se dispondrá, a título de restablecimiento del derecho, el reconocimiento y pago de una pensión de vejez calculada en un 75% del ingreso base de liquidación - que corresponde al promedio de la asignación básica y de la bonificación mensual docente<sup>17</sup> - devengado por el libelista durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, desde el 18 de julio de 2014 al 18 de julio de 2015.

Ahora bien, aunque la Constitución Política de 1991 prescribe en su artículo 128 que “*Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley*”, es precisamente en virtud de la excepción contemplada en la Ley 4ª de 1992, artículo 19, que el aquí demandante puede disfrutar de la pensión de vejez sin que le sea exigible el retiro definitivo del servicio. En efecto, la norma en cita dispone:

*“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las siguientes asignaciones:*

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la rama legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la fuerza pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora cátedra;*
- e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;*
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las juntas directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos Juntas;*
- g) **Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados;***

*Parágrafo. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.” /Resalta la Sala/*

Resulta claro entonces que, por tratarse en este caso de un docente que se encuentra inmerso en la excepción prevista en el precepto normativo ya citado, el reconocimiento de la pensión de vejez no conlleva la exigencia de que se retire definitivamente del servicio para poder disfrutar de dicha prestación vitalicia.

En cuanto a los aportes pensionales durante todo el tiempo de servicio acreditado es preciso indicar que, hasta el año 1983 se efectuaron a Cajanal /fl.30, Archivo002/. Los aportes por prestación de servicios docentes al departamento de Caldas y al municipio de Palestina debieron ser efectuados a la Administradora y/o fondo de pensiones que eligiera el contratista, de cuya demostración se hacía depender el pago del sueldo. Y los aportes por el servicio

<sup>17</sup> Teniendo en cuenta que la bonificación mensual fue creada en favor de los docentes con posterioridad a la Ley 62 de 1985 mediante los Decretos No. **1566 de 2014**, No. **1272 de 2015** y No. 123 de 2016.

prestado a partir del año 2005 se debieron efectuar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Debe tenerse en cuenta que los aportes a pensión por su propia naturaleza, equivalen a tributos en clave de contribuciones parafiscales con una destinación específica que los hace imprescriptibles. Con base en ello, su recaudo puede decretarse en cualquier momento de manera actualizada en las proporciones que tanto al trabajador como al empleador le habrían correspondido durante el período correspondiente, a fin de que la entidad de previsión obligada pueda pagar sin detrimento patrimonial la prestación reconocida.<sup>18</sup>

### **3.1. De la prescripción de mesadas pensionales y el restablecimiento del derecho**

Habida cuenta de que se accederá al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación deprecada por la parte activa con efectividad desde el 18 de julio de 2015, resulta indispensable verificar la ocurrencia o no del fenómeno prescriptivo sobre las mesadas adeudadas.

Al respecto el H. Consejo de Estado<sup>19</sup> ha señalado que la configuración de la mentada figura requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido las acciones correspondientes para reclamar los derechos que considera vulnerados. Ese tiempo se cuenta por 3 años desde que la obligación se haya hecho exigible, con una posibilidad de interrupción del término por un lapso igual, tal como lo indica el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 aplicable al *sub examine*, que reza lo siguiente:

*«ARTÍCULO 102.- Prescripción de acciones.*

*1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

*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 solo por un lapso igual.»*

En consecuencia, para determinar la fecha de exigibilidad del derecho a restablecer a partir de la cual debe comenzar a contabilizarse el lapso referido en el presente caso, tendrá que considerarse el hecho de que esta data se concreta desde el 18 de julio de 2015 cuando el demandante adquirió el estatus jurídico pensional y por consiguiente consolidó la prerrogativa a percibir la prestación en litigio.

Ahora bien, tal como se verifica en la parte motiva de la Resolución No. 4026 – 6 del 14 de

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Segunda. Sentencia de Unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016. Rad.: 23001233300020130026001 (00882015).

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 15 de noviembre de 2012, número interno: 1446-2012.

diciembre de 2020 (obrante a folio 55 del Archivo 002 del expediente digital), el señor Noel Patiño Vega reclamó el derecho prestacional en mención el 16 de octubre de 2020, esto es, cuando ya habían transcurrido los 3 años siguientes a la fecha de efectividad de la pensión. Es por ello que la prestación vitalicia se reconocerá desde el 18 de julio de 2015, pero con **efectos fiscales a partir del 16 de octubre de 2017, por prescripción trienal**.

Siendo esto así, se condenará entonces a la parte demandada a cancelar las mesadas adeudadas desde el **16 de octubre de 2017** hasta la inclusión del demandante en la respectiva nómina de pensionados. La entidad demandada deberá actualizar las sumas adeudadas en favor del actor conforme al inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A.<sup>20</sup>, y para tal efecto atenderá la pauta fijada por el Consejo de Estado en sentencia de fecha 12 de marzo de 1998<sup>21</sup>. Para ello, se dará aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el artículo 192 del CPACA, Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

#### 4. Costas.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado<sup>22</sup> ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Una vez revisado el expediente, se advierte que la parte demandante intervino a través de apoderado judicial desplegando actuaciones útiles para la prosperidad de las pretensiones, como la presentación de la demanda propiamente dicha y los alegatos de conclusión. Por lo tanto, se condenará en costas por concepto de agencias en derecho a cargo de la parte demandada y en favor del demandante. La liquidación del monto de las mismas se hará en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del

<sup>20</sup> "...Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor."

<sup>21</sup> "Ahora bien, para liquidar dicha indexación la entidad demandada deberá aplicar la fórmula que se señalará en la parte resolutive de esta providencia de manera escalonada, es decir, que el mes más antiguo tendrá una actualización mayor a la de los subsiguientes, y el más reciente una menor, y como es lógico ejecutando una operación aritmética similar en relación con cada aumento o reajuste salarial. O sea que para ello deberá tomar en cuenta los aumentos o reajustes reconocidos o decretados periódicamente, para deducir la indexación que afecta las sumas causadas mes por mes"

<sup>22</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.



CGP.

### **5. De las excepciones formuladas.**

La demandada Nación - Ministerio de Educación - FNPSM, en su escrito de contestación de la demanda, propuso como excepciones las que denominó "*Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad*" e "*Improcedencia de la condena en costas*", las cuales se declararán infundadas de conformidad con los argumentos de fondo expuestos en esta sentencia. La denominada "*Factores salariales que integran el ingreso base de liquidación – sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 proferida por el Consejo de Estado*" no es una excepción sino un argumento de defensa y por lo tanto debe atenderse a los argumentos de fondo expuestos en la parte considerativa.

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

### **III. Falla**

**Primero: Se declara**, de oficio, parcialmente probada la excepción de prescripción trienal. **Se declaran infundadas** las excepciones de "*Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad*" e "*Improcedencia de la condena en costas*", propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**Segundo: Se declara la nulidad** de la Resolución No. 4026 – 6 del 14 de diciembre de 2020, expedida por el Secretario de Educación del departamento de Caldas en representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de la cual se negó el reconocimiento de una pensión de vejez a la edad de 55 años.

**Tercero: A título de restablecimiento del derecho**, se ordena a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reconozca y pague en favor del señor Noel Patiño Vega una pensión de vejez calculada en un 75% del ingreso base de liquidación - que corresponde al promedio de la asignación básica y de la bonificación mensual docente - devengado por el libelista durante el año anterior a la adquisición del estatus pensional, esto es, entre el 18 de julio de 2014 al 18 de julio de 2015, **con efectos fiscales a partir del 16 de octubre de 2017, por prescripción trienal**. Lo anterior, de conformidad con la Ley 33 de 1985 y la Ley 62 del mismo año; y sin que se exija el retiro definitivo del servicio para gozar de dicha prestación vitalicia.

**Cuarto:** La entidad demandada deberá actualizar las sumas adeudadas en favor del actor, conforme al inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., y para tal efecto atenderá la pauta

fijada por el Consejo de Estado, reseñada en la parte considerativa de este proveído. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

**Quinto: Se condena** en costas a la parte demandada.

**Sexto: Se reconoce personería** para actuar como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, a la abogada Pamela Acuña Pérez, portadora de la Tarjeta Profesional No. 205.820 del C.S de la J., en los términos y de conformidad con la sustitución de poder a ella conferida, según memorial visible en el Archivo 15 de la Carpeta Digital.

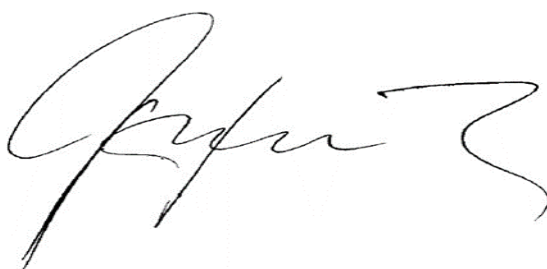
**Séptimo: Se ordena** a la Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que dé cumplimiento a esta sentencia conforme lo dispone los artículos 192 y 194 del CPACA.

**Octavo: Notifíquese** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

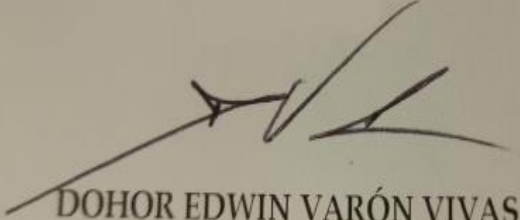
**Noveno: Ejecutoriada** esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia XXI.

### **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada en la fecha.



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

A. de Sustanciación: 046-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-005-2017-00233-02  
Demandante: María Nubiela Cardona  
Demandado: UGPP

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 19 de diciembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 11 de enero de 2023.

**La parte demandada** presentó recurso de apelación el 25 de enero de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

A. de Sustanciación: 051-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2022-00057-02  
Demandante: Gloria Constanza Carmona  
Demandado: Fomag

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 19 de diciembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 11 de enero de 2023.

**La parte demandante** presentó recurso de apelación el 13 de enero de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

A. de Sustanciación: 050-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2022-00063-02  
Demandante: Organery Zuluaga Bedoya  
Demandado: Fomag

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 19 de diciembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 11 de enero de 2023.

**La parte demandante** presentó recurso de apelación el 13 de enero de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

A. de Sustanciación: 054-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2022-00079-02  
Demandante: Reinaldo Hincapié  
Carmona  
Demandado: Fomag

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 19 de diciembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 11 de enero de 2023.

**La parte demandante** presentó recurso de apelación el 17 de enero de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

A. de Sustanciación: 048-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2022-00083-02  
Demandante: Luz Marina Jurado Gallego  
Demandado: Fomag

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 16 de diciembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 16 de diciembre de 2022.

**La parte demandante** presentó recurso de apelación el 18 de enero de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado



A. de Sustanciación: 057-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2022-00092-02  
Demandante: Mayerly Rueda Medina  
Demandado: Fomag

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 19 de diciembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 11 de enero de 2023.

**La parte demandante** presentó recurso de apelación el 17 de enero de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

A. de Sustanciación: 055-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2022-00129-02  
Demandante: Reinaldo Hincapié  
Carmona  
Demandado: Fomag

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 19 de diciembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 11 de enero de 2023.

**La parte demandante** presentó recurso de apelación el 17 de enero de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

A. de Sustanciación: 052-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-006-2022-00132-02  
Demandante: Sonia Salazar Sánchez  
Demandado: Fomag

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 2 de febrero de 2023. La anterior providencia fue notificada el día 2 de febrero de 2023.

**La parte demandante** presentó recurso de apelación el 9 de febrero de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized name.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

A. de Sustanciación: 053-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2022-00142-02  
Demandante: Francisco José Giraldo  
Demandado: Fomag

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 19 de diciembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 11 de enero de 2023.

**La parte demandante** presentó recurso de apelación el 17 de enero de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

A. de Sustanciación: 056-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2022-00153-02  
Demandante: Mayerly Rueda Medina  
Demandado: Fomag

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 19 de diciembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 11 de enero de 2023.

**La parte demandante** presentó recurso de apelación el 17 de enero de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A stylized, handwritten signature in black ink, consisting of several sweeping, connected strokes.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

A. de Sustanciación: 049-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2022-00164-02  
Demandante: Dora Liliana Muñoz  
Demandado: Fomag

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 16 de diciembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 16 de diciembre de 2022.

**La parte demandante** presentó recurso de apelación el 18 de enero de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado