

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 072

Radicación: 17001-33-33-003-2022-00307-00
Medio De Control: Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Demandante: Javier Andrés Estrada Mejía
Demandado: Municipio De Manizales-Secretaría de Transito Y Transporte Y Otro.

Por la Secretaría de este Tribunal ofíciase al despacho del Procurador 29 Judicial II para Asuntos Administrativos de Caldas para que en el término de dos (2) días hábiles siguientes a la comunicación de este auto: i) remita copia del Acta de la audiencia de conciliación prejudicial realizada el 26 de julio de 2022 en el trámite Radicación 693 de 17 de junio de 2022, Convocante: Javier Estrada Mejía Convocados: Municipio de Manizales – Secretaría de Movilidad; ii) informe cuando fue expedida la Constancia de no conciliación ; iii) la fecha en que ésta fue remitida o comunicada a la parte convocante; iv) informe si fue necesaria o no la devolución de los documentos aportados con la petición de conciliación y en caso afirmativo, iv) en qué fecha se realizó.

Una vez allegada la información por Secretaría póngase en conocimiento de la parte actora, por el termino de tres (3) días.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17001-33-33-001-2016-00245-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Francia Elena Castrillón Grisales
Accionado	Nación – Ministerio de Educación Nacional y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 59

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 3 de mayo de 2018, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

La parte demandante deprecia lo siguiente:

“Primera.- Se declare la nulidad de la Resolución No. 1448-6 del 22 de febrero de 2016, notificada el día 02 de marzo de 2016, por medio de la cual se desconocieron y negaron los Intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de la Homologación y Nivelación salarial.

Segunda.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que el actor tiene pleno derecho a que el DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, le reconozcan y ordenen pagar los intereses moratorios, efectivos a partir del día siguiente a los treinta (30) días posteriores a su causación (24 de enero de 2007) hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, esto es, el día 15 de mayo de 2013.

Tercera.- Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a pagar al actor los intereses moratorios a que tiene derecho, liquidados con base al interés bancario corriente desde la fecha de causación hasta la fecha efectiva de pago; en consideración a que, el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por periodos de treinta (30) días, por tanto, una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos.

Cuarta.- Se ordene liquidar y pagar, a expensas de LA SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS y LA NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, a favor del actor, los intereses reclamados, con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de Indexación salarial se reconoció.

Quinta.- Se ordene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del CPACA., igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.

Sexta.- Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, pagar a favor de mi mandante, los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso 3ero. Del artículo 192 del CPACA.

Séptima.- Se condene en costas al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, en caso de que se oponga a las pretensiones de esta demanda.
[...]"

2. Hechos.

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

- El demandante laboró en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en calidad de personal administrativo.
- La entidad territorial expidió el Decreto No. 0021 de 1997 mediante el cual transfirió el personal administrativo adscrito al servicio público educativo del orden Nacional, a la planta de cargos y personal que laboraba en el Departamento de Caldas.
- Previo concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y en atención a lo dispuesto por el Ministerio de Educación a través de la Directiva Ministerial N° 10 de 2005 y de la Resolución 2171 de 2006, el departamento presentó ante dicha entidad el estudio técnico para la homologación nacional, la que fue aprobada por esa cartera ministerial.
- Como consecuencia de lo anterior, el Departamento expidió el Decreto N° 0399 del 20 de abril de 2007, por medio del cual homologó y niveló salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación.
- Con Decreto N° 337 de diciembre de 2010, el Departamento de Caldas modificó la homologación y nivelación salarial del Decreto N° 0399 de 2007.
- Mediante Resolución No. 2120-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 5525-6 del 22 de agosto de 2013, se canceló a favor del ahora accionante el retroactivo por concepto de homologación salarial; indicando como fecha de constitución de la obligación el 10 de febrero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2009, efectuándose el pago el 15 de mayo de 2013.

- Mediante derecho de petición radicado en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el día 28 de julio de 2015, se solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por el pago tardío del retroactivo por Homologación y Nivelación salarial del personal Administrativo adscrito a la Secretaría de Educación.
- Mediante el acto acusado la entidad demandada negó lo deprecado.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Se invocan los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 72, 93, 123, 209 y 350 de la Constitución Política; artículos 1608, numerales 1 y 2, 1617 y 1649 del Código Civil; artículo 16 de la Ley 446 de 1998; artículo 177 del Decreto 01/84; sentencia C- 367 del 16 de agosto de 1995, Sala Plena, Expediente D-835, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1617 del Código Civil, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. De carácter internacional: Convenio 95 de 1949 artículo 12.

Indica que la Homologación y Nivelación Salarial de los empleados administrativos de las Secretarías de Educación generó una obligación de pago desde el mismo momento de su incorporación a la planta departamental, razón por la cual, la demora en el pago las acreencias derivadas de tal nivelación, genera intereses moratorios desde cuando nació el derecho. Aduce que, tanto el Gobierno Nacional como el Departamental debieron haber contemplado dentro del presupuesto, el pago de esta deuda laboral generada por la transferencia del personal administrativo a las entidades territoriales certificadas en virtud de la descentralización del servicio educativo, dispuesta por las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001.

Invoca la aplicación de los principios de favorabilidad y pro homine al momento de interpretar las normas al amparo de las cuales se debe resolver la controversia, dejando presente que en cualquier caso, resulta más favorable para la parte demandante el reconocimiento de intereses moratorios que la indexación tal y como fue reconocida.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

Se opuso a todas las pretensiones de la parte demandante, indicando que la entidad no está obligada a pagar los intereses moratorios solicitados puesto que el pago tardío del retroactivo de la homologación no es imputable a la administración sino al mismo proceso de homologación, el cual no solo contempla la disposición de los cargos y los grados sino de la asignación salarial. Precisó que, si existiera tal interés moratorio, este no sería

aplicable desde el momento en que el docente incorporó al cargo sino desde el momento que el acto que ordenó el pago de retroactivo de homologación salarial quedó en firme. Explicó que, si bien está a cargo de la Nación la cancelación del mayor valor de los costos provenientes de la homologación e incorporación de los docentes nacionales a los respectivos entes territoriales, la entidad no fungió como extremo de la relación laboral al momento del reconocimiento y pago del retroactivo de homologación salarial. Propuso como excepciones, las siguientes:

“Falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Educación Nacional”, “Ineptitud de la demanda”, “Prescripción” y “Genérica”.

4.2. Departamento de caldas.

Se opuso a las pretensiones de la parte actora y se refirió a los trámites y gestiones interadministrativas que debieron adelantarse para lograr la homologación y nivelación salarial del personal administrativo transferido a dicha entidad territorial desde el año 1997, recalcando que el pago del retroactivo por tal concepto contempló la indexación de las sumas sin que fuera dado acudir al reconocimiento y pago de intereses moratorios a modo de sanción. Propuso las excepciones que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”, “inaplicabilidad de los intereses moratorios”, “prescripción” y “buena fe”.

5. Fallo de primera instancia.

El a quo negó las pretensiones de la parte actora al encontrar demostrado que a la parte demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de homologación y nivelación salarial por el período comprendido entre el 10 de febrero de 2007 y el 31 de diciembre de año 2009, siendo totalmente improcedente ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos, aunado al argumento del máximo órgano jurisdiccional en materia administrativa, relacionado con el carácter sancionatorio de los intereses, naturaleza que impide que puedan causarse respecto de las sumas de dineros pagadas al demandante por concepto de homologación y nivelación de salario.

6. Recurso de apelación.

Itera que su pretensión no es otra que el reconocimiento de forma preferente de los intereses moratorios efectivos a partir de los treinta días posteriores a la acusación del derecho hasta el día en que fue efectivo el pago tardío por homologación y nivelación salarial, esto, deduciendo el valor de la indexación ya cancelada, y recalcando el

incumplimiento que ejerció la Nación en cabeza del Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas - Secretaria de Educación, al momento de cancelar de forma tardía el retroactivo por homologación y nivelación salarial, mora que no se le puede atribuir a mi poderdante dado que el pago de dicho emolumento dependía única y exclusivamente de la administración y es ella quien de forma negligente retiene el referido valor por varios años y solo hasta el 2013 lo cancela, reconociendo una simple indexación que claramente perjudica al demandante en el entendido que durante dicho tiempo no pudo beneficiarse de esos dineros, razón por la cual, con base al artículo 1617 del Código Civil, al artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y demás normas concordantes, así como en los principios constitucionales de favorabilidad e igualdad, lo que la Entidad de cancelar son tales intereses moratorios a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago, lo que equivale a una suma considerablemente superior a la corrección monetaria o indexación, y que alcanza para cubrir perfectamente la evaluación de la moneda y resarcir los perjuicios económicos causados.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Itera que la mora y la indexación son conceptos totalmente diferentes, en la medida en que la mora hace referencia al interés que se ha de pagar por no cancelar oportunamente una deuda, y la indexación, como bien lo expresa la Entidad en su defensa, hace referencia a la actualización de la deuda a valores reales actuales, ya que el valor inicial de la deuda ha sido afectado por la pérdida de valor adquisitivo de la moneda (inflación - devaluación) con el paso del tiempo. Las sumas pagadas con ocasión al proceso de homologación fueron indexadas pero la condena que realmente resarciría los perjuicios causados por el paso del tiempo, sería los intereses de mora; que solicitamos se paguen de forma preferente y favorable, en lugar de la indexación, debido a la injustificada demora en el pago de dichas acreencias laborales.

7.2. Parte demandada.

Arguye que, de conformidad con la prueba recaudada en el plenario, tal y como es reconocido en la sentencia objeto de recurso por la parte demandante, los valores reconocidos a ella por concepto de retroactivo e indexación por homologación salarial en la Resolución No 2120-6 del 22 de marzo de 2013, fueron pagados el mes de mayo 2013, en tal virtud, no habían transcurrido más de dos meses entre el reconocimiento y el pago efectivo a su beneficiario, siendo inexistente la pérdida de poder adquisitivo del dinero reconocido y mucho menos susceptible de imponer sanción moratoria alguna en perjuicio de la entidad, dado que al considerarse los intereses moratorios una sanción, para el caso en estudio no existe fundamento legal que los consagre.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante se declare la nulidad del acto administrativo que negó el reconocimiento y pago de intereses moratorios con ocasión de la cancelación tardía del retroactivo por homologación y nivelación salarial, y en su lugar, se acceda al pago de dichos intereses.

1. Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- ¿Tiene derecho la parte actora al reconocimiento de intereses moratorios y el ajuste de indexación sobre la liquidación del retroactivo salarial cancelado?
- En caso de ser procedente el pago de los valores solicitados por concepto de intereses moratorios sobre la suma liquidada por concepto de retroactivo ¿cuáles serían los extremos temporales para hacer dicho pago?
- ¿Cuál de las entidades demandadas o ambas es la llamada a responder sobre las pretensiones de la parte accionante?

2. Homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la educación.

El proceso de homologación y nivelación salarial para los empleados del área administrativa de los establecimientos educativos oficiales tiene su origen en la descentralización del servicio educativo.

Inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975 *“Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías, se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”*, se llevó a cabo el proceso de nacionalización de la educación en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- *La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.*

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley”.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 60 de 1993, comenzó a revertirse la nacionalización y en cambio, se abrió paso la descentralización del servicio educativo para

los departamentos y municipios; los artículos 2º y 3º de la mencionada ley establecieron:

“Artículo 2º.- *Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:*

1.- *En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:*

- *Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media.*
- *Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.*
- *Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales.*

Artículo 3º.- *Competencias de los departamentos. Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:*

1.- *Administrar los recursos cedidos por la Nación; planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales, conforme a la Constitución, a la Ley y a los reglamentos que sobre tales aspectos expidan los respectivos ministerios.*

En desarrollo de estas funciones promoverá la armonización de las actividades de los municipios entre sí y con el departamento y contribuirá a la prestación de los servicios a cargo de los municipios cuando éstos presenten deficiencias conforme al sistema de calificación debidamente reglamentado por el respectivo Ministerio.

(...)

3.- *Actuar como instancia de intermediación entre la Nación y los municipios, para los fines del ejercicio de las funciones que conforme a esta Ley, son de competencia de la Nación.*

4.- *Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los municipios y a las instituciones de prestación de los servicios para el ejercicio de las funciones asignadas por la presente Ley; realizar la evaluación, control y seguimiento de la acción municipal y promover ante las autoridades competentes las investigaciones disciplinarias a que haya lugar.*

5.- *Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:*

A. *En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:*

- *Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.*
- *Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios*

educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.

- *Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.*
- *Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.*
- *Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.*
- *Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.*
- *Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.*
- *Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.*

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6o. de la presente Ley”.

Y el artículo 15 definió la forma como se asumían dichas competencias:

“Artículo 15°.- *Los departamentos y distritos que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 14 en el transcurso de cuatro años, contados a partir de la vigencia de esta Ley, recibirán mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas. En dicha acta deberán definirse los términos y los actos administrativos requeridos para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de la Nación y las entidades territoriales respectivas”.*

Así mismo, respecto de la administración de las plantas de personal preceptuó:

“Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute”.

A su turno, la Ley 715 de 2001 estableció normas en materia de recursos y competencias, entre otros temas, en el servicio público de educación, disponiendo en sus cánones 37 y 38 por modo literal:

“Organización de plantas. Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley.

Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas. La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta (...).”

A su vez, el Ministerio de Educación Nacional, atendiendo el Concepto N° 1607 emitido el 9 de diciembre de 2004¹ proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, profirió la Directiva Ministerial N° 10 del 30 de junio de 2005 en la que expresa:

“Una vez elaborado el estudio técnico y fundamentándose en éste, la entidad territorial certificada procederá a realizar, bajo la responsabilidad del secretario de educación y del jefe de personal o quien haga sus veces, la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos conforme a la normatividad vigente, mediante acto administrativo general.

Con base en este último, la homologación de cada funcionario administrativo se realizará, mediante acto administrativo individualizado el cual debe especificar el cargo al cual es homologado y la nivelación salarial respectiva -si a ella hay lugar según el estudio técnico- que rige a partir de la fecha de expedición de dicho acto administrativo, previo certificado de disponibilidad presupuestal. El certificado de disponibilidad presupuestal será emitido contra recursos del Sistema General de Participaciones -SGP. Si el costo de la planta de personal administrativo aprobada, incluido el aumento por concepto de la nivelación y homologación, no alcanza a ser cubierto con los recursos del SGP asignados por alumno atendido para el pago de la prestación del servicio, la entidad territorial podrá solicitar al MEN su cubrimiento por concepto de complemento de planta.”

¹ Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

De lo anterior se concluye que en el marco del proceso de descentralización del servicio público de educación, las entidades territoriales certificadas asumieron la administración del personal educativo y el administrativo que antes pertenecía a la Nación, lo cual implicó a su vez un proceso de ajuste de los cargos a la planta de personal de los departamentos y municipios (homologación) y la correspondiente compensación de las diferencias salariales y prestacionales que resultaron con la incorporación a las nuevas plantas de personal (nivelación salarial), que en principio, se sufragaba con recursos del Sistema General de Participaciones.

3. Indexación e intereses moratorios.

Tradicionalmente se ha identificado la indexación como la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda, es decir, una equivalencia financiera en la cual unidades monetarias del pasado (VP) se expresan en unidades monetarias del futuro (VF), que tienen el mismo poder adquisitivo, siendo la diferencia entre dichos valores temporales la corrección monetaria del dinero, con base en los índices determinados por el ordenamiento jurídico.

El Consejo de Estado en sentencia del treinta (30) de mayo de 2013 con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González (radicado 2006-00986-01), precisó:

“(..) el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente”.

A su turno la Corte Constitucional en la Sentencia C-862 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) indicó respecto a la indexación:

“(..) La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo”.

Por su parte, los intereses moratorios tienen una función indemnizatoria por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones, conforme al artículo 1617 del Código Civil que reza:

“INDEMNIZACIÓN POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.

Ahora bien, respecto de la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el Consejo de Estado ha aclarado:²:

“En vista de lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia no sólo condena a Cajanal E.I.C.E. liquidada, a pagar al actor intereses por mora como mecanismo indemnizatorio de los perjuicios sufridos por el demandante, sino además a la indexación prevista en el artículo 178 del C.C.A., condenas que resultan completamente incompatibles, en cuanto ambas cargas económicas tienen una misma finalidad que es mitigar los efectos adversos devenidos por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones y de configurarse en conjunto tendría como resultado un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor.

La Corporación, en varias oportunidades ha venido sosteniendo que recibir ambas compensaciones constituye un doble pago, máxime cuando se ha declarado la recuperación del valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el relativo a la actualización de los salarios devengados por el actor como funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a moneda colombiana como efecto de la inflación, al respecto se ha precisado:

“Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex-empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

En gracia de discusión, si se ordenara el reconocimiento de intereses por mora se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa” /Destaca el Tribunal/.

² Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección "A". C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000- 01312(2506-2013).

De otro lado, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ha aludido a la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas por concepto del proceso de homologación y nivelación salarial en el sector de la educación, puntualizando lo siguiente³:

“(...) Por otro lado, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se puede en consecuencia, entrar a reconocerse los intereses moratorios.

Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto”.

En este orden de ideas, en caso de llegar a hallarse probado que a la parte demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de nivelación salarial, resultaría totalmente improcedente ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

4. Caso Concreto.

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

Mediante Resolución No. 2120-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por Resolución No. 5525-6 del 22 de agosto de 2013, a la aquí demandante le fue reconocido el pago por homologación y nivelación salarial del período comprendido entre el 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, incluyendo la indexación. (fls. 37 a 43, Cuaderno 1)

Dicho pago se le realizó el 15 de mayo de 2013 según se advierte de la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Caldas (fl. 44, Cuaderno 1)

Mediante petición dirigida al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la accionante solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios por la falta de pago oportuno de la nivelación y homologación salarial causados desde el año de 1997 y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, esto es, el 15 de mayo de 2013. (fls. 25 a 31, Cuaderno 1)

³ Sección Segunda, Subsección A, C.P.: William Hernández Gómez, sentencia del 7 de diciembre de 2017, radicado 2014- 00311-01 (0905-15).

Por ende, teniendo en cuenta que a la parte actora le fue reconocida la indexación sobre las sumas pagadas por concepto de homologación y nivelación salarial, atendiendo el marco normativo y jurisprudencial citado, la pretensión de obtener intereses de mora por el pago tardío del retroactivo no halla eco de prosperidad, dada la incompatibilidad entre ambos conceptos.

En este punto, cabe destacar que en casos similares este Tribunal, mediante postura mayoritaria y acudiendo al canon 53 Constitucional, ha venido reconociendo la actualización de sumas de dinero pagadas de manera tardía en sede administrativa, ya que en esos asuntos ocurrió que entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de homologación y su pago, había transcurrido un lapso entre de uno o varios meses, lo que a juicio de la Sala mayoritaria, hacía variar el IPC y por ende se hacía procedente realizar la actualización monetaria; además por cuanto no hubo resolución posterior que modificara el valor de la indexación para hacer un reconocimiento mayor por ajuste a este concepto.

Sin embargo, el Consejo de Estado mediante sentencia de 12 de septiembre de 2019, revocó uno de los fallos que había adoptado el Tribunal en ese sentido, esgrimiendo las siguientes razones (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 17001-23-33-000-2016-00993-01):

“(...) Se observa que el juez de primera instancia condenó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional al reconocimiento y pago de “los ajustes de indexación únicamente sobre el valor pagado a título de retroactivo menos el valor correspondiente a la indexación ya reconocida a partir del día siguiente a la ejecutoria de la Resolución 570 de 11 de abril de 2014, data en cobró firmeza el reconocimiento del retroactivo hasta el día anterior a la fecha efectiva del pago (...)” frente a lo cual, se establece, teniendo en cuenta que jurisprudencialmente la indexación se tiene como la figura por la cual se actualiza la moneda que ha perdido su valor por el paso del tiempo, que entre la fecha en que adquirió ejecutoria la Resolución 570 de 11 de abril de 2014 y el día anterior al pago de la obligación, el cual tuvo lugar en el mes de mayo de 2014, esto es, aproximadamente un mes después, no transcurrió la suficiente temporalidad que en consecuencia generara la depreciación del valor reconocido por concepto del retroactivo, por lo que, no había lugar a su reconocimiento y en tal virtud se revocará la providencia enjuiciada en ese sentido” /Resalta el Tribunal/.

En la referida sentencia, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ratificó además algunas reglas jurídicas que reforzaron la decisión adversa a la pretensión de pago de intereses de mora por el pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial, las cuales sintetiza el Tribunal en los siguientes puntos:

(i) El lapso transcurrido entre la fecha de reconocimiento y el pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial en la mayoría de casos resulta razonable, a la luz de las diferentes gestiones de orden administrativo que deben adelantar las entidades públicas para efectuar este tipo de reconocimientos, como ocurre en el caso que sirve de parámetro,

en el que apenas transcurrió un mes, tiempo en el cual no se presenta una depreciación significativa del valor de la suma reconocida.

(ii) Si el beneficiario del pago por homologación y nivelación salarial no presentó oposición o recursos contra el acto administrativo que contiene la suma reconocida, el asunto no puede subsanarse generando una nueva discusión a través de una petición posterior de reconocimiento de intereses.

(iii) No existe una norma que consagre la obligación de pago inmediato de la suma reconocida por concepto de homologación y nivelación salarial, pues como se anotó, dicho trámite está compuesto por una sucesión de etapas administrativas que incluyen la respectiva apropiación presupuestal, por lo que no resultan aplicables las normas civiles sobre intereses de mora a este tipo de casos.

(iv) Aun cuando exista retardo, no procede el pago de intereses de mora, pues como lo ha señalado esa corporación en repetidas oportunidades, al constatarse que la suma reconocida fue indexada, reconocer intereses de mora constituiría un doble pago por el mismo concepto, atendiendo la incompatibilidad entre ambas figuras, aspecto que se abordó líneas atrás.

(v) Finalmente, atendiendo al carácter eminentemente sancionatorio de los intereses de mora, su reconocimiento se halla supeditado a la existencia de una norma que expresamente los consagre en el supuesto de pago tardío de la homologación y nivelación salarial, lo cual no ocurre en este caso.

Como ya se mencionó, el Tribunal, acudiendo a los artículos 53 de la Constitución y 50 del Código Procesal del Trabajo, ha venido defendiendo la tesis de la irrenunciabilidad de los beneficios laborales, para acceder de manera oficiosa, a un rubro no pedido en la instancia administrativa (indexación de unas sumas ya pagadas por homologación y nivelación salarial en el ramo docente); así como también dándole el carácter de crédito laboral a la técnica de indexación.

Sin embargo, sobre este punto, el Consejo de Estado dictó recientemente dos (2) sentencias, en las que revocó igual número de fallos de esta corporación que concedían la aludida indexación al amparo del criterio de equidad.

La primera de ellas data del 23 de octubre de 2020, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del expediente N° 170012333000-2018-00143-01 (4932-2019), en la cual sostuvo el alto tribunal:

“(…) En lo atañadero a la presunta facultad que se atribuye el a quo, para decidir extra petita, la Corte Constitucional, en fallo T-873 de 16 de agosto de 2001⁴, indicó que «[a]l contrario de los procesos

laborales a los cuales asimila el demandante su asunto, el ejercicio de la función judicial en materia contencioso administrativa⁵, la competencia del juez al momento de fallar no le permite decidir ultra petita o extra petita, porque la resolución judicial que se extienda más allá de lo pedido o que se tome fuera del petitum de la demanda, a más de resultar violatoria del derecho de defensa de la contraparte sería contraria a la estructura misma del proceso que en esta materia se guía por el principio de que la materia del litigio se define por las partes y, estas al hacerlo, delimitan la competencia del juzgador».

En similar sentido, se pronunció esta Corporación el 20 de mayo de 2010⁶, al sostener que «[l]a sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo, a su turno, debe ser motivada y resolver todos los puntos objeto de controversia formulados por las partes demandante y demandada dentro de la oportunidad procesal respectiva. En este sentido, a la luz de lo establecido en el artículo 170 del C.C.A.⁷ [hoy 187^o del CPACA], debe concluirse que la sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo no puede ser infra, extra o ultra petita, sino, en virtud de la naturaleza predominantemente rogada de la jurisdicción, sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su decisión».

Derrotero reiterado por esta sala el 17 de octubre de 2017⁹, al precisar que «[...] el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento, por ello, el principio de congruencia de la sentencia garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para tal propósito».

En ese orden de ideas, conforme a lo anterior, resultaría contrario a la naturaleza de esta jurisdicción admitir la aplicación de las facultades ultra y extra petita, que invocó el Tribunal de instancia, como sí opera en la jurisdicción ordinaria laboral¹⁰, dado que ello vulneraría el principio de justicia rogada, el cual impone la carga a la persona que acude al aparato jurisdiccional de solicitar en la demanda, de manera específica, lo que se quiere; así como el de congruencia, que consiste en la obligación que tiene la autoridad judicial de decidir de acuerdo con lo pedido y probado; por lo tanto, deberá revocarse la orden impuesta en el fallo apelado, al constatar que lo pretendido por la actora era el pago de los intereses moratorios, en los términos analizados en precedencia, y no la indexación dispuesta por el a quo» /Destaca la Sala/.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-873 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁵ Acerca del proceso contencioso administrativo Cfr. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo, Cuarta ed. 4a. reimpresión. Señal Editora. Medellín: 1998, pags. 196 y ss.

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 25000-23-25-000-2002-12297-01 (3712-2004), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁷ «La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones [...]».

⁸ «La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen».

⁹ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 66001-23-33-000-2012-00161-01 (3605-14).

La hermenéutica esbozada fue objeto de reiteración en sentencia de 3 de diciembre de 2020, con ponencia del Magistrado Rafael Francisco Suárez Vargas (Exp. 170012333000- 2016-00270-01 1245-19), en la que añadió:

“Lo anterior quiere decir que, en momento alguno, el señor Hernández Osorio requirió reemplazar el pago de los intereses moratorios, por la indexación de las sumas reconocidas, en caso de que su pretensión principal no tuviera acogida, ni mucho menos pidió que se indexara la suma indicada por el tribunal, en el período por él ordenado;¹¹ por lo tanto, se debe concluir que la decisión de indexación adoptada por el juzgador de primera instancia excede el marco de la pretensión del demandante, pues, se repite, su pretensión solo se orientaba al pago de los intereses respectivos, en la forma transcrita.

(...) La situación que se analizó en la providencia en cita, coincide plenamente con la sentencia bajo análisis, toda vez que la indexación ordenada por el juzgador de primera instancia se sustentó en la Resolución 2179-6 del 22 de marzo de 2013, la cual determinó que la actualización de los valores reconocidos, comprendía el período transcurrido entre el 10 de febrero de 1997 y el 31 de diciembre de 2009; sin embargo, como el pago se materializó el 15 de julio de 2013¹², atendiendo los principios de equidad y justicia, debían traerse al valor presente del momento del pago, los valores reconocidos.

No obstante lo anterior, como un pronunciamiento de tal naturaleza no se formuló por la parte demandante, mal podría el a quo reconocerlo, en consideración al carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón que conlleva revocar la condena que, en tal sentido, impuso el tribunal, en el numeral tercero de la sentencia apelada (...)” /Resaltado del Tribunal/.

Así pues, ha quedado acreditado que la suma reconocida a la parte actora fue debidamente actualizada y que dicha actualización es incompatible con los intereses que se imploran, lo que fuerza a denegar las pretensiones de la parte demandante y, en consecuencia, a confirmar la sentencia de primera instancia.

¹⁰ Las facultades ultra y extra petita de las que se reviste a un juez ordinario laboral están consagradas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al prever que «[e]l Juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».

¹¹ Sí hubo un requerimiento relativo a actualización, pero este se concretó en un ajuste a aquella, lo que no es coincidente con los parámetros y/o motivaciones de la decidida por el a quo, pues en ella, se pretendió sanear la descompensación que se pudo producir entre la última fecha tomada para la indexación en el acto de reconocimiento, y en la que efectivamente se produjo el pago.

¹² Folio 41.

5. Costas.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ 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 demandada intervino en esta instancia a través de apoderado judicial, desplegando actuaciones útiles para la defensa de los intereses de la entidad, como la presentación de 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 de manera concentrada por el a quo, en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

6. Consideración final.

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

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª. de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 3 de mayo de 2018 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **Francia Elena Castrillón Grisales** contra la **Nación - Ministerio de Educación Nacional** y el **Departamento de Caldas**.

Segundo: Se condena en costas a la parte demandante y en favor de la parte demandada.

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

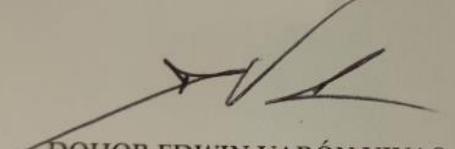
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia XXI.

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

NOTIFÍQUESE



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 078

Manizales, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-39-006-2016-000264-00
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Gloria Esperanza Naranjo Jaramillo y otros
Demandado: Servicios Especiales de Salud – SES y otra
Llamado en garantía: Allianz S.A.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y llamada en garantía contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicitó en síntesis, declarar responsable a las demandadas por los perjuicios causados a la señora Gloria Esperanza Naranjo Jaramillo, producto de la falla en el servicio médico y los graves daños ocasionados a su salud; en consecuencia, condenarlas al pago de los perjuicios morales: i) 100 SMMLV para Gloria Esperanza Naranjo (víctima), María José Jaramillo Naranjo, José William Naranjo Villegas y María Hermilda Jaramillo Isaza; ii) 50 samml para Uriel de Jesús Jaramillo Isaza, Ángela María Naranjo Jaramillo, Yuly Alexandra Naranjo Jaramillo, William Andrés Naranjo Jaramillo y Juan Camillo Naranjo Jaramillo; iii) 35 SMMLV para Fanny Lucía Jaramillo Isaza y Adriana María Jaramillo.

Solicitó además el pago de 400 SMMLV para la señora Gloria Esperanza Naranjo Jaramillo por concepto de daño a la salud y al pago de perjuicios materiales, los cuales estimó en \$1.139.000 a favor de la señora Gloria Esperanza Naranjo Jaramillo.

1.2. Fundamento Factivo

Se señaló que, la señora Gloria Esperanza Naranjo Jaramillo (en adelante GENJ), le fue practicada una cesárea el 21 de agosto 2014, que se llevó a cabo sin complicaciones, siendo dada de alta al día siguiente. Que el 25 de agosto de 2014, ingresó al servicio de urgencias del SES, que luego de ser valorada, se le realizaron unos exámenes que arrojaron como resultado *leucocitosis con neutrofilia* y además fue diagnosticada con *endometritis*.

Que el día 26 de la data señalada, se indicó por el personal médico que la paciente podía estar en un proceso infeccioso pélvico de origen obstétrico, por lo que fue hospitalizada. El

29 de agosto fue remitida a la unidad de cuidados intensivos debido al agravamiento de su estado, indicándose que presentaba un cuadro de sepsis de origen puerperal, razón por la cual se ordenó realizar una laparotomía y legrado de carácter urgente.

El 31 de agosto de 2014, le fue realizado el procedimiento denominado histerectomía. El 3 de septiembre fue remitida a cuidados intensivos, donde arrojó un diagnóstico de *fascitis necrotizante*, por lo que debieron realizarle varias cirugías. El 16 de septiembre finalmente fue dada de alta. Posterior a esos eventos presentó varias secuelas tanto física como psíquicas, por lo que debió consultar por las diferentes dolencias padecidas.

2. Contestación de la demanda

2.1. Nueva EPS¹

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que, no se encuentran estructurados los elementos para declarar una responsabilidad administrativa en su contra, en el entendido que se cumplieron a cabalidad con las obligaciones como EPS, pues, no hubo negación de servicios, obstrucción de acceso al servicio médico, o alguna situación propia de competencia de la EPS. Propuso las siguientes excepciones:

- *“Inexistencia de nexo adecuado de causalidad por caso fortuito”*, explicó que la infección puerperal es una de las complicaciones postparto, la cual fue tratada adecuadamente la situación; por lo tanto, se trató de un hecho que se produjo por fuerza mayor.

- *“Inexistencia de nexo adecuado por causalidad por hecho propio o condiciones propias de la víctima”*, afirmó que la paciente fue atendida con oportunidad en el servicio de urgencias; tuvo atención continua, cumpliéndose con los protocolos médicos existentes para la patología que cursaba. Sostuvo que la Nueva EPS, desde el 25 de agosto de 2014 hasta el 11 de noviembre de 2016 emitió cerca de 91 autorizaciones para su completa atención médica, lo que permite concluir que el daño no fue producto de la falta de acceso a los servicios de salud.

- *“Carencia absoluta de prueba de nexo causal entre la omisión endilgada a nueva Eps y el daño alegado”*, indicó que, desde el punto de vista de la carga de la prueba, hay dudas respecto de los dichos de la parte actora, quien omitió aportar las pruebas necesarias para dar sustento a las afirmaciones dadas.

- *“Inexistencia de falla en el servicio médico imputable a Nueva EPS e inexistencia de nexo causal entre la actividad de Nueva EPS y el resultado final”*, explicó que el argumento de la demanda es una *mala praxis* médica en el desarrollo de la atención médica, por lo que el hecho generador no dependió de la actividad de la EPS, pues, ésta no es dueña de ninguna IPS, ni interviene en los procedimientos médicos.

- *“Cobro de lo no debido y enriquecimiento sin causa”*, adujo que se piden perjuicios morales sobre una base inexistente, y las pretensiones van más allá de una base resarcitoria, los mismos que no se ajustan a los parámetros de la jurisprudencia

¹ Pág. 6-23 A.D. “013Contestación”

2.1. Servicios Especiales de Salud-SES-²:

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que, no se encuentran estructurados los elementos para declarar una responsabilidad administrativa en su contra; que la atención fue suficiente, oportuna, diligente y cuidadosa; que se utilizaron todos los medios disponibles en la institución, no sólo por parte del personal médico asistencial, sino también los medicamentos suministrados, los equipos médicos asistenciales adecuados y las técnicas empleadas, todo lo cual consta en la historia clínica. Propuso las excepciones:

- *“Ausencia de nexo causal”*, señaló que, con base en la historia clínica se observa que SES, brindó toda la atención médica y diagnóstica indispensable de acuerdo a la patología posterior al parto, poniendo a su disposición y uso de los recursos humanos y científicos calificados y sobre todo disponibles, siendo de este modo la atención oportuna, diligente, ante todo humana y con el cuidado permitido por las condiciones específicas del caso concreto para la fecha de los hechos. En cuanto a la causalidad, señala que se debe a una situación fortuita, por lo que la parte demandante presenta una serie de problemas en especial en la prueba, que impide endilgar culpa a SES.

- *“Ausencia de responsabilidad de la institución por discrecionalidad científica de los ginecoobstetras”*: adujo que la discrecionalidad científica en cuanto a las atenciones que se le brindaron a la paciente se encontró en cabeza de los gineco obstetras contratados por SES y para lo cual es importante tener en cuenta que el médico debe proponer las estrategias al paciente y en función de la autonomía científica siendo el único hábil para ello.

- *“Exoneración de responsabilidad por advertencia de los riesgos previstos – consentimiento informado”*: indicó que, a la paciente, antes de iniciar su trabajo de parto y de forma posterior fue informada de los riesgos del procedimiento los cuales aceptó y suscribió en el consentimiento informado del 20 de agosto de 2014, 29 de agosto de 2014, 31 de agosto de 2014, 03 de septiembre de 2014, 08 de septiembre de 2014, 10 de septiembre de 2014, 18 de octubre de 2014.

- *“Excesiva tasación de perjuicios”*, aducen que no guardan relación con los parámetros establecidos en la unificación de la jurisprudencia en la sentencia del 28 de agosto de 2014.

Además, llamó en garantía a Allianz Seguros S.A. con base en la póliza de responsabilidad civil 0219204801, para que, ante una eventual condena, reembolse total o parcialmente el pago que tuviere que efectuar.

2.2. Allianz S.A. (llamada en garantía)³:

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y señaló que no le constan los hechos de la demanda. Indicó además que, solo está llamada a responder en los términos y condiciones del contrato de seguro de acuerdo con la póliza de responsabilidad civil profesional clínica hospitales 021920481.

² Pág. 24-47 AD “013Contestacon”

³ Pág. 392-411 A.D. “03CuadernoB”

Propuso las siguientes excepciones frente a la demanda: -. *“Inexistencia de relación de causa a efecto entre los actos de equipo médico, es decir, el servicio prestado por el SES Servicios Especiales de Salud y las aparentes secuelas de la señora Gloria Esperanza Naranjo”*. Manifestó que, el actuar de la entidad demandada fue oportuno, suficiente y adecuado y no fue la causa del daño reclamado; este es producto de las complicaciones inherentes a las patologías que presentaba la paciente. -. *“Inexistencia de omisión por parte del SES Servicios Especiales de Salud-Hospital de Caldas”*. La parte actora tiene la carga de probar las presuntas omisiones de la entidad accionada. -. *“Falta de los presupuestos que configuran la responsabilidad en nuestra legislación”*. Sostuvo que la causa del daño es un acto que se encuentra fuera de control de SES; por ello, no hay relación de causalidad entre este elemento de la responsabilidad y la conducta del personal del Hospital de Caldas. -. *“Excepción de cobro excesivo de los perjuicios morales y daño a la salud (daño a la vida en relación”*. Indicó que los daños reclamados, no podrán ser reconocidos en suma mayor a la establecida por sentencia de unificación del Consejo de Estado.

Frente al llamamiento en garantía propuso las excepciones: -. *“Sujeción de las partes al contrato de seguro y a las normas legales que lo regulan”*. La relación entre Allianz Seguros S.A. y SES debe decidirse con base en el contrato de seguro suscrito entre las partes y las normas que lo regulan. -. *“Inexistencia de obligación al no existir responsabilidad imputable al asegurado”*. Parte de la base de que el Servicios Especiales de Salud no es responsable del daño reclamado por la accionante y por tanto no es procedente condena alguna de reembolso en contra de la Aseguradora. -. *“Límite de cobertura en cuanto al pago de indemnizaciones bajo la póliza objeto del llamamiento en garantía”*. Ante una eventual condena, la aseguradora solamente responde por la suma asegurada en el contrato suscrito con la demandada. -. *“Deducible a cargo del asegurado”*. El deducible está pactado por un valor mínimo que debe ser cancelado por la accionada en caso de condena.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones *“INEXISTENCIA DE ELEMENTOS QUE PUEDAN CONFIGURAR LA EXISTENCIA DE UNA RESPONSABILIDAD”* entre otras propuestas por la Nueva EPS y no probadas las excepciones propuestas por el SES, por lo que fue declarado patrimonialmente responsable por los perjuicios generados a los demandantes y lo condenó al pago de perjuicios morales, a 400 SMMLV a la víctima por concepto de daño a la salud y \$1.139.000 por lucro cesante, la suma de. Además, ordenó a Allianz restituir a favor del SES el 100% de la condena impuesta.

Para fundamentar su decisión, luego del análisis jurídico y probatorio concluyó que, el daño se constituye *“en las secuelas transitorias y permanentes que le fueron ocasionadas tras habersele practicado una “ANEXO HISTERECTOMÍA ABDOMINAL SUBTOTAL” el 31 de agosto de 2014 en el SES Hospital de Caldas, cuando se encontraba en tratamiento y observación para curar los diagnósticos de “sepsis puerperal y endometritis” que se le detalló durante su postparto cuando ingresó a urgencia el 25 de agosto de 2014”*.

Que dicho daño era imputable al SES bajo el título jurídico de imputación de falla probada del servicio médico, por cuanto:

“(i) al margen de que no se tiene certeza de la causa - en sentido material o fenoménico - de cómo se adquirió la infección, lo cierto es que la paciente Gloria Esperanza Naranjo Jaramillo

ingresó al centro hospitalario el 20 de agosto de 2014 sin ninguna manifestación de tenerla y regresó al mismo por urgencias pasadas 72 horas con síntomas y signos de contagio, de contera que se resuelva que esta se adquirió de forma intrahospitalaria, y (ii) por existir elementos suficientes para considerar que el personal médico hubiese podido tomar medidas tempranas como el legrado uterino para tratar la infección padecida por la paciente y no recurrir a este procedimiento pasados 5 días desde su ingreso y en consecuencia verse obligado a recurrir a la anexo-histerectomía abdominal".⁴

Sostuvo que, el personal médico solo contaba con el consentimiento de la señora GENJ, suscrito previo a la cesárea. Aunado a lo anterior, refirió que no se configuró ningún eximente de responsabilidad en relación a la adquisición de la infección en favor del SES.

4. Recurso de apelación

4.1. SES Hospital de Caldas

Solicitó revocar el fallo, para lo cual indicó que la parte demandante no demostró que la infección fuera adquirida durante la atención médica o el acto quirúrgico denominado cesárea; que además, no fue acreditado que dicha circunstancia fuera por ocasión a un descuido o negligencia en la adopción y el cumplimiento de las medidas de higiene y bioseguridad, que son requeridas para minimizar el riesgo en la mayor medida de lo científicamente posible.

Refirió que, es un error que el despacho de primera instancia a manera indiciaria presuma que cuando la señora Gloria Esperanza fue dada de alta el 22 de agosto de 2014 su organismo ya había adquirido la infección, sin que se hubiese presentado síntomas relacionados, al parecer por su periodo de incubación.

Frente a la ausencia de la suscripción de consentimiento informado por los familiares de la paciente, respecto al procedimiento anexo-histerectomía abdominal, señaló que el juzgado pasó por alto lo descrito en el *cuaderno 3 expediente 001 folio 8* donde se indica que el doctor Jorge Enrique Serna Ginecoobstetra de su puño y letra informó a los familiares la necesidad de realizar el procedimiento, siendo autorizado por la hermana de la paciente, de nombre Yuri Alejandra Naranjo.

Que incurrió en contradicción la falladora de primera instancia, en tanto refirió, por un lado, la necesidad de que se firmara el consentimiento informado por la paciente, lo cual implicaba despertarla de la anestesia y por el otro, que se argumente el escenario de necesidad y de urgencia de realizar el procedimiento quirúrgico sin el consentimiento, por cuanto de no hacerlo, podía perder la vida la paciente. Adicionalmente, frente a la falta de consentimiento por parte de la paciente respecto al último procedimiento quirúrgico, refirió que la misma paciente, en la suscripción del consentimiento informado del 20 de agosto de 2014, fue informado sobre la posibilidad de realización de una histerectomía.

En cuanto a lo expresando en el fallo, sobre la tardanza en realizar legrado, manifestó que la conducta asumida por el personal médico se justifica en la medida que era necesario esperar a que se diera unos síntomas realmente evidentes, puesto que la paciente no tenía

⁴ Pág. 50 AD "068Sentencia"

el cuadro típico de una endometritis al momento del ingreso, siendo precisamente esa situación la que impedía realizar el legrado uterino de entrada en una paciente joven y por lo tanto dada su autonomía médica y científica decidieron esperar a que mostrara síntomas realmente evidentes.

Frente a la condena por daño a la salud, señaló que no se demostró o bien con dictamen de medicina legal o dictamen de Junta Regional de Calificación de Invalidez, la gravedad de las lesiones padecidas o el grado de pérdida de la capacidad laboral de la paciente

4.2. Allianz

Solicitó revocar el fallo y en su lugar negar las pretensiones, para ello señaló que, no se probó que los médicos del SES al realizar la cirugía del 31 de agosto de 2014, hubiesen incumplido los protocolos de manejo y guías de atención para esta clase de cirugías y además, la parte demandante no probó que los gérmenes estuviesen en los materiales quirúrgicos y que esto fuera por haber sido mal esterilizados, o que fuera adquirida la infección por deficiente manejo de la técnica quirúrgica.

Que el fallo no tuvo en cuenta los testimonios practicados, en tanto hacían referencia a los factores de riesgo de realizar la cesárea; que tampoco se refirió que la perito Liliana del Socorro Dávila Arias, no abordó el interrogante referente a si el Hospital de Caldas cumplió o no con los protocolos para prevenir cualquier clase de infección.

Que, de acuerdo con el consentimiento informado del 20 de agosto de 2014, la paciente fue enterada de los posibles riesgos que traía la realización de la cesárea y las posibles secuelas que ello podría traer.

Respecto a los perjuicios morales sostuvo que, la condena no era procedente por cuanto no se demostró que la incapacidad permanente de la víctima fuera superior al 50% y tampoco existe dictamen proferido por la Junta de Calificación de Invalidez de Caldas o de medicina legal que determine la gravedad de la lesión padecida. Además, no se demostraron los lazos afectivos o de cercanía de la víctima con los hermanos, abuelos, o tías de la señora Naranjo Jaramillo, y no fue probada la mayor intensidad en el padecimiento del daño moral.

Frente a la condena de 400 SMMLV por concepto de daño a la salud, señaló igualmente que, no se demostró el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, por lo que solicitó que se fije como monto máximo por este tipo de daño la suma de 100 SMMLV.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿El daño consistente en las afectaciones a la salud de la señora GENJ y las secuelas padecidas son imputables al SES Hospital de Caldas?*

¿Los perjuicios fueron debidamente acreditados y estimados en el fallo?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

El daño consistente en las afectaciones a la salud de la señora GENJ no es imputable al SES Hospital de Caldas, por cuanto: i) no se encuentra acreditado que la infección fue adquirida en el centro hospitalario, siendo causas más probable, los factores propios de la paciente y el trabajo de parto y la cesárea; ii) la infección era una posible consecuencia del procedimiento quirúrgico practicado, de lo cual fue informada la paciente; iii) se demostró que se utilizaron medidas de asepsia, se utilizaron antibióticos preventivos antes de realizar la primera cirugía, y iii) la atención que fue suministrada a la paciente fue adecuada y oportuna.

Para fundamentar lo anterior y dado que el daño, consistente en las afectaciones a la salud de la señora GENJ y que el *a quo* encontró acreditado, no es objeto de controversia por la parte apelante, se hará referencia: i) al fundamento jurídico sobre la imputación; para descender al ii) análisis de la imputación en el caso concreto.

2.2. 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 procesales⁵.

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

⁵ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

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.⁶

2.3. Análisis sustancial del caso concreto

En cuanto a la imputación, el *a quo* le dio la razón a la parte demandante y señaló en síntesis que, el daño es atribuible al SES, por cuanto la infección que ocasionó los diagnósticos de sepsis puerperal y endometritis fue adquirida de forma intrahospitalaria cuando la señora GENJ estuvo sometida al trabajo de inducción al parto y a la cesárea; y por cuanto el personal médico omitió adoptar medidas tempranas, como el legrado uterino para tratar la infección.

Los apelantes al respecto señalaron que, el daño no es imputable al SES, por cuanto no se demostró que la infección fuera adquirida durante el la atención médica o el acto quirúrgico; tampoco fue acreditado que dicha circunstancia fuera por un descuido o negligencia en la adopción y el cumplimiento de las medidas de higiene y bioseguridad; que además, la paciente fue enterada de los riesgos que traía la realización de la cesárea y las posibles secuelas y que se contó con el consentimiento informado respecto al procedimiento anexo histerectomía abdominal.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala precisa que, una infección nosocomial o intrahospitalaria, es una *“infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del internado. La causa de estas infecciones está asociada a bacterias o microorganismos, entre los cuales se encuentran las bacterias, los hongos y virus”*.⁷

En estos eventos, el Consejo de Estado⁸ ha precisado que:

*“De modo que, la responsabilidad médica derivada de daños ocasionados como consecuencia de actividades médico-sanitarias es posible analizarla en principio bajo el régimen de la falla probada del servicio, lo que impone al demandante la carga de acreditar probatoriamente el daño, la falla en el acto médico y el nexo causal entre esta y la consecuencia dañosa, sin perjuicio de que en determinados casos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva. En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, por ejemplo, en casos de infecciones nosocomiales o intrahospitalarias puede examinarse la responsabilidad del Estado bajo la óptica de responsabilidad objetiva”*⁹.

En estos casos, para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, quien alega haber

⁶ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, Rad.: 24392.

⁷ Definición proveniente de la Organización Mundial de la Salud (“Prevención de las infecciones nosocomiales”, 2003, p. 2) citada por el Consejo de Estado -Sección Tercera en sentencia del 18 de mayo de 2017. Radicado 730012331000200601328 01 (36.565).

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Milton Chaves García Bogotá Sentencia de tutela del 23 de febrero de dos mil 2023. Radicado: 11001-03-15-000-2022-05536-01

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011. Rad.: 20836.

*sufrido un hecho dañoso deberá acreditar que la infección que afectó al paciente fue adquirida en el centro hospitalario o asistencial, sin que en tal evento resulte necesario acreditar que la entidad accionada actuó de manera indebida y/o negligente. Por su parte, la demandada podrá eximirse única y exclusivamente probando que la infección ocurrió como consecuencia de una causa extraña”.*¹⁰ (Se resalta)

En sentencia el 21 de septiembre de 2020¹¹, señaló:

“8. En los eventos de responsabilidad por infecciones adquiridas en centros clínicos u hospitalarios -infecciones nosocomiales-, de conformidad con la regla del artículo 177 del CPC, el demandante debe demostrar que la infección la adquirió durante la atención médica o el acto quirúrgico dentro del hospital. Además, debe acreditarse que la infección fue consecuencia de un descuido o negligencia de la entidad demandada en la adopción de los protocolos y en el cumplimiento de las medidas de higiene y bioseguridad requeridas para minimizar el riesgo en la mayor medida de lo científicamente posible, porque a pesar de estas medidas, es imposible garantizar un ambiente de asepsia total.

En estos casos, la infección nosocomial para el centro hospitalario es irresistible, pues a pesar de adoptar todas las medidas y seguir los protocolos para la desinfección tanto del ambiente quirúrgico u hospitalario, de los instrumentos y del mismo cuerpo del paciente, el riesgo de infección se concreta. Aunque el daño ocurre dentro del hospital, este le es jurídicamente externo, porque no lo pudo evitar aún en cumplimiento de su deber de diligencia y cuidado.

A pesar de que hay pronunciamientos aislados en los que se ha acudido al título de riesgo excepcional para imputar los daños causados por infecciones intrahospitalarias, no constituyen un criterio unificado, porque (i) el título de imputación para los eventos de responsabilidad médica sigue siendo la falla del servicio y (ii) la mayoría de decisiones han abordado estos eventos desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva.

La Corte Suprema de Justicia, en el ámbito contractual, también ha considerado que la responsabilidad civil de las clínicas y hospitales, por daños derivados de enfermedades intrahospitalarias, procede bajo el concepto subjetivo de culpa. En estos eventos, la culpa se configura por negligencia en la asepsia de los instrumentos quirúrgicos, por contagio causado por sus dependientes y por imprudencia y falta de cuidado en la asepsia del ambiente hospitalario¹².

Acudir a teorías objetivas en estos escenarios, además de calificar el servicio médico como una actividad riesgosa o peligrosa, que desincentiva su ejercicio, supone una desnaturalización de la responsabilidad del Estado por conceptos que son ajenos al juez de la administración, como la solidaridad, el aseguramiento o la equidad, categorías reservadas a los responsables de

¹⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de noviembre de 2007, Rad.: 2002-00070; Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de junio de 2014, Rad.: 27089; Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 25 de junio de 2014, Rd.: 30583; Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de agosto de 2020, Rad.: 47772; y Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de junio de 2021, Rad.: 51012.

¹¹ Sección Tercera, Consejero Ponente Guillermo Sánchez Luque, radicado 05001-23-31-000-2002-00385-01 (39132).

¹² Cita de cita: “Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 8 de septiembre de 1998, Rad. 5143”.

formular políticas públicas: el legislador y el ejecutivo.

Los pacientes deben asumir los riesgos inherentes a los procedimientos médicos, que no sean imputables a la falla probada del servicio. Por ello, a los casos de infecciones nosocomiales les aplica la regla general de la responsabilidad médica. En consecuencia, el demandante debe demostrar que el daño tuvo causa en el actuar culposo y negligente de la entidad demandada, por desconocer los protocolos de higiene y medidas de bioseguridad". (Se resalta)

Y en sentencia del 6 de julio de 2021 reiteró que, a la parte demandante le corresponde demostrar "que la infección la adquirió durante la atención médica o el acto quirúrgico dentro del hospital. Además, debe acreditarse que la infección fue consecuencia de un descuido o negligencia de la entidad demandada en la adopción de los protocolos y en el cumplimiento de las medidas de higiene y bioseguridad requeridas para minimizar el riesgo en la mayor medida de lo científicamente posible, porque a pesar de estas medidas, es imposible garantizar un ambiente de asepsia total."¹³

Por lo tanto, atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, a efectos de establecer si el daño es imputable al SES, se analizará: i) si la infección que presentó la señora GENJ fue adquirida en el centro hospitalario, si era un riesgo propio del acto médico; si la infección obedeció a la falta de cuidado del personal médico o el incumplimiento de protocolos de asepsia y ii) si la atención que fue suministrada a la paciente fue adecuada y oportuna.

2.3.1 De la infección que presentó la señora GENJ

De acuerdo con la historia clínica referente a la atención que se suministró en el SES Hospital de Caldas¹⁴ se encuentra acreditado que:

- El 20 de agosto de 2014 la señora GENJ ingresó a la institución por cuanto cursaba 40 semanas de gestación, quien luego de ser valorada y de procurarse maduración cervical, se decidió por el personal médico realizar cesárea, procedimiento quirúrgico que se llevó a cabo el día 21 de la misma calenda.¹⁵

- El día 22 siguiente fue dada de alta registrándose la siguiente nota de evolución:

*"PACIENTE CON ADECUADA EVOLUCIÓN DE POSTCESAREA, EN EL MOMENTO CLÍNICA Y HEMODINAMICAMENTE ESTABLE, SIN SIRS, UTERO CON ADECUADA INVOLUCIÓN Y TONICIDAD, SANGRADO VAGINAL ESCASO, LOQUIOS NO FETIDOS, HERIDA QUIRÚRGICA EN ADECUADAS CONDICIONES, SIN SANGRADO ACTIVO NI CAMBIOS INFLAMATORIO, SE DECIDE ALTA HOSPITALARIA DESPUES DE LAS 15+53 CON RECOMENDACIONES GENERALES."*¹⁶

Es decir, al momento del egreso de la paciente, no presentaba signos de infección, así lo documentó el médico especialista en ginecología y obstetricia Luis Edilberto Herrera

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de julio de 2021. Radicado No. 25000-23-26-000-2010-00798-01(53249)

¹⁴ A.D. "003HistoriaClinica"

¹⁵ Pág. 18-31 AD "003HistoriaClinica"

¹⁶ Pág. 41 ibidem.

Morales, quien registró en la historia clínica:

“Indicaciones

-ALTA HOSPITALARIA – SULFATO FERROSO (...) CONTROL EN 72H CON RECIÉN NACIDO CON MEDICO GENERAL EN SU EPS- CONTROL POST PARTO EN UNA SEMANA CON MEDICO GENERAL EN SU EPS – LACTANCIA MATERNA EXCLUSIVA POR 6 MESES – RETIRO DE PUNTOS DE SURA EN 10 DÍAS – SE DAN RECOMENDACIONES DE MANEJO AMBULATORIO Y SIGNOS DE ALARMA POR LOS CUALES RECONSULTAR (PRESTA FIEBRE, DOLOR ABDOMINAL INTENSO, FLUJO VAGINAL FETIDO, SANGRADO VAGINAL ABUNDANTE, ALTERACIONES DE PIEL DE MAMAS, CAMBIOS INFLAMATORIO O SANGRADO ACTIVO EN HERIDA QUIRÚRGICA, ENTRE OTROS)”¹⁷

- El 25 de agosto de 2014 siendo las 7:03 pm, la señora GENJ acudió nuevamente al SES presentando, según nota médica de la historia clínica, lo siguiente:

“PACIENTE CON CUADRO FEBRIL Y DOLOR ABDOMINAL. PARACLINICOS CON REACCIÓN LEUCOCITARIA IMPORTANTE Y NEUTROFILIA. RX DE TORAX NORMAL. PACIENTE PERSISTE NORMOTENSA. DADO EL ANTECEDENTE DE CESAREA Y PUERPERIO SOSPECHO CUADRO DE ENDOMETRITIS. SOLICITO VALORACIÓN CONCEPTO POR GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA...”¹⁸

- El 26 de agosto de 2014 a la 1:43 am, se registró la valoración por el médico ginecologista Luis Edilberto Herrera Morales, quien señaló una impresión diagnóstica de “sepsis puerperal” y sobre el estado de la paciente registró en la historia clínica:

“Análisis

CUADRO CLÍNICO SUGESTIVO DE ENTUERTOS, SIN EVIDENCIA DE SIGNOS DE IRRITACIÓN PERITONEAL, SIN EMBARGO DEBE SER REVALUADA CON ECOGRAFÍA ABDOMINAL TOTAL EN HORA DE LA MAÑANA, CONSIDERANDO LA FIEBRE, LEUCOCITOSIS ELEVADA, NEUTROFILIA Y PCR HAY QUE PENSAR EN PROCESO INFECCIOSO PÉLVICO DE ORIGEN OBSTÉTRICO – SE DECIDE HEMOCULTIVOS Y VIGILANCIA CLÍNICA (...)

Indicaciones

POSICIÓN SEMIFLOWER OXIGENO BAJO CÁNULA NASAL 1L MINUTO. SSN 100 CC HORA. GENTAMICINA 160 MGR CADA 24 IV CLINDAMICINA 600 MGR CADA 6 HORAS IV. ENOXAPARINA 40 MGR SC DOSIS ÚNICA. SS HEMOCULTIVOS 1 Y 2 ECOGRAFÍA ABDOMINAL TOTAL EN LA MAÑANA CURVA TÉRMICA Estricta CONTROL DE SX VITALES AVISAR CAMBIOS”¹⁹

- A las 2:57 pm del 26 de agosto de 2014, se registra en la historia clínica de la paciente los resultados de la ecografía abdominal, en la que se reportó:

“(...) no se observan lesiones focales ni difusas en su parénquima (...) Útero aumentado de tamaño por estado puerperal. Eco endometrial central. Sus contornos son bien definidos. No hay liquido libre en cavidad. CONCLUSIÓN ABDOMINAL – EL ESTUDIO

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Pág. 45-49- ibidem.

¹⁹ Pág. 51 – 52 AD “003HistoriaClinica”.

ABDOMINAL ES NORMAL – UTERO EN ESTADO PUERPERAL CON AUUMENTO EN SU VOLUMEN – NO SE IDENTIFICARON COLECCIONES EN CAVIDAD ABODOMINAL O LIQUIDO LIBRE, DETECTADO POR ESTE METODO DE IMAGEN."²⁰

- A las 11:38 pm de la fecha ya señalada, se registró la siguiente nota médica: *"paciente en aceptables condiciones, afebril, hidratada, con palidez generalizada..., ruidos cardiacos taquicárdicos, regulares, no soplos, campos pulmonares sin agregados... abdomen: blando, con dolor a la palpación de hipogastrio, sin irritación peritoneal, herida quirúrgica cubierta con micropore, sin secreciones, es seca, peristalsis + extremidades: sin edemas"*.²¹

- El 27 de agosto de 2014, a las 4:21 pm se registró: *"paciente en estable condición general, alerta, consciente, orientada, polipneica, sin signos de dificultad respiratoria, pálida, diaforética, fría, auscultación cardipulmonar sin hallazgos. Abdomen blando no definido, no signos de irritación peritoneal. Herida quirúrgica en buenas condiciones sin sangrado activo, sangrado vaginal escaso no fétido..."*.²² En la misma fecha se decidió por el personal médico trasladar a la paciente a la unidad de cuidado intermedio de la institución.²³

- El 28 de agosto de 2014, siendo las 12:53 pm se registró la evolución indicándose: *"Paciente en regulares condiciones generales consciente, orientada globalmente, afebril hidratada con palidez generalizada... abdomen: blando, depresible, con dolor a la palpación de hemiabdomen inferior, aunque sin signos de irritación peritoneal, útero a 1 cm de cicatriz umbilical. Herida quirúrgica sana sin secreciones..."*.²⁴

- En la misma fecha se registró el resultado de hemocultivo que arrojó: *"NEGATIVO A LAS 48 HORAS DE INCUBACIÓN"*²⁵; además se registró el siguiente análisis:

"...mujer de 22 años, en pop tardío de cesárea (...) quien ingresó por cuadro febril y de deterioro de su estado general, evidencia de respuesta inflamatorio sistémica con RIS clínicos, que sugieren sepsis puerperal, se toma eco abdominal que reportó útero en estado puerperal con aumento en su volumen. No se identificaron colección en cavidad abdominopélvica o líquido libre; se decidió inicio de gentamicina y clindamicina como manejo empírico. (...) El día de hoy paciente en regulares condiciones, con dolor abdominal aunque sin signos de irritación peritoneal (...) considero inicio de ampicilina sulbactam y suspensión de clindamicina, para mejorar cubrimiento, se ajusta gentamicina...".²⁶

- El 29 de agosto de 2014, siendo las 6:52 am se registró la siguiente nota médica en la unidad de cuidado intermedio: *"(...)- Ultrasonografía pélvica ginecológica transvaginal (...) escasa cantidad de liquido libre probablemente reactivo en la cavidad abdominopélvica- de ambos lóbulos inferiores – el día de hoy en regulares condiciones generales, con persistencia de sepsis y sirs activa, paraclínicos muestra adecuado control metabólico..."*.²⁷

²⁰ Pág. 63 ibidem.

²¹ Pág.66 ibidem

²² Pág. 74 ibidem.

²³ Pág. 78 ibidem.

²⁴ Pág. 84 ibidem.

²⁵ Pág. 85 ibidem.

²⁶ Pág. 85 AD "003HistoriaClinica"

²⁷ Pág. 99 ibidem.

- Siendo las 6:06 pm de la fecha señalada, la paciente fue valorada por el especialista en ginecología y obstetricia Andrés Leonardo Naranjo Cardona, quien anotó en la historia clínica:

*“Paciente con pop tardío de cesárea (...) con cuadro febril y deterioro de su estado general, desde el ingreso con evidencia de respuesta inflamatoria sistémica (...) tac abdominal contrastado el cual muestra útero aumentado de tamaño, lo cual es normal para su estado puerperal. Demostrándose aparente acumulación de escasa cantidad de liquido residual en la cavidad encometrial. Llevada en la mañana de hoy a eco transvaginal con formación de pequeño hematoma extrauterino, adyacente a la misma y con presencia de coagulo de la cavidad uterina también en contacta con la misma cicatriz, por este motivo y dada la presencia de signos de proceso inflamatorio – infeccioso se recomienda descartar infección de la herida quirúrgica a nivel del útero. Aunque la herida externa esta limpia sin eritema ni calor, ni signos locales, valorada en conjunto con la dra Martha Torres decidimos programar para laparotomía y posible legrado urgente”.*²⁸

- El 30 de agosto de 2014, siendo las 10:35 am se registró procedimiento quirúrgico, del cual se destaca lo siguiente: *“...se retira sutura de piel, no hematomas ni absceso, fascia de aspecto normal, se retira sutura, liquido cetrino escaso, músculos rectos abdominales bien perfundidos, no hematomas ni abscesos. Útero bien contraído, bien perfundido, histerorrafia normal, no hematomas ni colecciones de otro tipo. Anexos normales...”*²⁹

- El 31 de agosto de 2014, siendo las 8:52 am se registró la siguiente valoración por el médico cirujano Andrés Villada Duque:

*“Paciente con cuadro de sepsis dado por hiperdinamia cayademia sin estado de choque hasta el momento de origen desconocido, presunto origen abdominal, se solicita valoración por “persistencia de dolor abdominal” en fosa iliaca derecho. Por hallazgos clínicos taquicardia polipnea, dolor abdominal agudo quirúrgico se considera llevar a cirugía pero la paciente no aceptó procedimiento porque fue intervenida en el día de ayer por ginecología se le explican riesgos beneficios, como conducta alterna se solicita tac abdomen contrastado, se comenta casos con ginecólogo de turno dr Serna y se sugiere realización de legrado obstétrico para toma de muestra del interior del útero para descartar edometritis post parto. Se debe continuar manejo en cuidado crítico reanimación soporte y manejo antibiótico de amplio espectro se revalora con resultados”.*³⁰

- Siendo las 10:26 am de la fecha señalada, la paciente fue valorada por el ginecobstetra Jorge Enrique Serna López, quien anotó en la historia clínica:

“Paciente quien continua en muy regulares condiciones, persisten signos de sepsis con leucocitosis, cayados y pcr elevada, continuamos considerando que el foco no es obstétrico, pues como se describió ayer en la laparotomía se observó útero y anexos de aspecto normal, además, los loquios siempre han sido normales, de todas formas y evaluada conjuntamente con cx general, ante la dificultad del diagnóstico, y la gravedad de la paciente realizar cultivo de contenido cavidad uterina, aunque hacemos la salvedad de la poca confiabilidad de este

²⁸ Pág. 109 ibidem.

²⁹ Pág. 114 ibidem.

³⁰ Pág. 130 ibidem.

*examen.*³¹

- Siendo la 1:14 pm de la fecha anotada, el ginecobstetra ordenó programar a la paciente para realizar el procedimiento denominada *“legrado obstétrico bag”*.³² A las 5:13 se registró en la historia clínica que la señora GENJ fue llevada a cirugía en y se describió:

“Previo asepsia y antisepsia, bajo anestesia general, por técnica abierta se crea puerto umbilical para cámara, incisión infraumbilical.

Se introduce puerto, inducción de neumoperitoneo, introduce cámara, inserción de trabajo puertos bajo visión directa y realiza laparoscopia diagnóstica, revisión sistemática de la cavidad encontrando hígado con cambios de perfusión en lóbulo izquierdo (...) asas delgadas y gruesas con distensión, no presencia de otras alteraciones, en fosas iliacas se identifica plastrón el cual se desmantela encontrando líquido de aspecto turbio purulento, edema de trompas y en útero epiplón adherido el cual se retira y encuentra el mismo de aspecto isquémico, se toman muestras y se valora con ginecólogos de turno quienes consideran cursa con proceso a este nivel y decide realización de anexo histerectomía, revisión de hemostasia, se drena aire y retiran puertos y cierre de los mismo en dos planos recuento completo no complicaciones, ginecología procederá a retiro de útero y anexos por proceso infeccioso”.³³

- Según la descripción quirúrgica de la historia clínica a la señora GENJ se le realizaron los siguientes procedimientos:

“Primer tiempo QCO.... legrado obstétrico

(...)

Segundo tiempo... laparoscopia diagnóstica ... CX General (dr Villada)

Líquido libre en cavidad de aspecto turbio – (...) ambas fosas iliacas con plastrón y líquido de aspecto turbio – purulento, edema de trompas y en útero de aspecto isquémico con epiplón adherido.

Dados los hallazgos en la laparoscopia se decide realizar anexohisterectomía abdominal. Se le explica a la familia los hallazgos y la necesidad de realizar el procedimiento propuesto

Tercer tiempo: anexohisterectomía abdominal subtotal...”.³⁴

De lo señalado se desprende que, luego de la realización de la cesárea, la señora GENJ, no mostró signos de tener infección de algún tipo; luego, al reingreso el 25 de agosto de 2014, presentó síntomas - *cuadro febril y dolor abdominal, paraclínicos con reacción leucocitaria importante y neutrofilia*- respecto de los cuales el médico que dio la atención inicial consignó una impresión diagnóstica de *“endometritis”*³⁵, por lo cual decidió consultar con la especialidad de ginecología y obstetricia, quien señaló una impresión diagnóstica de *“sepsis puerperal”*.

El médico ginecobstetra Jorge Enrique Serna, respecto al diagnóstico de *“sepsis puerperal”*, explicó ante el despacho de primera instancia que, se refiere a un cuadro infeccioso que le ocurre a la paciente después que ha tenido su parto o cesárea y los 42 días posteriores a su

³¹ Pág. 133 AD “003HistoriaClinica”

³² Pág. 139 ibidem.

³³ Pág. 148 ibidem.

³⁴ Pág. 151 ibidem.

³⁵ Infección de la capa mucosa del útero (endometrio)

acontecimiento.

De acuerdo con el documento *“Sepsis puerperal: de la prevención al tratamiento”*³⁶, la endometritis puerperal *“Es la infección bacteriana de la decidua (endometrio del útero de una mujer gestante) que puede extenderse hasta miometrio y/o parametrio”*.

En cuanto a las causas y origen de la infección que contrajo la señora GENJ, la médica especialista en ginecología y obstetricia Liliana del Socorro Dávila Arias³⁷, en su dictamen manifestó que:

“El cuadro clínico desde el primer momento se enfoca como una posible infección obstétrica la cual es multicausal por ser la suma de múltiples condicionantes propios de la paciente y de su entorno (integridad de la piel, flora microbiana propia de la piel y tracto genital, peso corporal, cantidad de grasa, niveles de colágeno en tejidos, medidas de asepsia y antisepsia, uso indiscriminado de antibióticos).”

Sobre la transmisión de este tipo de infecciones, la experta señaló:

“Se trata de una paciente embarazada que llega a la semana 40 de gestación sin desencadenar un trabajo de parto espontáneo y solicita que sea hospitalizada para manejo de su parto. Para tal fin es necesario iniciar medicamentos para lograr cambios en el cuello uterino que no se han dado de manera natural a esta edad gestacional. Después de 3 dosis de medicamento madurador, el cuello uterino no tiene los cambios necesarios para iniciar con un trabajo de parto que permita una culminación vía vaginal llamada parto eutócico (parto por vagina, de cabeza y sin complicaciones). Por tanto se requiere llevar a cesárea (factor de riesgo mayor no modificable para infecciones posteriores mayores según la INSS National Nosocomial Infections Surveillance System), siendo esta necesaria para obtener un producto de la gestación vivo y no habiendo otras vías para culminar la gestación.

(...)

La cirugía ginecológica es mayoritariamente de tipo limpia contaminada, por lo que es subsidiaria de profilaxis antibiótica de amplio espectro para prevención de la mayoría de las infecciones posteriores. Dicha recomendación se extiende hoy a todas las cesáreas. Para el desarrollo de estas infecciones, juegan un papel importante la inmunidad del paciente al momento del procedimiento y la colonización de la piel por ciertas bacterias propias del individuo”.

Así mismo, precisó que existen diversos factores de riesgo para la infección del sitio operatorio, dentro de los cuales se encuentran los relacionados con el embarazo, indicando que: *“...El embarazo como tal constituye un factor de riesgo de inmunosupresión. En un embarazo, el cuerpo de la madre debe suprimir su propio sistema inmune para evitar que ataque al feto, pero a la vez debe mantener su capacidad de defensa ante las infecciones”.*

Sostuvo la misma experta en la sustentación del dictamen que, no era posible determinar si la paciente para el 22 de agosto de 2014 se encontraba en periodo de incubación; además

³⁶ Capítulo 15. Sepsis puerperal: de la prevención al tratamiento. Leidy Lorena Sánchez Sánchez – Especialista en Ginecología, Universidad de Antioquia. Revista XXVIII Actualización en Ginecología y Obstetricia de la Universidad de Antioquia. Consultado en la página web: https://revistas.udea.edu.co/index.php/ginecologia_y_obstetricia/article/view/347003/20808538

³⁷ AD “001_Dictamen”

que, la endometritis está catalogada dentro de las definiciones de infección nosocomial, pero no todas endometritis son infecciones adquiridas intrahospitalarias. Señaló que, la sepsis puerperal puede catalogarse como una infección nosocomial, siempre y cuando exista una prueba que indique que, al momento del ingreso de la paciente para realizar la cesárea, el germen que posteriormente causaría la infección no estaba en periodo de incubación; por el contrario, en caso de no existir dicha prueba, no puede hablarse o presumirse que la infección la contrajo en el acto quirúrgico.

Las conclusiones del referido dictamen pericial son atendibles, teniendo en cuenta que quien lo elaboró acreditó su experiencia y conocimientos en la materia, dado que se trata de una médica especialista en ginecología y obstetricia, lo cual la hace profesional idónea para el cargo que desempeñó; además, no se advierten motivos para dudar de su imparcialidad; el dictamen fue debidamente fundamentado y sustentado; sus conclusiones son claras, razonadas y concordantes.

Por otra parte, el testigo Mauricio Osorio Chica, médico especialista en cirugía general y cirugía gastroenterológica, profesional que presta sus servicios en el SES, con 26 años de experiencia profesional y quien atendió a la señora GENJ posterior a la realización de la *anexo histerectomía*, señaló que:

- En las infecciones post operatorias, ya sea cesárea, de apéndice o en una vesícula, generalmente los gérmenes vienen del paciente, ya sea que vengan en la piel o en el mismo órgano que se interviene y son las que generan las infecciones.
- Que es muy poco usual que las infecciones vengan de “*afuera*”; tendría que ocurrir que se rompan totalmente los protocolos y así se produjera una infección del ambiente hacia los órganos del paciente.
- Que de acuerdo con la historia clínica, la paciente cuando consultó con posterioridad a la cesárea, no tenía signos de presentar algún tipo de infección, dado que la herida quirúrgica estaba sana.

Andrés Villada Duque, médico especialista en cirugía de tórax, quien presta sus servicios en el SES y atendió a la señora GENJ, rindió testimonio ante el juzgado de primera instancia, en el que señaló que:

- Existen diferentes estudios que indican que ciertos pacientes son portadores de estafilococo o bacterias diferentes y ellos hacen la infección o, hacen *bacteremia*; explicó a manera de ejemplo que, cuando a un paciente le ponen un catéter o una sonda vesical, o le ponen cualquier instrumentación, entonces hay bacterias que ingresan en ese momento, la cual puede hacer una siembra en cualquier parte del cuerpo y posteriormente genera la infección.
- Que no es posible dar una causa específica del origen de la infección, más aún si se tiene en cuenta que en el SES se toman las medidas para el cuidado y evitar infecciones en un proceso quirúrgico.
- Que la Institución realizó el análisis del caso de la señora GENJ y dentro de las posibles causas de la infección se indicó que, ella laboró en una unidad de cuidados

intensivo como auxiliar de enfermería, entonces parten de que según varios estudios analizados señalan que, pacientes colonizados por su trabajo, por su exposición habitual pueden hacer traslocaciones y pueden hacer ese tipo de infecciones severas.

- Que tanto la cesárea como cualquier intervención quirúrgica puede ser un factor de riesgo para adquirir bacterias, como también lo pueden ser las salas o el ambiente quirúrgico, razón ésta que lleva a que el SES busque asegurar todas las medidas de calidad y seguridad del paciente; que en dicha institución, manejan el protocolo de "cirugía segura", el cual consisten en aplicación de antibiótico profiláctico y aseguramiento del sitio operatorio, sin embargo, nunca el riesgo va a ser cero.

Jorge Enrique Serna López, médico especialista en ginecología y obstetricia, profesional que presta sus servicios en el SES y atendió a la señora GENJ, rindió testimonio ante el juzgado de primera instancia, en el que señaló:

- Que la señora GENJ, el 25 de la misma calenda, consultó presentando un cuadro infeccioso el cual denominó *sepsis puerperal*, señalando como factores de riesgos para este tipo de cuadro: 1) desnutrición, obesidad; paciente con enfermedades debilitantes y ciertos medicamentos que pueden generar inmunosupresión; 2) las asociadas al trabajo de parto, siendo factores de riesgo, partos prolongados, partos con evolución inadecuada que presentan una distocia o mala evolución del feto; ruptura de la fuente prolongada a la hora del parto; una corioamnionitis; muchos tactos a la hora del control del trabajo de parto; una hemorragia post parto; una instrumentación del parto; traumatismos en el canal del parto y la incisión de la cesárea por la vía abdominal.

- Que el único factor de riesgo que presentó la señora GENJ al ingreso para el trabajo de parto, se remontaba al séptimo mes de embarazo, en tanto se consignó en la historia clínica que había presentado una neumonía, lo cual describió como poco común por cuanto "se dan esos casos uno entre mil", ello, para significar que pocas veces una materna presenta esa enfermedad, que en lo demás era una mujer sana.

Los referidos testimonios, son creíbles teniendo en cuenta la calidad de profesionales de la salud, acreditaron tener amplia capacidad y experiencia en la materia que es objeto de discusión, así mismo, sus conceptos fueron contestes y fueron debidamente fundamentados y no fueron tachados por las partes; además existe coincidencia entre lo declarado, la historia clínica aportada, el dictamen pericial y su sustentación; adicionalmente, se advierte que los testigos que acá son valorados.

Por lo tanto, de la valoración en conjunto de las referidas pruebas se concluye que, la infección que adquirió la señora GENJ, pudo tener origen en muchas causas probables, siendo el medio hospitalario una de ellas, pero no la única, pues entre ellas se encontraban las propias del tratamiento y procedimiento quirúrgico practicado el 21 de agosto de 2014.

Aunado a ello, el hecho que la señora Gloria Esperanza fuera dada de alta el 22 de agosto de 2014 y que reingresara el 25 de agosto, por presentar síntomas relacionados con una infección, no permiten inferir necesariamente que su organismo había adquirido la infección en dicha institución, ello si se tiene en cuenta que la cesárea se realizó el 21 de agosto a las 3:07 pm y se dio de alta a las 3:56 pm del 22 de agosto siguiente, esto es, 24

horas después, y sin que presentara síntomas de infección.

Además, se encuentra acreditado que, el referido riesgo de infección fue informado a la paciente, ello se desprende del consentimiento informado que fuera suscrito por la paciente el 20 de octubre de 2014, en el que se le informó y advirtió lo siguiente:

*“b. La existencia y posible ocurrencia, o no, de los riesgos o complicaciones inmediatas o tardías de carácter general y/o específico del procedimiento y anestésicas (si es el caso), siendo las de más frecuente ocurrencia: HEMORRAGIA, SHOCK HIPOVOLEMICO, LACERACIÓN DEL CANAL DE PARTO, LACERACIÓN DE VISCERA HUECA, DESGARRO CERVICOVAGINALES, FISTULA VAGINORECETAL, SHOCK SEPTICO, TROMBOEMBOLIA, SEPSIS, MUERTE MATERNA, HISTERECTOMIA, EXTRACCION FETAL DIFICIL, ESTADO FETAL NO SATISFACTORIO, MUERTE FETAL HIPOXIA FETAL, EMBOLISMO DE LIQUIDOAMNIOTICO, TRAUMATISMO FETAL, LACERACION DE CUERO CABELLUDO FETAL, LACERACIONES CRANEOFACIALES POR FORCEPS, PARTO DISTOCICO CON LESION NEUROLOGICA, RETENCION DE HOMBROS Y DISTONIA NEUROLOGICA, CABEZA RETENIDA Y LESION NEUROLOGICA, MUERTE FETAL Y PERINATAL”.*³⁸

En relación con la concreción de los riesgos propios de las intervenciones quirúrgicas, el Consejo de Estado³⁹ ha considerado:

*[L]a jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha reiterado que, cuando los procedimientos quirúrgicos o médicos se realizan bajo una adecuada práctica profesional y no se demuestra ningún tipo de falla en la intervención, pero que, a pesar de ello, el paciente fallece o su cuadro clínico empeora, la entidad prestadora del servicio de salud quedará exonerada de responsabilidad extracontractual si al paciente o a su representante se le informó, de manera adecuada, sobre los riesgos que tenía la intervención y estos se materializaron”*⁴⁰.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que, no se encuentra acreditado que la infección fue adquirida en el centro hospitalario, siendo causas más probables, los factores propios de la paciente y el trabajo de parto y la cesárea y que dicho riesgo fue informado a la paciente, no es posible aplicar el régimen objetivo de responsabilidad. Por lo tanto, el daño debe ser analizado bajo el título jurídico de imputación de falla probada del servicio médico, como lo señaló el *a quo*

Al respecto se reitera lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia el 21 de septiembre de 2020⁴¹:

“Acudir a teorías objetivas en estos escenarios, además de calificar el servicio médico como una actividad riesgosa o peligrosa, que desincentiva su ejercicio, supone una desnaturalización de la responsabilidad del Estado por conceptos que son ajenos al juez de la administración, como

³⁸ Pág. 1 AD “001_Exp_Adm”

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de noviembre de 2021, exp. 54807, M.P. José Roberto Sáchica Méndez.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, exp. 15737, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente Guillermo Sánchez Luque, radicado 05001-23-31-000-2002-00385-01 (39132).

la solidaridad, el aseguramiento o la equidad, categorías reservadas a los responsables de formular políticas públicas: el legislador y el ejecutivo.

Los pacientes deben asumir los riesgos inherentes a los procedimientos médicos, que no sean imputables a la falla probada del servicio. Por ello, a los casos de infecciones nosocomiales les aplica la regla general de la responsabilidad médica. En consecuencia, el demandante debe demostrar que el daño tuvo causa en el actuar culposo y negligente de la entidad demandada, por desconocer los protocolos de higiene y medidas de bioseguridad”.

En cuanto al actuar culposo y negligente de la entidad demandada, por desconocer los protocolos de higiene y medidas de bioseguridad, según la historia clínica, previo a realizar la cesárea y a fin de evitar posibles infecciones, y según lo relatado por la perita Liliana del Socorro Dávila Arias, el personal médico aplicó un tratamiento antibiótico profiláctico antes de la cirugía.

En similar dirección lo indicó el médico ginecobstetra Jorge Enrique Serna López, quien manifestó que, utilizaron antibiótico profiláctico previo a la cesárea, el cual se empleó como medida de prevención para el riesgo de infección; que a la paciente se le aplicó una dosis una hora antes de la intervención quirúrgica y se colocaron a partir de ese momento tres dosis del antibiótico.

Lo anterior, encuentra respaldo además, en la historia clínica, donde se observa el “FORMATO DE ANTIBIÓTICO”⁴², en cual se consignó la siguiente observación: “paciente con alto riesgo de infección por lo que se le da aplicación a la política de prevención de infección asociada al cuidado de la salud y uso racional de antimicrobianos”.

Además, el médico ginecobstetra Luis Edilberto Herrera, quien dio el alta posterior a la cesárea, explicó que existen medidas para disminuir el riesgo de infección puerperal, señalando que el SES tiene unas políticas encaminadas a evitar la infección nosocomial, dentro de ellas se encuentran educación a los pacientes y a la comunidad en general, lavado de manos, dispensador de alcohol glicerinado, lavado de manos para todo el personal que ingresa a quirófano, también está instituido el tratamiento antibiótico preventivo y cuando lo amerite la situación el tratamiento antibiótico posterior al procedimiento quirúrgico.

Al respecto, de acuerdo a la historia clínica, concretamente, en la descripción de la cesárea practicada el 21 de agosto de 2014, se evidencia que el personal médico mantuvo los estándares de cuidado, según se observa en lo siguiente:

“Descripción Quirúrgica:

Incisión de pfannenstiel

Disección por planos (...)

Extracción fácil del producto único recién nacido atendido por equipo pediátrico de turno.

Alumbramiento activo

Limpieza de cavidad uterina.

Cierre por planos

(...)

Limpieza de goteras parietocolicas con compresa”.⁴³ (se destaca)

⁴² Pág. 33 AD “003HistoriaClínica”

⁴³ Pág. 31 AD “003HistoricaClinica”

En conclusión: no se encuentra acreditado que la infección fue adquirida en el centro hospitalario, siendo causas más probables, los factores propios de la paciente y el trabajo de parto y la cesárea; además dicho riesgo, era una posible consecuencia del procedimiento quirúrgico practicado, lo cual fue informado a la paciente; aunado a lo anterior, se demostró que, se utilizaron medidas de asepsia y antisepsia, se utilizaron antibióticos preventivos antes de realizar la cesárea, sin que se haya demostrado descuido o negligencia de la entidad demandada en la adopción de los protocolos y en el cumplimiento de las medidas de higiene y bioseguridad requeridas.

2.3.2. Respecto al tratamiento suministrado por el SES

Se indicó en el fallo de primera instancia que, el daño es imputable al SES bajo el título jurídico de imputación de falla probada del servicio médico, por cuanto existían elementos suficientes para considerar que el personal médico pudo tomar medidas tempranas como el legrado uterino para tratar la infección y no recurrir a ese procedimiento pasados cinco días desde el ingreso de la paciente y verse obligado el personal médico a realizar la anexo histerectomía abdominal.

Frente a lo anterior, el SES censuró en el recurso de apelación que, la imposibilidad de dar con un diagnóstico claro sobre el foco de la infección impidió realizar el legrado uterino de entrada a la paciente, puesto que no tenía un cuadro típico de endometritis al momento del reingreso.

Al respecto, la Sala encuentra acreditado que, la médica especialista en ginecología y obstetricia Liliana del Socorro Dávila Arias, sobre el diagnóstico y el tratamiento adecuado, en su dictamen señaló:

*“Las guías más consultadas en sepsis obstétrica consideran: Control del foco infeccioso [Si el **foco es un absceso de cualquier tipo, este deberá drenarse** (nivel de evidencia 1C). En la sepsis de origen pélvico-ginecológico se debe proceder al control quirúrgico según el caso. Una vez hecha la reanimación inicial, según cada situación particular, **llevar a legrado, drenaje, laparotomía o histerectomía**. Cuanto mayor sea la gravedad de la sepsis, más fuerte debe ser el manejo quirúrgico y no dilatarse. **En casos de sepsis abdominal, controlar el foco infeccioso por el servicio de cirugía general y ginecología es indispensable**.].” (se destaca)*

Por tanto, encontrar clínicamente el foco de la infección era primordial para establecer el tratamiento adecuado.

En el caso concreto, respecto del diagnóstico, de acuerdo con la historia clínica, encuentra la Sala que, la señora GENJ fue dada de alta el 22 de agosto de 2014, registrándose la siguiente nota de evolución:

*“PACIENTE CON ADECUADA EVOLUCIÓN DE POSTCESAREA, EN EL MOMENTO CLÍNICA Y HEMODINÁMICAMENTE ESTABLE, SIN SIRS, UTERO CON ADECUADA INVOLUCIÓN Y TONICIDAD, SANGRADO VAGINAL ESCASO, LOQUIOS NO FETIDOS, **HERIDA QUIRÚRGICA EN ADECUADAS CONDICIONES**, SIN SANGRADO ACTIVO NI CAMBIOS INFLAMATORIO, SE*

DECIDE ALTA HOSPITALARIA DESPUÉS DE LAS 15+53 CON RECOMENDACIONES GENERALES."44 (se destaca)

Al reingreso de la paciente el 25 de agosto de 2014, el personal médico determinó que presentaba una posible *sepsis puerperal*.

Frente a los signos que podrían confirmar el diagnóstico de *sepsis puerperal*, el testigo Jorge Enrique Serna López⁴⁵ declaró ante el juzgado que, cuando la paciente consultó posterior a la cesárea, encontró un útero normal para el quinto día de puerperio, adecuada irrigación, se observaron los anexos (trompas y ovarios) con características normales, la sutura de la cesárea sin ningún tipo de hematomas y no se observaron colecciones pélvicas o abdominales que sugirieran algún tipo de absceso.

Adicionalmente, sobre las dificultades terapéuticas y las condiciones "anormales" de la infección que presentó la señora GENJ, el testigo Mauricio Osorio Chica⁴⁶ señaló que, la paciente no tenía signos de presentar ningún tipo de infección, dado que la herida quirúrgica estaba sana; que el caso de la paciente era complejo, puesto que clínicamente fue muy difícil diagnosticar.

El testigo Andrés Villada Duque⁴⁷, frente al cuadro clínico inicial señaló que, no encontraron claridad en que el proceso infeccioso que presentaba la paciente fuera de origen ginecológico; que una endometritis generalmente se descubre porque la paciente presenta signos de flujo anormal o salida de sangre que tiene un aspecto purulento, o la presencia de coloquios de olor fétido, lo cual no ocurrió, por lo tanto esa situación complicó y retrasó el tratamiento; que como inicialmente se tenía la sospecha de endometritis, pero no presentaron los signos habituales.

De acuerdo a lo anterior, es claro que el personal médico desde el primer momento no pudo controlar el foco de la infección, toda vez que las evidencias clínicas no indicaban dónde se encontraba su origen, para de esa manera proceder a controlarlo.

Respecto del tratamiento suministrado, de acuerdo a la historia clínica, se encuentra acreditado que, siendo la 1:43 am del 26 de agosto, se dio la orden de iniciar con cubrimiento antibiótico con *gentamicina* y *clindamicina*, como prioritario.⁴⁸ El 28 de agosto de 2014, se registró que el resultado del hemocultivo que arrojó: "NEGATIVO A LAS 48 HORAS DE INCUBACIÓN", y debido a que el cuadro de la paciente no mejoraba, se decidió "...inicio de *ampicilina sulbactam* y suspensión de *clindamicina*, para mejorar cubrimiento, se ajusta *gentamicina*..."⁴⁹

De acuerdo con el documento "Guía de *sepsis en obstetricia*" aportado por la parte demandante, señala que hace parte del tratamiento de la *sepsis puerperal*, el tratamiento antibiótico, el cual se concreta en lo siguiente:

"Escoger adecuadamente el antibiótico que se va a utilizar en una paciente con *sepsis* mejora

⁴⁴ Pág. 41 ibidem.

⁴⁵ Médico especialista en ginecología y obstetricia, profesional que atendió a la señora GENJ

⁴⁶ Médico especialista en cirugía general y cirugía gastroenterológica

⁴⁷ Médico especialista en cirugía de tórax, quien atendió a la señora GENJ

⁴⁸ Pág. 51 AD "003HistoriaClinica"

⁴⁹ Pág. 85 AD "003HistoriaClinica"

notablemente el pronóstico y sus resultados (17). por lo que se recomienda iniciar con antibiótico de amplio espectro como, por ejemplo, piperacilina tazobactam, 4,5 gramos IV cada 6 horas o meropenem, 1 a 2 gramos cada 8 horas (1,3).

> En caso de no disponer de los antibióticos anteriores, se puede usar el antibiótico de mayor espectro que posea la institución, como, por ejemplo: clindamicina 600 mg IV cada 6 horas más gentamicina 240 mg IV día...⁵⁰ (se destaca)

El testigo Luis Edilberto Herrera Morales⁵¹ manifestó que, los antibióticos profilácticos aplicados a la paciente fueron *clindamicina* y *gentamicina*, los cuales refirió como “gold standard” para cubrir a una paciente con una *sepsis puerperal*; explicó que la clindamicina va a cubrir gérmenes inclusive anaeróbicos resistentes que pueden estar implicados en un proceso séptico grave y la gentamicina a gérmenes gram negativos que pueden estar implicados en un proceso infeccioso, siendo estos antibióticos idóneos para combatir los gérmenes potencialmente causante de la infección obstétrica, que en la mayoría de casos.

De acuerdo a lo anterior, se encuentra acreditado que el personal médico de SES hasta ese momento había procedido de conformidad al tratamiento antibiótico recomendable y, ante la falta de respuesta de la paciente al tratamiento, se decidió pasar a un espectro más amplio de la antibioticoterapia, esperando mejores resultados.

Continuando con el análisis del tratamiento suministrado, el 26 de agosto de 2014, se realizó ecografía abdominal, de la que se concluyó: “EL ESTUDIO ABDOMINAL ES NORMAL – UTERO EN ESTADO PUERPERAL CON AUMENTO EN SU VOLUMEN – NO SE IDENTIFICARON COLECCIONES EN CAVIDAD ABDOMINAL O LIQUIDO LIBRE, DETECTADO POR ESTE MÉTODO DE IMAGEN.”⁵²

El 29 de agosto de 2014, se realizó: “(...) - Ultrasonografía pélvica ginecológica transvaginal (...) escasa cantidad de líquido libre probablemente reactivo en la cavidad abdominopélvica- de ambos lóbulos inferiores – el día de hoy en regulares condiciones generales, con persistencia de sepsis y síns activa...”⁵³.

El 30 de agosto de 2014, ante la incertidumbre del foco de la infección y que la paciente no evolucionaba satisfactoriamente, se realizó *laparotomía exploratoria*, de la cual se describió: “...no hematomas ni absceso, fascia de aspecto normal, se retira sutura, liquido cetrino escaso, músculos rectos abdominales bien perfundidos, no hematomas ni abscesos. Útero bien contraído, bien perfundido, histerorrafia normal, no hematomas ni colecciones de otro tipo. Anexos normales...”⁵⁴.

Finalmente, y ante la poca respuesta al tratamiento, el 31 de agosto de 2014, el personal médico decidió realizar *legrado obstétrico* y *laparoscopia diagnóstica*, en el que se encontraron hallazgos clínicos del foco de la infección y finalmente se decidió realizar la anexo histerectomía con el objetivo de preservar la vida de la paciente.

Sobre el tratamiento brindado por el personal médico del SES la perita Liliana del Socorro

⁵⁰ Pág. 7-8 AD “005Anexos”

⁵¹ Médico especialista en ginecología y obstetricia, quien presta sus servicios en el SES y atendió a la señora GENJ

⁵² Pág. 63 ibidem.

⁵³ Pág. 99 ibidem.

⁵⁴ Pág. 114 ibidem.

Dávila Arias, refirió en su dictamen que: “La atención y manejo se realizaron conforme se presentaban los desenlaces clínicos y patológicos en la paciente” y en la sustentación del dictamen señaló:

“...frente a casos como el puesto de presente, lo que se debe hacer es por ejemplo si se presenta un absceso hay que drenarlo, si ve que tiene una endometritis le hacen un legrado, veo que según la historia clínica, a medida que se iban presentando en el hospital se los iban haciendo; veo que hasta que no apareció la secreción purulenta en la laparoscopia realizada, no se tomó la decisión realizar la histerectomía. Entonces habría que preguntarles a los doctores cual fue la razón para dilatar el proceso, puede ser que teniendo en cuenta una paciente tan joven tener que llegar a un tratamiento tan agresivo de entrada como es una histerectomía pues lo que hicieron fue esperar a que diera unos síntomas realmente evidentes pues como ustedes ven el cuadro fue muy bizarro no tenía el cuadro típico de una endometritis al momento del ingreso”.

Indicó la perita que, en el hospital siempre señalaron que la paciente tenía una sepsis puerperal y la infección incluyó otras zonas como: endometrio, miometrio, vagina; pudo evidenciar que en el SES intentaron encontrar el foco de la infección, sin embargo, el cuadro no era típico de una afectación intrauterina.

Así las cosas, no cabe duda para la Sala que, el tratamiento aplicado por el personal médico del SES fue el adecuado para los signos que presentaba la paciente y dada la evolución de la infección, ello por cuanto en un primer momento de la atención, no había certeza del foco de la infección, no obstante, se procuró la recuperación de la paciente con el tratamiento antibiótico idóneo para cubrir posibles gérmenes que estuvieren causando la infección y se procuró identificar el foco de la infección; luego de realizar varios exámenes (*ecografía abdominal, Ultrasonografía pélvica ginecológica transvaginal, laparoscopia diagnóstica*) se identificó el foco de la infección; y finalmente con el objetivo de preservar la vida de la paciente se decidió realizar la histerectomía.

Además, contrario a lo señalado en el fallo de primera instancia, no existían elementos para considerar que el personal médico debía haber tomado medidas tempranas como el legrado uterino para tratar la infección pues si bien ello era una posibilidad, a pesar de los exámenes realizados, no se había logrado encontrar el foco de la infección.

Lo anterior se desprende de lo manifestado en el dictamen pericial suscrito por la doctora Liliana del Socorro Dávila Arias, por cuanto indicó frente a la atención y manejo de signos de infección, lo siguiente:

*“Las conductas terapéuticas adoptadas basadas en la Lex Artis, son: que a las 24 horas posteriores a tratamiento antibiótico y la no mejoría clínica de la paciente, independientemente de las imágenes diagnósticas el manejo conservador y prudente pasa a un segundo plano y la conducta que mejores resultados en la evidencia científica al momento actual ha mostrado es cambio de antibiótico a amplio espectro y exploración quirúrgica inmediata de la paciente para control de daños, **drenaje de posibles colecciones**, toma de cultivos, desbridamiento de tejido no viable, y / o documentación de no alteraciones en sitio operatorio y **proceder a buscar otra causa u otro foco infeccioso**, pues en sepsis obstétrica la premisa básica es que tiempo es igual a viabilidad de órganos y dilaciones en el mismo repercuten en la sobrevida.*

(...)

*Las guías más consultadas en sepsis obstétrica consideran: **Control del foco infeccioso Si el***

foco es un absceso de cualquier tipo, este deberá drenarse (nivel de evidencia 1C). En la sepsis de origen pélvico-ginecológico se debe proceder al control quirúrgico según el caso. Una vez hecha la reanimación inicial, según cada situación particular, **llevar a legrado, drenaje, laparotomía o histerectomía**. Cuanto mayor sea la gravedad de la sepsis, más fuerte debe ser el manejo quirúrgico y no dilatarse. En casos de sepsis abdominal, **controlar el foco infeccioso por el servicio de cirugía general y ginecología es indispensable...**⁵⁵

Así, de acuerdo con lo anterior, resulta claro que en casos de infección o sepsis puerperal, la premisa básica es identificar y controlar el foco infeccioso, puesto que, resulta lógico pensar que los médicos no pueden ir extrayendo tejidos o extirpando órganos sin tener claridad a cerca de la génesis de la infección, máxime si se tiene en cuenta, como lo expresó el ginecobstetra Jorge Enrique Serna López la evolución de la sepsis puerperal, según su experiencia, ha sido muy favorable en la mayoría de caso.

De suerte que, la conducta asumida por el personal médico del SES, se demostró justificado y ajustado a las prácticas médicas que se deben utilizar para eventos como el que aconteció en el presente caso.

Ello aunado a que, el cuadro infeccioso que cursó GENJ, fue atípico y anormal, pues en palabras de la misma experta Liliana del Socorro Dávila Arias refirió que el caso de la paciente era “bizarro”, ello, por cuanto al ingreso el 25 de agosto de 2014, no tenía el cuadro típico de una endometritis, en tanto no presentaba los signos que ha documentado la ciencia médica sobre dicho cuadro infeccioso, no respondió al tratamiento antibiótico inicial, ni el que con posterioridad se implementó a través de antibióticos de amplio espectro, ni los exámenes practicados arrojaban resultados concluyentes, lo que a la postre impidió identificar de forma temprana el foco infeccioso que aquejaba a la paciente.

Incluso el cirujano Andrés Villada Duque, precisó: “...a pesar de haberse podido encontrar el origen de la infección más tempranamente, de todas formas no hubiese sido posible evitar la anexo histerectomía que le fue practicada a la paciente, ello, por cuanto el tratamiento antibiótico no estaba dando resultado, de manera que esperar más tiempo hubiese generado que la paciente perdiera la vida”.

Adicionalmente, tal y como se indicó en líneas precedentes, la señora GENJ fue informada de las posibles consecuencias de la primera cirugía, encontrándose dentro de ellas la sepsis y la histerectomía, lo cual se demostró con el consentimiento informado por ella suscrito el 20 de agosto de 2014; además, también se acreditó en el expediente⁵⁶, que previo a realizar la anexo histerectomía, los familiares fueron informados de procedimiento que se le realizaría a la paciente, el cual fue firmado por Alejandra Naranjo (hermana), siendo diáfano por demás, la crítica situación en la que se encontraba la paciente, en donde, no proceder a realizar el procedimiento (anexo histerectomía) ponía en riesgo la vida de la misma, lo que justificó el actuar de los galenos.

3.3. Conclusión

⁵⁵ Pág. 8 AD “001Dictamen”

⁵⁶ Pág. 8 AD “01_Exp_Adm_2016”

El daño consistente en las afectaciones a la salud de la señora GENJ no es imputable al SES Hospital de Caldas, por cuanto: i) no se encuentra acreditado que la infección fue adquirida en el centro hospitalario, siendo causas más probable, los factores propios de la paciente y el trabajo de parto y la cesárea; ii) la infección era una posible consecuencia del procedimiento quirúrgico practicado, lo cual fue informado a la paciente; iii) se demostró que, se utilizaron medidas de asepsia y antisepsia, se utilizaron antibióticos preventivos antes de realizar la primera cirugía, sin que se haya demostrado descuido o negligencia de la entidad demandada en la adopción de los protocolos y en el cumplimiento de las medidas de higiene y bioseguridad requeridas y iii) la atención que fue suministrada a la paciente fue adecuada y oportuna, por cuanto el personal médico empleó todos los medios diagnósticos y terapéuticos para descubrir el foco de la infección y, finalmente salvar la vida de la paciente.

En consecuencia, al no encontrarse acreditados todos los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, deberá revocarse el fallo de primera instancia.

Así mismo, teniendo en cuenta la decisión antecedente, no se hace necesario analizar los demás argumentos y cargos de apelación.

4. Costas

No habrá condena en costas por no haber sido impuestas en primera instancia y no ser objeto de apelación, además de 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).

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 la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2022, por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa formuló Gloria Esperanza Naranjo Jaramillo y otros contra el SES Hospital de Caldas y otros.

Segundo: Declarar probadas las excepciones de *“INEXISTENCIA DE ELEMENTOS QUE PUEDAN CONFIGURAR LA EXISTENCIA DE UNA RESPONSABILIDAD”, “AUSENCIA DE NEXO CAUSAL” “AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA INSTITUCIÓN POR DISCRECIONALIDAD CIENTÍFICA A CARGO DE LOS GINECOBSTETRAS”, “EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR ADVERTENCIA DE LOS RIESGOS PREVISTOS – CONSENTIMIENTO INFORMADO-” propuestas por Servicios Especiales de Salud.*

Tercero: Declara probadas las excepciones de *“INEXISTENCIA DE NEXO ADECUADO DE CAUSALIDAD POR CASO FORTUITO”, “INEXISTENCIA DE NEXO ADECUADO DE CAUSALIDAD POR HECHO PROPIO O CONDICIONES PROPIAS DE LA VÍCTIMA” Y “COBRO DE LO NO DEBIDO Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA” propuestas por la Nueva*

EPS.

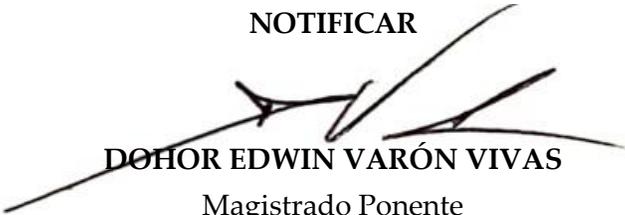
Cuarto: Negar las pretensiones de la parte demandante.

Quinto: Sin condena en costas.

Sexto: 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. 24 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

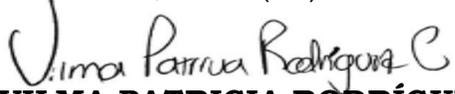


AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelto del H. Consejo de Estado.

Consta de 3 cuadernos.

Manizales, trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)


VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretario

Radicado: 17001-23-33-000-2016-00533-00
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: Gloria Inés Idárraga Gómez
Accionado: Nación, Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas.

REPUBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: AUGUSTO MORALES VALENCIA

A.I. 141

Manizales, trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Estese a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección "A", en providencia de 23 de junio de 2022 (fls. 139-146 del presente cuaderno), la cual Confirmó la sentencia proferida en primera instancia el 05 de marzo de 2021 por esta Corporación.

En consecuencia, una vez ejecutoriado el presente auto, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 079

Manizales, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Radicado: 17-001-33-39-005-2017-00233-02
Naturaleza: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: María Nubiela Cardona Salazar
Demandados: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad de las Resoluciones RDP 012901 de 16 de marzo de 2016 y RDP 024849 del 30 de junio de 2016, por medio de las cuales se negó la reliquidación de la pensión de jubilación sustituida, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo.

Que a título de restablecimiento del derecho se ordene reliquidar y pagar los ajustes de la pensión de jubilación sobre al equivalente al 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados en el último año anterior a la fecha de retiro del servicio oficial del causante, conforme el régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial según las normas anteriores a la Ley 33/85 y las demás normas concordantes.

Que se condene a la UGPP liquidar y pagar la totalidad de las diferencias que se han venido pagando en virtud de la resolución de reconocimiento y la sentencia que ponga fin a este proceso, teniendo en cuenta los factores salariales subsidio de alimentación, auxilio de transporte y prima de navidad. Y se ordene el reconocimiento y pago de los ajustes de valor debidamente indexados con el IPC, los intereses moratorios.

1.2. Sustento fáctico relevante

Señala que, el causante Francisco Javier Gallego Ramírez prestó sus servicios al Estado por

más de 20 años; que Cajanal mediante Resolución 14596 de 27 de octubre de 1987, reliquidada mediante Resolución 993 de 31 de enero de 1997, reconoció y ordenó el pago de pensión vitalicia de jubilación a favor del causante, con sustento en la Ley 33/1985, Decreto 1158/94, Decreto 3135/68; Decreto 1848/69 y Decreto 1045/78, acreencia efectiva a partir de 15 de julio de 1991.

Que el señor Gallego Ramírez falleció el 18 de diciembre de 2004, por lo que Cajanal reconoció y pago una pensión de sobreviviente a la demandante, en calidad de cónyuge, efectiva a partir del 19 de diciembre de 2004, de acuerdo a la Resolución 38598 de 18 de noviembre de 2005.

Que el 15 de diciembre de 2015 la accionante solicitó a la UGPP la revisión de la pensión dirigida a la inclusión de todos los factores salariales devengados por el causante en el último año de servicios, misma que fue resuelta de manera desfavorable mediante Resolución RDP 012091 de 16 de marzo de 2016 y confirmada en Resolución RDP 024849 de 30 de junio de 2016.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Se invocaron como vulnerados los artículos, 2, 6, 25 y 58 de la Constitución Política; Artículo 10 Ley 57/87; Artículo 178 de la Ley 1434/11; Artículo 4° Ley 4 de 1966; Ley 100/93; Ley 33/85; Decreto 3135/68; Ley 5/69; Decreto 1045/78; Decreto Ley 1743/66. La Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985 y Decreto 1045 de 1978, aplicables en virtud de régimen de transición.

Señaló que, los actos atacados son violatorios del artículo 1° Parágrafo 2° la Ley 33 de 1985, pues se desconoce que la demandante tenía más de quince (15) años de servicio, situándola como beneficiaria del régimen de transición consagrada en dicha norma. Con cita de la Ley 4/1966, reglamentada por el Decreto 1743/66, Decreto 3135/68, artículo 73 del Decreto 184869, la liquidación pensional de la demandante toma como base el 75% del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previo retiro definitivo del servicio público.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La UGPP se opuso a las pretensiones de la demandante, al paso de señalar como ciertos los hechos referentes a la expedición de los actos administrativos de reconocimiento de la pensión. Como medios exceptivos de fondo planteó:

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO: La demandante no cumple con los requisitos para la reliquidación de la pensión de jubilación; además que la bonificación por recreación ni la prima de vacaciones no son factor salarial. *PRESCRIPCIÓN:* De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1848 de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 1968 y en los artículos 488 del CST y el 151 del CPT.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la demandante; para ello precisó que, de acuerdo con lo

probado, atendiendo a que el causante tuvo adaptación al requisito de tiempo de servicios de acuerdo al régimen de transición de que trata el artículo 1º parágrafo 3 de la Ley 33 de 1985, sin que, para la entrada en vigencia de aquel marco normativo, haya alcanzado la edad para acogerse en su totalidad a las disposiciones anteriores, específicamente las normas contenidas en las Leyes 6ª de 1945 y 4ª de 1966.

Que respecto del listado de factores contenidos en la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985 y la actual jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el IBL debe calcularse con el promedio de factores enlistados en el artículo 3º ibidem, devengados durante el último año de servicios y que hayan servido de base para calcular los aportes.

Que hay afinidad entre la Resolución 38598 de 18 de noviembre de 2005 *“Por la cual se reconoce y ordena el pago de la SUSTITUCIÓN DE UNA PENSIÓN ORDINARIA DE JUBILACIÓN CONTRATO - CALDAS”*, la Resolución RDP 012091 de 16 de marzo 2016 *“Por la cual se niega la reliquidación de una Pensión de sobreviviente”*, y la pretendida reliquidación pensional con inclusión de factores salariales devengados antes del retiro oficial del servicio, pues la UGPP calculó el promedio de salarios devengados por el afiliado en periodo inmediatamente anterior al retiro del servicio, incluyendo la asignación básica, sin que fuera de caso integrar la prima de alimentación, auxilio de transporte y prima de navidad.

4. Recurso de apelación

La **demandante** recurrió la sentencia señalando que, el causante para febrero de 1985 mes en que entró a regir la Ley 33 de 1985, se encontraba dentro de las excepciones previstas en la mencionada norma, es decir haber cumplido quince años de servicio, lo cual implica que su prestación quedaba regulada por las normas anteriores, esto es, se encontraba cobijado por el régimen de transición consagrado en la Ley 33 de 1985, el cual remite a los factores salariales que taxativamente enunciados en el artículo 45º del Decreto 1045 de 1978; por lo que, es beneficiario de ese régimen de transición que consagraba la liquidación de la pensión con la totalidad de los factores devengados durante el último año de servicio.

Que la entidad demandada ha reconocido que entre las normas aplicables para la liquidación de la pensión de la demandante, están la Ley 4/66, Decreto 81/76, Decreto 1848/69, Decreto 1045/78, y Decreto 01/84, tal y como consta en las Resoluciones 13658 del 11 de marzo de 1993, 005669 del 29 de junio de 1995, resoluciones que se encuentran debidamente notificadas y ejecutoriadas, y las cuales nunca han sido declarado nulas o inválidas por autoridad competente.

Que los alcances de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, se aplica a quienes estaban cobijados por la Ley 33 de 1985 y no habían consolidado su derecho a la pensión, pero nada dijo frente a quienes esa misma ley había excluido de su aplicación y sus pensiones estaban reguladas por los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978, a través de otro régimen de transición.

Aplicar de manera retroactiva los nuevos efectos que pretende implantar la sentencia de unificación a los regímenes anteriores a la Ley 33 de 1985, sería afectar los derechos

adquiridos de quienes a pesar de no haberse pensionado tenían un derecho consolidado y no meras expectativas, lo que no solo afectaría el principio de favorabilidad sino también el principio de legalidad y preexistencia de las normas. Además, la regla de unificación del Consejo de Estado nada dijo sobre esta situación comúnmente denominada “transición de la transición”, sino que fue explícita al señalar que hacía referencia a quienes se pensionaran con los requisitos de la Ley 33 de 1985. En similar sentido, tampoco es aplicable el Acto Legislativo 01 de 2005, pues como ya se anotó, el demandante adquirió el estatus pensional el 8 de diciembre de 1998, mucho antes de su expedición y vigencia.

Que igualmente, con los alcances de la sentencia de unificación del SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, se aplica a quienes estaban cobijados por la Ley 33 de 1985 y no habían consolidado su derecho a la pensión, pero nada dijo frente a quienes esa misma ley había excluido de su aplicación y sus pensiones estaban reguladas por los Decretos 3135 de 1968 y 1045 de 1978, a través de otro régimen de transición

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar: *¿Cuenta la accionante con derecho a la reliquidación de la pensión que l fue sustituida, con la inclusión de los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio por parte del causante?*

2. Tesis del Tribunal

La demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión que le fue sustituida, con la inclusión de todos los factores salariales y valores devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio por parte del causante, pues para ello solo pueden ser tenidos en cuenta los factores enunciados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, sobre los cuales se realizaron los aportes a pensión.

Para fundamentar lo anterior se señalarán: i) las situaciones jurídicas relevantes probadas; ii) la aplicación del régimen de transición pensional y iii) la resolución del caso concreto.

3. Situaciones jurídicamente relevantes probadas

- Cajanal mediante Resolución 14596 de 27 de octubre de 1987, reconoció la pensión de jubilación a favor del señor Francisco Gallego Ramírez, con sustento en la Ley 4 de 1966, Decretos 2733 y 2921 de 1948, efectiva a partir del 9 de julio de 1985, sujeta al retiro definitivo del servicio.¹

- De acuerdo con el certificado 2517 de 9 de septiembre de 2015, expedido por la Secretaría de Educación de Caldas, al señor Francisco Gallego Ramírez durante el último año de

¹ Fl. 1-5. A.D. 04Anexos.pdf

servicios -entre el 14 de julio de 1990 y 13 de julio de 1991-, se le cancelaron los factores salariales: “*asignación básica, prima de alimentación, auxilio de transporte, y prima de navidad*”, con específica relación de aportes sobre la “*asignación básica*”.

- Cajanal mediante Resolución 993 de 31 de enero de 1997, reliquidó la pensión de jubilación teniendo en cuenta nuevos tiempos de servicios, acreencia efectiva a partir de 15 de julio de 1991, para lo cual tuvo en cuenta la asignación básica, como factor salarial base de liquidación.²

- Cajanal mediante Resolución 38598 de 18 de noviembre de 2005 reconoció y ordenó el pago de la sustitución de la pensión de jubilación a la demandante, en calidad de cónyuge, efectiva a partir del 19 de diciembre de 2004.³

- La accionante solicitó a la UGPP la revisión de la pensión dirigida a la inclusión de todos los factores salariales devengados por el causante en el último año de servicios; petición que fue resuelta de manera desfavorable mediante Resolución RDP 012091 de 16 de marzo de 2016⁴ y confirmada en Resolución RDP 024849 de 30 de junio de 2016⁵ indicándose que la pensión fue liquidada teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme a los conceptos expresamente enunciados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

4. Aplicación del régimen de transición pensional

4.1. Desarrollo normativo

La Ley 6ª de 1945, en el artículo 17, previó una pensión de jubilación para los empleados oficiales al alcanzar los 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, equivalente a los 2/3 partes del promedio de los sueldos devengados en el último año de servicio, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

[...]

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200) en cada mes.

La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión. [...].”

² Fl. 31-32. A.D. 04Anexos.pdf

³ Fl. 11-13. A.D. 04Anexos.pdf

⁴ Fl. 19-22. A.D. 04Anexos.pdf

⁵ Fl. 24-27. A.D. 04Anexos.pdf

La norma en mención fue modificada expresamente por el artículo 3º de la Ley 65 del 20 de diciembre de 1946, en los siguientes términos: “ARTÍCULO 3º. *La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio*”.

Por su parte, el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, modificó el literal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, de la siguiente manera: “Artículo 4º. *A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el **setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios***”. (Se resalta)

Más adelante, el Decreto-Ley 3135 de 1968 definió que los servidores públicos tendrían derecho a una pensión de jubilación cuando acumularan 20 años de servicio y cumplieran 50 años de edad para las mujeres, o 55 para los varones; prestación que sería liquidada en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. Adicionalmente, reconoció un régimen de transición, para aquellas personas que al momento de la entrada en vigor del decreto tuvieran 18 años de servicio, para aplicarles las normas anteriores sobre edad de jubilación, así:

*“ARTÍCULO 27. Pensión de jubilación o vejez. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al **75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio**.*

No quedan sujetas a esta regla general las personas que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción y que la ley determine expresamente.

PARÁGRAFO 1º. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a pensión de jubilación o vejez sólo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro o más horas. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro; el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

PARÁGRAFO 2º. Para los empleados y trabajadores que a la fecha del presente decreto hayan cumplido diez y ocho años continuos o discontinuos de servicios continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad al presente decreto. [...]”

En el mismo sentido, el Decreto 1848 de 1969, en los artículos 68 y 73 reiteró las exigencias impuestas por la norma anterior y en relación con la liquidación de la mesada precisó:

*“ARTÍCULO 73. Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los **salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial** que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin”.*

Ahora, para establecer el ingreso base de liquidación, el artículo 45 del Decreto 1045 del 15 de julio de 1978 decretó:

“ARTÍCULO 45. De los factores de salario por la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a. La asignación básica mensual;*
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c. Los dominicales y feriados;*
- d. Las horas extras;*
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f. La prima de Navidad;*
- g. La bonificación por servicios prestados;*
- h. La prima de servicios;*
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;*
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;*
- k. La prima de vacaciones;*
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968”.*

Posteriormente, la Ley 33 de 1985 al regular el derecho a la pensión de jubilación, exigió 55 años de edad tanto para hombres como para mujeres, prestación que sería calculada con base en el 75% de lo devengado que sirvió de base para la liquidación de aportes. Igualmente, previo un régimen de transición para aquellos servidores que para el momento de su entrada en vigor tuvieran 15 años de servicios, quienes conservarían la prerrogativa de regirse por la normatividad anterior en relación con las exigencias sobre edad. Así se indicó en el artículo 1º de la ley en cita:

“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 años (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.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

[...]

*PARÁGRAFO 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones **sobre edad de jubilación** que regían con anterioridad a la presente ley”.*

A su vez, el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 concretó que la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del servidor estaría constituida por los siguientes factores: “*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*”.

Ahora, es importante precisar el Consejo de Estado ha considerado que con la entrada en vigor de la Ley 33 de 1985 quedó derogado el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, y, por ende, la transición que opera en virtud del párrafo 2º del artículo 1º de aquella ley, remite a la Ley 6ª de 1945, así lo señaló la sentencia del 19 de abril de 2007:

*“No es de recibo el argumento del a quo para negar la prestación pues si bien es cierto los decretos 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, modificaron la edad de jubilación dispuesta en la Ley 6ª de 1945, dichas normas fueron derogadas por la Ley 33 de 1985 por lo que la misma nos devuelve a la Ley 6ª de 1945, como régimen anterior aplicable. Precisamente es el régimen de transición dispuesto en la Ley 33 de 1985 el que permite aplicar el régimen anterior establecido por la Ley 6ª de 1945”.*⁶

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se incorporen normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas, en condiciones que les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana, a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar (art. 1º).

En el artículo 36 de la norma en mención, concibió un régimen de transición que ha sido entendido como un beneficio en favor de las personas que cumplan con unos requisitos para la entrada en vigor de aquella, lo cual les permitirá, regirse por las normas aplicables en el régimen anterior al que se encontraban afiliados, en cuanto a la edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto de la prestación. Así lo señaló:

“ARTÍCULO 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda: Subsección B, sentencia 19 de abril de 2007, Radicación 150012331000199902187-01 (1114-03), este criterio fue reiterado en las providencias de la Subsección B, sentencia del 19 de noviembre de 2009, Radicación 250002325000200401634 01(1028-07).

años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se registrarán por las disposiciones contenidas en la presente ley.”.

4.2. Transición de la Ley 33 de 1985

Frente al régimen aplicable a los beneficiarios de la transición de la Ley 33 de 1985, existen dos tesis diferentes en el Consejo de Estado, ambas expuestas en el trámite de procesos ordinarios decididos por la Sección Segunda, cuya especialidad corresponde a asuntos laborales, y que, por lo tanto, constituyen precedentes vinculantes en la materia.

La primera de las tesis se fundamenta en que, de conformidad con el régimen de transición establecido por la Ley 33 de 1985, si para el 13 de febrero de 1985, fecha en la cual entró en vigencia la mencionada ley, el empleado oficial había reunido 15 años de servicios continuos o discontinuos, se tiene que es destinatario de la pensión de jubilación de conformidad con lo ordenado en la Ley 6ª de 1945, es decir que con el cumplimiento de 50 años de edad y 20 años de servicios, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios y con la inclusión de los factores salariales contenidos en el **artículo 45 del Decreto 1045 de 1978**.

Así se precisó, entre otras, en sentencia del Consejo de Estado⁷ del 14 de febrero de 2019, en la que señaló:

“No queda duda, entonces, que la demandante era beneficiaria del régimen de transición previsto por la Ley 33 de 1985, pues para el momento en que esta empezó a regir tenía más de 15 años de servicio, circunstancia que no se afecta por el hecho de que la prestación hubiera sido reconocida en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por tanto, su pensión debía regirse por la Ley 6 de 1945 y no por las reglas y subreglas definidas para los beneficiarios del régimen de transición de la mencionada Ley 100 de 1993 en la sentencia del 28 de agosto de 2018 de la Sala Plena del Consejo de Estado⁸.

Por consiguiente, la liquidación de la mesada debe tener en cuenta los factores salariales que devengó durante el último año de servicios, en los términos del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, dentro del cual no se encuentran los incentivos por desempeño grupal y el factor nacional que reclama la demandante en el recurso de apelación, por cuanto no tienen carácter salarial”.

En la sentencia de 2 de mayo de 2019⁹, proferida por la Subsección “A” de la Sección Segunda de esa Corporación, mediante la cual se confirmó la decisión del *a quo* de reliquidar la pensión de jubilación, con la inclusión de todos los factores salariales expresamente contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se señaló:

7 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia de 14 de febrero de 2019. Rad.: 25000-23-42-000-2012-01598-01(1559-14)

8 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018, actor; Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro.

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 2 de mayo de 2019, C.P. Gabriel Valbuena Hernández, providencia identificada con el número único de radicación 25000-23-42-000-2012-02011-01(0298-14).

“Antes del 1 de abril de 1994, fecha en la que entró a regir la Ley 100 de 1993 que estableció el Sistema General de Pensiones, se encontraba vigente la Ley 33 de 1985¹⁰ cuya eficacia tuvo inicio el 13 de febrero de 1985¹¹.

Esta última ley en el artículo 1¹² dispuso que el empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años, tiene derecho a que la respectiva caja de previsión le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Pero, hay que tener presente que en el inciso 1 del párrafo 2, determinó su régimen de transición cuando ordenó que «los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley».

Esas disposiciones, tal como lo consideró esta Sección¹³, son las contenidas en la Ley 6 de 1945¹⁴, concretamente en el literal b) de su artículo 17¹⁵, según el cual el derecho a la pensión de jubilación se adquiere con la edad de 50 años y el tiempo de servicio de 20 años continuo o discontinuo. Tal precepto posteriormente fue modificado por el artículo 3 de la Ley 65 de 1946¹⁶ que entró a regir el 19 de diciembre de 1946, solo en el sentido de que dicha prestación sería equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

10 Ley 33 de 29 de enero 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».

11 Ley 33 de 1985. Artículo 25. «Esta Ley rige a partir de su sanción y deroga los artículos 27 y 28 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y las demás disposiciones que le sean contrarias». **Esta ley «entró en vigencia a partir del día siguiente de su publicación, esto es, a partir del trece (13) de febrero de 1985** porque a partir esa fecha, (sic) satisfecho el requisito de publicidad, sus disposiciones adquirieron carácter vinculante y obligatorio» tal como la Corte Constitucional lo consideró en la sentencia C-932 de 15 de noviembre de 2006 con ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

12 Ley 33 de 1985. 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».

13 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencias de 19 de abril de 2007. Radicación: 1114-03 y de 19 de noviembre de 2009. Radicación: 1028-07 al igual que en la sentencia de 16 de diciembre de 2009. Radicación: 1754-06.

14 Ley 6 de 1945. «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo». Artículo 3. «La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6a. de 1945 será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio».

15 Ley 6 de 1945. Artículo 17. «Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: [...] b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200) en cada mes. [...]».

16 Ley 65 de 1946 «Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras». Artículo 3. «La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6a. de 1945 será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio». De conformidad con su artículo 10: «Esta Ley regirá desde su sanción», que lo fue el 19 de diciembre de 1946.

Luego, la Ley 4 de 1966¹⁷ en su artículo 4¹⁸ modificó el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, en el sentido de que las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de entidades de derecho público se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

Por su parte el Decreto 3135 de 1968¹⁹ en el artículo 27²⁰ ordenó que los servidores públicos tendrían derecho a una pensión de jubilación que sería liquidada en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. Y en igual sentido, el Decreto 1848 de 1969²¹ en su artículo 73²² reiteró la cuantía en mención.

Ahora bien, el Decreto 1045 de 1978²³, cuya vigencia tuvo inicio a partir del 20 de abril de 1978²⁴, determinó en el artículo 45 que, para efecto del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de **las pensiones** a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en el acto de liquidación se tendrán en cuenta como factores de salario los siguientes:

La asignación básica mensual; los gastos de representación y la prima técnica; los dominicales y feriados; las horas extras; los auxilios de alimentación y transporte; la prima de navidad; la bonificación por servicios prestados; la prima de servicios; los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a 180 días en el último año de servicio; los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978; la prima de vacaciones; el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio; las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

En conclusión, de conformidad con el régimen de transición establecido por la Ley 33 de 1985 en el inciso 1 del parágrafo 2 de su artículo 1, si para el 13 de febrero de 1985,

17 Ley 4 de 1966. «Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones». En su artículo 14 señala que: «[...] rige desde su sanción» y fue «Dada en Bogotá, D.E., a 23 de abril de 1966».

18 Ley 4 de 1966. Artículo 4. «A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios».

19 Decreto 3135 de 1968. «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales».

20 Decreto 3135 de 1968. Artículo 27. «PENSIÓN DE JUBILACIÓN O VEJEZ. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio. [...]». Esta norma fue derogada por el artículo 25 de la Ley 33 de 1985.

21 Decreto 1848 de 1969. «Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968».

22 Decreto 1848 de 1969. Artículo 73. ««ARTICULO 73. CUANTÍA DE LA PENSIÓN. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin».

23 Decreto 1045 de 1978. «Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional». Este decreto fue expedido por el presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 5 de 1978.

24 Decreto 1045 de 1978. Artículo 57. «DE LA VIGENCIA. Las reglas del presente decreto se aplicarán al reconocimiento y pago de las prestaciones desde el 20 de abril de 1978, cualquiera sea la fecha en que se hayan causado. El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición, surte efectos fiscales desde el 20 de abril del presente año y subroga en su totalidad el decreto-ley 777 de 1978».

fecha en la cual cobró vigencia dicha ley, el empleado oficial ha reunido los 15 años de servicios continuos o discontinuos, se tiene que es destinatario de la pensión de jubilación de conformidad con lo ordenado por el literal b) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, es decir con el cumplimiento de 50 años de edad y 20 años de servicios continuos o discontinuos, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, y con los factores salariales contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

[...] se confirmará la decisión del tribunal, porque la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante se debe gobernar por el régimen de transición de la Ley 33 de 1985 que remite a la Ley 6 de 1945, en el 75% del salario devengado en el último año de servicios y con los factores salariales expresamente contenidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 [...].
(Destacado fuera de texto).

Ahora, **la segunda tesis** acogida por la misma Subsección, en sentencia de 27 de junio de 2019²⁵, se consideró que, aun cuando la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 se pronunció sobre la forma en la que debe liquidarse el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la subregla allí contenida respecto de los factores salariales que deben incluirse en el IBL pensional debe ser extendida a los beneficiarios de la Ley 33 de 1985, toda vez que en la misma se hace referencia a la interpretación del artículo 3° de esta última norma, modificada por la **Ley 62 de 1985**, es decir, a la taxatividad de los factores computables en la liquidación pensional.

Al respecto, en la mencionada sentencia de 27 de junio de 2019, consideró lo siguiente:

“El artículo 1.º de la Ley 33 de 1985 reguló que los empleados oficiales acrediten 20 años de servicio continuo o discontinuo y 55 años de edad, tenían derecho al reconocimiento y pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. El inciso primero de la norma citada dispuso a su tenor lo siguiente: [...]

Por su parte, el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985 modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 que reglamentó los factores susceptibles de ser incluidos en el cómputo pensional, en la cual se señaló:

«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

25 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 27 de junio de 2019, C.P. William Hernández Gómez, providencia identificada con número único de radicación 25000-23-42-000-2012-00281-01(1340-15).

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. [...]»

De la lectura de estas dos normas se desprende con claridad que las pensiones de aquellas personas que causaron su derecho en vigencia de la Ley 33 de 1985 se liquidarían con base en el 75% del promedio de los factores sobre los cuales se efectuaron aportes a la entidad de previsión que hubiese percibido el trabajador en el último año de servicio y sobre los cuales existía el deber de cancelar según el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1.º de la Ley 62 del mismo año, esto es, sobre: i) la asignación básica; ii) los gastos de representación; iii) las primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; iv) dominicales y feriados; v) horas extras; vi) la bonificación por servicios prestados y; vii) el trabajo suplementario.

De igual forma, el Acto Legislativo 01 de 2005 que modificó el artículo 48 de la Constitución Política reguló en su inciso sexto que, para la liquidación de las pensiones solo se tendría en cuenta aquellos factores sobre los cuales cada persona hubiese efectuado cotizaciones.

Ahora bien, esta Corporación en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 asumió la posición jurisprudencial según la cual la Ley 33 de 1985 no indicó en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que estos fueron simplemente enunciados, lo que no impedía la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador en el último año de servicio.

Sin embargo, el razonamiento anterior fue superado por la Sala Plena del Consejo de Estado a través de sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2018²⁶ cuando fijó como subregla que los factores salariales a incluirse en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los cuales se efectuaron aportes o cotizaciones al sistema de pensiones, al sostener que:

«[...] 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 servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. 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

26 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de agosto de 2018. Expediente 2012-00143-01.

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. [...]»

De acuerdo con lo anterior, si bien la reciente sentencia a la que se alude se pronunció sobre la forma en que debe aplicarse el régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la subregla allí contenida sobre los factores salariales que se deben incluir en el IBL pensional debe ser extendida al caso de las personas beneficiarias de la Ley 33 de 1985 porque, precisamente, hace referencia directa a la forma en que debe interpretarse el artículo 3 ejusdem, modificado por la Ley 62 de 1985, esto es, a la taxatividad de los factores computables en materia pensional [...]

En conclusión: no es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios como lo deprecia la parte demandante porque únicamente debían incluirse los factores salariales de asignación básica mensual, y la remuneración por horas extras y dominicales y feriados [...]” (Destacado fuera de texto).

Y en sentencia de tutela del 22 de noviembre de 2022²⁷, señaló:

“Por consiguiente, no se configura el defecto sustantivo invocado, pues, contrario a lo aseverado por la actora, no se desconoció el régimen de transición que cobijaba al causante de la prestación social, esto es, el previsto en la Ley 33 de 1985, diferente es que resultaba procedente atender las normas anteriores solo en cuanto a la edad, pues frente al ingreso base de liquidación se debía aplicar lo contemplado en la Ley 62 de 1985, según el cual «[e]n 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», lo que no contraviene precepto constitucional alguno.

No obstante, se aclara que no comparte la Sala el argumento de los magistrados accionados consistente en que el causante de la prestación era destinatario del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, habida cuenta de que, tal como se anotó, a aquel únicamente le aplicaban, para efectos de determinar el ingreso base de liquidación, los factores previstos en la Ley 62 de 1985, los cuales fueron tenidos en cuenta por la UGPP en el acto administrativo acusado en sede ordinaria...”.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; subsección B, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter. sentencia del 22 de noviembre de 2022. Expediente 11001-03-15-000-2022-04560-01.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, la Sala observa que, no existe un criterio unificado por la Sección Segunda del Consejo de Estado frente al régimen con el cual se debe liquidar la pensión de jubilación de los beneficiarios de la transición de la Ley 33 de 1985.

5. Caso concreto

Según se indicó en el acápite de hechos acreditados, es claro que el causante consolidó su derecho pensional antes de la Ley 100 de 1993, dado que no se discute que Cajanal mediante Resolución 14596 de 27 de octubre de 1987, reconoció la pensión de jubilación a favor del señor Francisco Gallego Ramírez.

A lo anterior se agrega que el causante, a su vez era beneficiario del régimen de transición previsto por la Ley 33 de 1985, pues tenía más de 15 años de servicio para su entrada en vigor, es decir, que de acuerdo con el análisis efectuado en precedencia su pensión debía regirse por la Ley 6ª de 1945.

Así las cosas, se tiene que, el causante adquirió su estatus pensional el 9 de julio de 1985, aun cuando se retiró del servicio el 13 de julio de 1991.

El *a quo* en la sentencia cuestionada consideró que, conforme a la Ley 33 y 62 de 1985 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, la pensión de la actora debía liquidarse en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual de los factores salariales efectivamente cotizados y aportados al sistema de seguridad social en pensión en el último año de servicio de conformidad con los factores señalados en la Ley 62 de 1985.

Al respecto, considera la Sala que, al no existe un criterio unificado por la Sección Segunda del Consejo de Estado frente al régimen con el cual se debe liquidar la pensión de jubilación de los beneficiarios de la transición de la Ley 33 de 1985, el *a quo* acogió una tesis válida y vigente en el órgano de cierre de esta Jurisdicción, razón por la que no es posible predicar un error por desconocimiento del precedente jurisprudencial en el caso en concreto.

Así, en sentencia de 27 de junio de 2019²⁸ el Consejo de Estado consideró que, aun cuando la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2018 se pronunció sobre la forma en la que debe liquidarse el régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la subregla allí contenida respecto de los factores salariales que deben incluirse en el IBL pensional debe ser extendida a los beneficiarios de la Ley 33 de 1985, toda vez que en la misma se hace referencia a la interpretación del artículo 3º de esta última norma, modificada por la Ley 62 de 1985, es decir, a la taxatividad de los factores computables en la liquidación pensional *“sobre los cuales se efectuaron aportes o cotizaciones al sistema de pensiones”*.

En el caso concreto, se encuentra acreditado que el causante durante el último año de servicios devengó los factores salariales: *“asignación básica, prima de alimentación, auxilio de transporte, y prima de navidad”*, pero solo realizó aportes respecto de la asignación básica, de

28 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 27 de junio de 2019, C.P. William Hernández Gómez, providencia identificada con número único de radicación 25000-23-42-000-2012-00281-01(1340-15).

conformidad con la Ley 62 de 1985. Ahora, mediante Resolución 993 de 31 de enero de 1997 Cajanal reliquidó la pensión del causante, para lo cual tuvo en cuenta, la asignación básica devengada en el último año de servicios previo al retiro.

Por lo tanto, los demás factores solicitados por la demandante y que fueron devengados también en el último año no son procedentes para la liquidación de la base pensional, al no estar consagrados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 y al no haberse realizado aportes a pensión, por lo que debía negarse la pretensión de reliquidación para la inclusión de otros factores.

Adicionalmente, tampoco es procedente ordenar que se realicen los aportes a pensión sobre estos factores para efectos de la reliquidación pensional; ello con fundamento sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado en la que se sentó jurisprudencia sobre el ingreso base de liquidación en el régimen pensional general de la Ley 33 mencionada, y si bien analizó el caso de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, señaló que: "(...)51. En criterio de la Sala, los factores que hacen parte de la base de liquidación y sobre los cuales se deben hacer los aportes en el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985, son únicamente los señalados de manera expresa en el mencionado artículo 1° de la Ley 62 de 1985. (...)”

6. Conclusión

Por consiguiente, se confirmara la sentencia, pues, contrario a lo aseverado por la actora, no se desconoció el régimen de transición que cobijaba al causante de la prestación social, esto es, el previsto en la Ley 33 de 1985, diferente es que resultaba procedente atender las normas anteriores solo en cuanto a la edad, pues frente al ingreso base de liquidación se debía aplicar lo contemplado en la Ley 62 de 1985, según el cual “[e]n 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”.

7. Costas en esta instancia

No habrá condena en costas por no encontrarse acreditadas, además que la parte demandada no intervino en esta instancia.

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,

Falla

PRIMERO: Se confirma la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2022 por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Nubiela Cardona Salazar contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **Devuélvase** el expediente al Juzgado de Origen, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 24 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 Primera de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, catorce (14) de abril dos mil veintitrés (2023).

Acción:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17 001 33 39 008 2018 00509 02
Demandante:	Germán Andrés Castaño
Demandado:	Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas -INFICALDAS
Providencia:	Sentencia No. 60

Procede la Sala Segunda de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada contra el fallo que accedió parcialmente a pretensiones, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 22 de noviembre de 2021. Lo anterior, por motivo de no haber sido aprobada por la Sala mayoritaria la ponencia presentada por el entonces magistrado ponente.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

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

“1. Declarar que en la decisión por parte del Instituto de Promoción y Desarrollo de Caldas hubo falsa motivación, por la cual habrá de decretar la nulidad del oficio G.G. 355-2018 del 28 de junio de 2018, mediante el cual se negó una relación laboral en cubierta entre la accionante y la demandada, por falsa motivación.

2. Que a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre INFICALDAS y el actor existió una relación legal de trabajo (contrato realidad) desde el 1° de febrero de 2012 al 31 de agosto de 2015, en el cargo de auxiliar administrativo.

Que a título de restablecimiento del derecho se cancelen a Germán Andrés Castaño los siguientes créditos laborales:

Se cancelen por todo el tiempo laborado.

Se cancele primas de servicio por todo el tiempo laborado.

Se cancele compensación dineraria de vacaciones por todo el tiempo laborado.

Se cancele la prima de vacaciones por todo el tiempo laborado.

Se cancele la prima de navidad por todo el tiempo laborado.

Se cancele la bonificación por servicios prestados por todo el tiempo laborado. Se cancele el valor de aportes a seguridad social integral sobre el salario realmente devengado en el porcentaje que le corresponde a la entidad para cada uno de estos.

Se restituyan los valores correspondientes al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales en el porcentaje que le correspondía cancelar a la entidad por sus empleados, el cual mi poderdante debió sufragar. Que las sumas reconocidas como prestaciones sociales y aportes a la seguridad social sean debidamente indexadas.

Se cancele la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo después de transcurridos 70 días hábiles desde la solicitud de cesantías definitivas radicada en INFICALDAS y hasta el momento en que se produzca el pago efectivo.

Pretensión subsidiaria: *en caso de que la anterior súplica no sea concedida, se ordene a la entidad que, si al cabo de los 70 días hábiles de estar en firme la sentencia, no ha cancelado el valor de las cesantías definitivas, pague la sanción moratoria prevista en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo.*

Se cancele el valor del recargo nocturno, dominicales y festivos por todo el tiempo laborado.

Se cancele la indemnización moratoria consagrada en la Ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías en un fondo legalmente establecido para ello. Se cancele todo aquello que constituya factor salarial para los empleados públicos de INFICALDAS.

Que se ordene el reintegro de sus labores como empleado público en el cargo de auxiliar administrativo que venía desarrollando en el momento de su despido, o a un cargo de igual o mejor jerarquía.

Que se declare que en el presente caso no existió solución de continuidad y por lo tanto se ordene cancelarle los salario y prestaciones dejados de percibir hasta que se produzca el reintegro.

Que se condene en costas procesales a la demandada.”

2. Hechos.

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

- El demandante celebró con el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas contratos de prestación de servicios entre los años 2012 a 2014 para desarrollar actividades de apoyo a la seguridad en el Aeropuerto La Nubia; y del 2014 al 2015 para prestar sus servicios de apoyo a la gestión documental en el Plan Vial de Caldas. Es decir, los extremos de la relación contractual se extendieron entre el 1° de febrero de 2012 al 31 de agosto de 2015.

- Que en la ejecución de los contratos el accionante no gozaba de autonomía ni independencia, ya que siempre estuvo bajo la subordinación de su jefe inmediato. Además, cumplía un horario y recibía una remuneración; y los extremos de la relación se dan entre febrero de 2012 y el 31 de agosto de 2015 habiéndose dado la terminación sin mediar motivo alguno.

- Dice que en el aeropuerto tenía como funciones supervisar los puestos de seguridad, hacer ronda a la pista de aterrizaje, supervisar en la sala de abordaje al momento del

ingreso de los pasajeros, supervisar en salas de equipaje, supervisar en el parqueadero, supervisar el control de ingreso a las oficinas de la administración y, participar como miembro en las reuniones de comités de seguridad.

- Que la remuneración económica por la labor desempeñada, pagada por INFICALDAS era de \$1.200.000, y que, cumplía un horario de 5:45 a.m. a 6:10 pm, de lunes a domingo, cuando laboró en el aeropuerto; y que, cuando laboró en las instalaciones de INFICALDAS en el horario era de 7:30 a.m. a 12:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m.; ejerciendo siempre sus actividades bajo las órdenes del gerente del Aeropuerto, y, cuando trabajó en INFICALDAS, las principales órdenes eran dadas por el Secretario General y el Gerente de Proyectos, y que, se continúa con la prestación de esos servicios en dichas entidades.

- Que dentro de las funciones de INFICALDAS, estaba el manejo de archivo del aeropuerto la Nubia, manejo de archivo del Plan Departamental Vial de Caldas.

- Presentó reclamación administrativa el día 8 de junio de 2018, a través de la cual solicitó la aplicación del principio de primacía de realidad sobre las formas, y en consecuencia se declarara la existencia de la relación laboral. Solicitud que fue resuelta de manera negativa mediante oficio G.G 335-2018 del 28 de junio de 2018.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el demandante como normas vulneradas las siguientes:

Constitución Política.

Decreto 1042 de 1978

Decreto 1045 de 1978

Decreto 3135 de 1968

Decreto 1919 de 2002

Menciona que el oficio G.G 355-2018 del 28 de junio de 2018 está viciado de nulidad por falsa motivación, ya que se afirmó que en este caso no se configuraron los elementos de una relación laboral porque no existió subordinación, ni continuidad entre uno y otro contrato, y que todos se celebraron a la luz de la Ley 80 de 1993, lo cual no corresponde a la realidad pues el actuar de INFICALDAS al contratar al demandante para ejecutar labores misionales y desarrollar su objeto social a través de esta modalidad de vinculación lo que hizo fue materializar los elementos propios de una relación laboral como son la prestación del servicio, la subordinación y la remuneración, los cuales han sido desarrollados jurisprudencialmente.

Se funda en el artículo 53 de la Constitución Política, y expone que, el Consejo de Estado ha emitido muchos pronunciamientos en torno a este tema, especialmente para analizar

los elementos de la relación laboral. En cuanto a la subordinación, explicó que el accionante siempre estuvo sometido a esta ya que tenía que cumplir un horario de trabajo que garantizara que las funciones encomendadas iban a ser desarrolladas, y más cuando la entidad siempre definió las circunstancias de tiempo, modo y lugar para llevar a cabo la labor encomendada, sin que pudiera ausentarse de su sitio de trabajo sin permiso, y recibiendo llamados de atención.

En cuanto a la remuneración sostuvo que el actor recibía mensualmente una retribución por las labores desarrolladas, lo cual ocurría porque se configuraba el otro elemento de la relación laboral, la prestación personal del servicio.

Agregó que las actividades ejecutadas eran necesarias para que el Aeropuerto La Nubia pudiera ser operado por INFICALDAS; y en las instalaciones administrativas de la entidad también llevó a cabo labores propias de esta, lo que denota que se utilizó la figura del contrato de prestación de servicios con el fin de disfrazar una verdadera relación legal y reglamentaria y desconocer los derechos laborales del actor.

4. Contestación de la demanda.

La parte accionada contestó la demandada mediante apoderado judicial afirmando que, sí se celebraron contratos de prestación de servicios; pero que no es cierto que de estos se pueda derivar una relación laboral ya que no se configuraron los elementos propios de esta. Por lo anterior, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Como argumentos de defensa, expuso la diferencia entre una relación laboral y un contrato de prestación de servicios y destacó que las labores desempeñadas por el accionante no suplían necesidades permanentes de la entidad, pues desarrollaba tareas de apoyo, tanto es así que los objetos contractuales son diferentes, lo que denota que las actividades no eran de carácter permanente, sino que se necesitaron en un momento específico y de manera temporal, según los postulados de la Ley 80 de 1993.

Propuso las excepciones de *"Inexistencia de la obligación"*, que funda en que, la entidad no se encuentra en la obligación de reconocer lo pretendido por la parte actora ya que en este caso no se dan los elementos de una relación laboral pues lo que hubo fue un vínculo contractual para desarrollar actividades en una época en que no podían ser llevadas a cabo con el personal de planta, lo cual es autorizado por la ley.

Del *"Cobro de lo no debido"*, dice que, al no existir obligación por parte de la entidad demandada en reconocer el pago de las prestaciones solicitadas no hay lugar a que el demandante esté exigiendo el pago de prestaciones infundadas.

Finalmente, propone la excepción de “*Prescripción extintiva del derecho*”, exponiendo que, en aquellos casos en que se pretenda la declaratoria de una relación laboral la persona debe reclamar dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo contractual, y en este caso los contratos cuyas labores se circunscribían a realizar actividades de apoyo en el Aeropuerto La Nubia finalizaron el 30 de junio de 2014 sin que se reclamara por lo que se configura la prescripción del derecho, lo cual también se predica frente a los contratos celebrados en el año 2014 para las tareas de apoyo a la gestión.

5. Sentencia de primera instancia. (Documento 13 del expediente digital)

Mediante sentencia número 237 de 22 de noviembre de 2021, la Juez Octava Administrativa del Circuito resolvió:

PRIMERO. – DECLARAR NO PRÓSPERAS LAS EXCEPCIONES DE “Inexistencia de la obligación” y “Cobro de lo no debido”, propuestas por el INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS – INFICALDAS, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. - DECLARAR la nulidad del oficio No. oficio G.G. 335- 2018 de junio 28 de 2018 mediante el cual fue negado el reconocimiento de la relación laboral entre el señor GERMÁN ANDRÉS CASTAÑO y el INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS.

TERCERO. - DECLARAR PRÓSPERA LA EXCEPCIÓN DE “Prescripción” propuesta por el INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS en cuanto a la reconocimiento laboral por el periodos que comprende entre el 01 de febrero de 2012 al 30 de junio de 2014, por tanto los contratos suscritos durante estas fechas se encuentran prescritos, y se extinguieron por prescripción los derechos laborales reclamados con los siguientes contratos Nos: A.A. 18-2012, A.A. 56-2012, A.A. 21- 2013 y A.A. 10-2014, sobre los mismos y los períodos correspondientes se negarán las pretensiones relacionadas con el pago de prima de servicios, prima de vacaciones, compensación dineraria de las vacaciones, cesantías, intereses a la cesantía y sanción por mora, primas de navidad, pago de la bonificación por servicios prestados, aportes al sistema de seguridad social en salud y riesgos profesionales, todas las prestaciones sociales causadas en el período reclamado, por haber operado la prescripción trienal, todas las prestaciones sociales causadas en el período reclamado, por haber operado la prescripción trienal.

CUARTO. - ORDENAR al INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS el reconocimiento y pago de los aportes de seguridad social para pensión a favor del señor GERMÁN ANDRÉS CASTAÑO por los períodos del 01 de febrero de 2012 al 30 de junio de 2014, los cuales deberán computarse para efectos pensionales. Por tanto, el ente accionado tomará durante el tiempo mencionado, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondería como empleador, por lo que el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$R = Rh \cdot \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$

Por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

QUINTO. - DECLARAR la existencia de una relación laboral entre el señor GERMÁN ANDRÉS CASTAÑO y la (sic) INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS, desde el desde el 03 de julio de 2014 al 31 de agosto de 2015, sin que existieran interrupciones, es decir no existe solución de continuidad que comprende los contratos Nos. A.C. 46- 2014, A.C. 110-2014, P.V. 13- 2015 y P.V. 25-2015 sin que existieran interrupciones, por lo tanto no existe solución de continuidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. - ORDENAR a título de restablecimiento del derecho al INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS – INFICALDAS el reconocimiento y pago de las sumas que resulten de la liquidación por concepto de prestaciones sociales en el periodo del 03 de julio de 2014 hasta el 31 de agosto de 2015 que correspondan a una persona que dentro del personal de la entidad demandada cumpla labores similares al demandante (vacaciones, cesantías, primas de vacaciones, de navidad, transporte, aumentos salariales legales y demás emolumentos) teniendo en cuenta los honorarios pagados para la época. Y las sumas señaladas de la liquidación de las prestaciones sociales dejadas de percibir por el demandante conforme a lo probado en el expediente, serán debidamente ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA, esto es, tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

Para el efecto, se aplicará la fórmula tradicional adoptada por el H. Consejo de Estado:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante, desde la fecha a partir de la cual se reconocen las prestaciones sociales por el guarismo que resulte de dividir el Índice Final de Precios al Consumidor, certificado por el DANE y vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el Índice Inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

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

De igual manera, CONDENAR al INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS a pagar a demandante los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el período comprendido entre el 03 de julio de 2014 hasta el 31 de agosto de 2015. Al respecto, es necesario declarar que el tiempo laborado por el señor GERMÁN ANDRÉS CASTAÑO se debe computar para efectos pensionales. Se debe aclarar que el pago de los aportes no releva al accionante de efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión y salud se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente

$R = Rh \cdot \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$

Por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada

uno de ellos.

SÉPTIMO. - NEGAR las demás pretensiones elevadas por la demandante y las relacionadas, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO. – El INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

NOVENO. - DECLARAR que el tiempo laborado por el señor GERMÁN ANDRÉS CASTAÑO en la entidad INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS como Auxiliar bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, desde el 03 de julio de 2014 hasta el 31 de agosto de 2015, se debe computar para efectos pensionales.

DÉCIMO. – NEGAR la condena en costas por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

UNDÉCIMO. – NOTIFICAR conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA y el Decreto 806 de 2020.

DÉCIMO SEGUNDO. - En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el aplicativo “Justicia Siglo XXI”. Desde ahora se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil. La Secretaría liquidará los gastos del proceso; si quedaren remanentes efectúese su devolución.”

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales accedió parcialmente a pretensiones, planteando en primer lugar como problema jurídico, determinar si existió entre la parte demandante y demandada una relación laboral que permitiera el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que no devengó durante el tiempo en que permaneció vinculado contractualmente.

En primer lugar, realizó un análisis normativo y jurisprudencial de tema, del cual infirió que los elementos necesarios que deben confluir para que exista una relación de naturaleza laboral, son la prestación personal del servicio, remuneración, y la subordinación y dependencia; y realizó un análisis sobre el estudio de la prescripción en casos como el presente.

Al descender al caso concreto, de conformidad con el material probatorio, encontró acreditado que efectivamente las partes celebraron contratos de prestación de servicios del año 2012 al 2014 para prestar apoyo a la seguridad en el Aeropuerto La Nubia de Manizales. Los del año 2014 para prestar apoyo a la gestión documental en las áreas de la Secretaría General de INFICALDAS; y, los del año 2015 para apoyar la gestión documental del Plan Vial Caldas.

Frente a todos estos contratos, afirmó el *a quo*, se comprobó que se habían configurado los 3 elementos de la relación laboral, prestación personal del servicio, remuneración y subordinación, lo que llevó a declarar la nulidad del acto administrativo demandado.

De la prestación personal del servicio, consideró que, el demandante realizaba actividades personales o intuitu persona, y que eran exclusivas del contratista (pues no se demostró lo contrario) tal como lo señala INFICALDAS en los contratos de prestación de servicios, donde consignó que, las actividades desplegadas por el señor Germán Andrés Castaño eran servicios de apoyo a la gestión que no pueden desarrollarse con personal de planta que ejecuten dichas funciones; y en el segundo grupo de contratos señaló la demandada que, requieren de personas que realicen la labor de apoyo documental; y advirtiendo que el señor Castaño no podía delegar en terceros por su propia voluntad.

De la subordinación o dependencia, expuso la Juez que, en el primer grupo de contratos, se advierte que el objeto era: *“Desarrollar actividades de apoyo a la seguridad en el Aeropuerto La Nubia”*, y sus obligaciones eran según el numeral 2) de los considerandos de los contratos, realizar actividades operativas, logísticas o asistenciales, que conforme al párrafo de la cláusula primera deben desarrollarse en coordinación con el Profesional Especializado Aeropuerto La Nubia y de acuerdo a los protocolos elaborados para dicho aeropuerto.

También hace una relación de testimonios, que dan cuenta de las funciones desempeñadas por el demandante, las cuáles eran de apoyo a la seguridad, control de los empleados, control de las pistas de aterrizaje, de entrada y salida de personal de las áreas de administración, parqueadero y ayuda a la Policía; así como también dice que daban cuenta del cumplimiento de un horario, y que, el jefe inmediato era el administrador del aeropuerto, señor Reinaldo Cuartas, quien exigía puntualidad en las horas de entrada y salida; así como que el administrador ordenaba al demandante, controlar a los demás compañeros y llamarles la atención.

Y con relación al segundo grupo de contratos, advierte que el objeto de los mismos era prestar servicios de apoyo a la gestión documental en las áreas de la Secretaría General, Gerencia de Proyectos y Subgerencias de INFICALDAS, y el Plan Vial de Caldas y con actividades a desarrollar similares, pues aunque la denominación cambiaba el objeto era el mismo; y de éstos también hay testigos que dicen que había cumplimiento de un horario de oficina, y que, recibía órdenes del Secretario General de la demandada.

Frente a la remuneración no encuentra discusión, pues se encuentra acreditada con los pagos de los contratos de prestación de servicios aportados.

En relación con la prescripción, dividió los contratos de prestación de servicios de acuerdo a su objeto contractual, y afirmó que los celebrados entre el año 2012 a 2014, relacionados con los servicios en el Aeropuerto La Nubia, finiquitaron el 30 de junio de ese año, por lo que la parte actora tenía 3 años luego de esta data para solicitar ante la administración los

derechos laborales, pero solo lo hizo el 8 de junio de 2018. En tal sentido, frente a los mismos declaró probada la excepción y solo ordenó el pago de los aportes al sistema de seguridad social.

En cuanto al segundo grupo de contratos, que iban del año 2014 al 2015, adujo que no se había configurado la prescripción, en tanto el contrato terminó el 31 de agosto de 2015 y la reclamación se presentó el 8 de junio de 2018. Frente a estos ordenó el reconocimiento de una suma de dinero correspondiente a las prestaciones sociales a las que un empleado que cumpliera funciones similares al demandante tendría en la entidad, de acuerdo a los honorarios pactados en el contrato, así como el reconocimiento de los aportes pensionales.

6. Recurso de apelación.

- Parte demandante (documento 15 del expediente digital)

El apoderado judicial de la parte demandante discrepa del decreto de prescripción, al considerar que, desde el 1° de febrero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015 existió una única relación laboral, sin solución de continuidad, independiente que el demandante hubiera desempeñado diferentes cargos y realizados diferentes funciones ya que siempre fueron actividades misionales bajo la continuada subordinación y dependencia, prestando personalmente el servicio y recibiendo un salario como contraprestación por los servicios prestados, y así lo determinó la sentencia en su parte considerativa, por lo que al haberse presentado la reclamación sin que transcurrieran más de 3 años desde la desvinculación de la entidad no se puede hablar de prescripción.

Hizo alusión a una sentencia que dice fue proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en la que se indicó en los supuestos fácticos que el demandante se había desempeñado como celador o portero, conductor de ambulancia y apoyo en oficios varios en un hospital, y en él se declaró la existencia de una única relación laboral en la que no existió prescripción.

Solicita se declare la existencia del contrato realidad desde el 1° de febrero de 2012 al 31 de agosto de 2015, y, en consecuencia, el reconocimiento por todo el tiempo laborado de las prestaciones sociales y todos los demás créditos laborales que devengan los empleados públicos de la entidad demandada.

- Parte demandada (documento 16 del expediente digital)

La demandada INFICALDAS, presentó recurso de apelación inconforme con sentencia proferida, especialmente con relación a la facultad que tiene los entes territoriales para suscribir contratos de prestación de servicios; así como se refirió al valor probatorio

otorgado a los testimonios.

Refirió que, los contratos de prestación de servicios, tiene su soporte en la Ley 80 de 1993, y sostiene que se celebraran para realizar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad en el evento que las mismas no puedan ser cumplidas por los servidores públicos de planta, o en caso de que se requieran conocimientos especializados; y que el Consejo de Estado ha determinado que no necesariamente se está frente a una relación laboral cuando se desempeñan funciones similares a las de los empleados de planta, como tampoco da lugar a ella cuando se labore en la sede de la entidad.

Resaltó que las actividades que desarrolló el actor se ejecutaron dentro del marco de los contratos de prestación de servicios, tanto es así que hubo cambio en los objetos contractuales, circunstancia que obvió el *a quo* de analizar, pues del hecho que se suscriban varios contratos de prestación de servicios no se puede presumir que todos deriven en una sola relación laboral, ya que las actividades y objeto son diferentes.

Agregó que la única prueba en la que se basó el despacho para emitir la sentencia fue la declaración de dos testigos, quienes además carecen de objetividad, pues como se puso de presente en la audiencia de pruebas, tienen procesos en curso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa por hechos similares, por lo que nuevamente insistió en su tacha; y añadió que tampoco se realizó una valoración integral de las declaraciones sino que simplemente se ajustó lo dicho de manera aislada y sin aplicación de esa severidad y esa rigurosidad que se exige para darle credibilidad a los deponentes; aunado a que no hicieron referencia de manera específica a cada contrato, y simplemente hicieron narraciones generales que no demuestran los elementos necesarios para declarar la existencia de un contrato realidad.

En cuanto a la prescripción extintiva del derecho, adujo, con base en las sentencias de unificación del Consejo de Estado, que los contratos que tuvieron como objeto contractual “Actividades de apoyo a la seguridad del Aeropuerto La Nubia”, finalizaron el 30 de junio de 2014, sin que se acudiera a hacer la reclamación respectiva, por lo que se configura la prescripción extintiva del derecho.

Y que, a partir del mes de julio del año 2014 se suscribieron otros contratos de prestación de servicios con objeto contractual diferente “*Prestar servicios de apoyo a la gestión documental en las áreas de la Secretaría General, Gerencia de Proyectos y Subgerencias de INFICALDAS*”, frente a los cuales también habrá de declararse probada la excepción de prescripción extintiva del derecho atendiendo a que no fue demandada la supuesta existencia de una relación laboral dentro de los tres años siguientes a la terminación del último contrato.

Sostiene que, no necesariamente se está frente a un contrato laboral cuando se desempeñan funciones similares a las de los empleados de planta, como lo pretende hacer ver la parte demandante, dado que una relación legal y reglamentaria tiene requisitos especiales; y que, en el caso que se labore en la sede de la entidad, ello por sí mismo, no da lugar a que se declare la existencia del contrato laboral.

Afirma que, las actividades que desarrolló el señor Germán Andrés Castaño se ejecutaron dentro del marco de los contratos de prestación de servicios suscritos por ella, tanto es así que se dieron cambios en los objetos contractuales, circunstancia que obvió el a quo de analizar, pues por el hecho de que se suscriban varios contratos de prestación de servicios, no se puede presumir que todos deriven en una sola relación laboral, pues las actividades y objeto son diferentes máxime si se tiene en cuenta que, la única prueba en la que se basó el Despacho fueron dos testigos, que rindieron una declaración sin ninguna objetividad, pues como se puso de presente en la audiencia de pruebas, la prueba testimonial solicitada por la parte demandante, carece de toda imparcialidad, pues son los mismos testigos quienes tienen procesos en curso ante la Jurisdicción Administrativa por hechos similares, lo que arriba a la conclusión indiscutible; y hace un extenso análisis sobre la tacha de testimonios, y llama a cuestionar el porqué, la parte demandante no llamó a declarar a personal de planta de la demanda INFICALDAS.

Finalmente se refiere a la prescripción del derecho, y afirma que, los contratos suscritos entre febrero de 2012 y junio de 2014 tuvieron como objeto contractual "*Actividades de apoyo a la seguridad del Aeropuerto La Nubia*", objeto que finalizó el 30 de junio de 2014, sin que se acudiera a hacer la reclamación respectiva por lo que se configura la prescripción extintiva del derecho.

Y que, de los contratos suscritos entre julio y diciembre de 2014 se estableció como objeto contractual "*Prestar servicios de apoyo a la gestión documental en las áreas de la Secretaría General, Gerencia de Proyectos y Subgerencias de INFICALDAS.*", de los cuales a su juicio, también habrá de declararse probada la excepción de prescripción extintiva del derecho atendiendo a que no fue demandada la supuesta existencia de una relación laboral dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del último contrato atendiendo al objeto de los mismos, razón por la cual no puede pretender la parte demandante que después de más de 3 años sea estudiada una demanda en relación con los contratos citados por encontrarse prescrito el derecho; motivo por el cual, no puede hablarse de una relación laboral completa, por tener objetos contractuales distintos, pues precisamente ahí es donde realmente se comprueba que lo que en realidad existió fueron contratos de prestación de servicio, de acuerdo a las necesidades que surgieron en el desarrollo propio del objeto del Instituto, lo que generó la necesidad de acudir a esta figura establecida por la Ley 80 de 1993, dado que no había personal de planta que pudiera

realizar estas actividades de manera temporal, por esta razón y dado a que pasó el tiempo se debe declarar probada el medio exceptivo propuesto, como efectivamente lo hizo la Juez de primera instancia.

Finalmente, solicita revocar parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, y en consecuencia negar todas pretensiones de la demanda.

7. Concepto del Ministerio Público.

Sin pronunciamiento de las partes ni del Ministerio Público según constancia secretarial del 31 de marzo de 2022 (documento 05 de la carpeta de segunda instancia del expediente digital).

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

La presente sentencia se dicta en virtud de pasar el proceso a nueva ponencia, habiendo sido derrotado en Sala Primera de Decisión la presentada por el Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes; y a la luz de las excepciones de la prelación de fallos que permite decidir las *litis* que versan sobre un mismo asunto y sobre las cuales existe reiteración jurisprudencial, con antelación a otros procesos.

Al respecto se ha pronunciado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“En la actualidad, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene a su conocimiento procesos que entraron para proferir fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que, en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998, exigiría su decisión en el orden cronológico en que pasaron los expedientes al Despacho. No obstante, la Ley 1285 de 2009, en el artículo 16, permite decidir, sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de la jurisprudencia”.

En el presente asunto, el tema objeto de debate se refiere a la privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor Diego Ospina Rivas, quien fue sindicado de los delitos de estafa agravada, falsedad material de particular en documento público, agravada por el uso y falsedad en documento privado.

Respecto al tema antes referido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones, en las cuales ha fijado una jurisprudencia consolidada y reiterada, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, la Subsección se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada”¹

En virtud de lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 446 de 1998 y 16 de la Ley 1285 de 2009, *mutatis mutandis* la Sala se encuentra habilitada para decidir el caso concreto.

2. Problemas jurídicos a resolver:

¿Debe, en el presente asunto, declararse la nulidad del acto administrativo oficio G.G. 355 – 2018 de 28 de junio de 2018, mediante el cual el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas – INFICALDAS - negó una relación laboral encubierta por estar configurados los presupuestos fácticos y jurídicos para ello?

Para resolver lo anterior, es necesario establecer si ¿entre Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas – INFICALDAS - y el señor Germán Andrés Castaño, existió una relación laboral, que lo ~~hac~~ acreedor del pago de salarios y prestaciones sociales, de acuerdo con la labor que desempeñaba, mediante contratos de prestación de servicios; con las consecuencias jurídicas que de ello se desprende?

De resultar cierto lo anterior, en este caso ¿hay lugar o no a la declaratoria de prescripción extintiva de los derechos del demandante?

3. Análisis normativo.

El artículo 25 de la Constitución Política dispone: *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.*

A su vez, el artículo 53 constitucional contempla la primacía de la realidad sobre las formas y los derechos y principios laborales así:

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

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los

sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (Subraya la Sala)

El artículo 122 inciso primero Constitucional precisa:

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo – OIT - también ha precisado el principio de “a trabajo igual, salario igual” el cual es aplicable a nuestra legislación en virtud de que Colombia hace parte de ese convenio.

Y los artículos 23 y 34 del Código Sustantivo del Trabajo disponen:

“Artículo 23. Elementos esenciales. <Artículo subrogado por el artículo 10. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:

1. *Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:*

- a. *La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*
 - b. *La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con lo tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y*
 - c. *Un salario como retribución del servicio.*
2. *Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”.* (Subraya la Sala).

“Artículo 34. Contratistas independientes. <Artículo modificado por el artículo 30. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente

1o) *Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*

2o) *El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.*

Finalmente, el numeral 3° de la ley 80 de 1993 por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, se refiere al contrato de prestación de servicios en el siguiente sentido:

“Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (Subraya la Sala).

De lo anterior, se entiende que, la Constitución Política en sus artículos 122 a 125 permite inferir dos clases de vinculación con entidades del Estado, que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); y b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral).

No obstante, las entidades estatales han hecho uso de una tercera modalidad de vinculación de personal para el cumplimiento de sus fines: **c) De los contratistas de prestación de servicios** (relación contractual estatal), figura que ha sido de amplio desarrollo jurisprudencial y que es objeto de debate en el presente proceso, con miras a establecer si entraña una verdadera relación de carácter laboral.

4. Análisis jurisprudencial.

El Consejo de Estado¹, ha unificado recientemente mediante sentencia, los criterios necesarios para definir la existencia de una verdadera relación laboral, existente tras la modalidad de contratos de prestación de servicios en el siguiente sentido:

“(...) 101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación -que aquí se consolida- ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

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

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

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

107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia

de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En - cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige- de 2008 suscrito el 30 de seti que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral.

2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.

2.3.3.4. Remuneración

110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debidorecibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.” (Subraya la Sala).

5. Análisis fáctico.

5.1. De la prueba documental que reposa dentro del proceso.

Se relacionan a continuación las siguientes pruebas de relevancia para este caso.

Contratos de prestación de servicios:

CONTRATO NÚMERO	DURACIÓN	REMUNERACIÓN	OBJETO
AA18-2012	6 meses – contados a partir del 1º de febrero de 2012 hasta el 31 de julio de	\$4.962.000, en pagos parciales mensuales iguales por valor de \$827.000 mes vencido.	Desarrollar actividades de apoyo a la seguridad en el Aeropuerto La Nubia. El servicio se prestará en los periodos convenidos con el supervisor del contrato.

	2012		
SIN INTERRUPCIÓN			
AA56-2012	5 meses – contados a partir del 1 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2012.	\$6.000.000, en pagos parciales mensuales iguales por valor de \$1.200.000 mes vencido	Desarrollar actividades de apoyo a la seguridad en el Aeropuerto La Nubia. El servicio se prestará en los periodos convenidos con el supervisor del contrato.
2 DÍAS DE INTERRUPCIÓN			
AA21-2013	3 de enero al 31 de diciembre de 2013	\$14.892.800, al finalizar enero \$1.164.800, y 11 pagos parciales mensual de \$1.248.000 mes vencido	Desarrollar actividades de apoyo a la seguridad en el Aeropuerto La Nubia. el Aeropuerto La Nubia. El servicio se prestará en los periodos convenidos con el supervisor del contrato.
2 DÍAS DE INTERRUPCIÓN			
AA10-2014	Del 3 de enero hasta el 30 de junio de 2014	\$7.737.000, al finalizar el mes de enero \$1.217.000; y 5 pagos parciales por valor de \$1.304.000 mes vencido	Desarrollar actividades de apoyo a la seguridad en el Aeropuerto La Nubia. El servicio se prestará en los periodos convenidos con el supervisor del contrato.
2 DÍAS DE INTERRUPCIÓN			
AA46-2014	Del 3 de julio al 30 de septiembre de 2014	\$3.480.000, un pago parcial al finalizar el mes de julio por valor de \$1.080.000; y dos pagos parciales por valor de \$1.200.000 mes vencido.	Prestar sus servicios de apoyo a la gestión documental en las áreas de Secretaría General, Gerencia de Proyectos y Subgerencias de INFICALDAS.
SIN INTERRUPCIÓN			
A.C 110-2014	Del 1º de octubre al 31 de diciembre de 2014	\$3.600.000, tres pagos parciales por valor de \$1.200.000 mes vencido.	Prestar sus servicios de apoyo a la gestión documental en las áreas de Secretaría General, Gerencia de Proyectos y Subgerencias de INFICALDAS.
7 DÍAS DE INTERRUPCIÓN			
P.V 13-2015	Del 8 al 30 de enero de 2015	\$920.000 al finalizar el mes de enero.	Prestar los servicios de apoyo a la gestión documental del Plan Vial de Caldas bajo la orientación de INFICALDAS.
1 DÍA DE INTERRUPCIÓN			
P.V 25-2015	Del 2 de febrero al 31 de agosto de 2015	\$8.320.000, un pago al finalizar el mes de febrero por un valor de \$1.120.000 y seis pagos parciales por valor de \$1.200.000	Prestar los servicios de apoyo a la gestión documental del Plan Vial de Caldas, bajo la orientación de INFICALDAS.

- En la parte considerativa de todos los contratos de prestación de servicios AA18-2012, AA56-2012, AA21-2013, AA10-2014, se dice que: **“los servicios de apoyo a la gestión corresponden a aquellas actividades operativas logísticas o asistenciales, vinculados a la realización de las tareas propias de la entidad”** y que, **“el aeropuerto la Nubia es una unidad de negocios de INFI– CALDAS y para su normal funcionamiento requiere de personas que ejecuten ciertas actividades que no pueden realizarse con personal**

de planta de la entidad", por lo que se hace necesario contratar una persona para prestar el servicio de apoyo a la seguridad del Aeropuerto la Nubia. (Negrillas de la Sala).

- También en la considerativa de los contratos, hay un apartado de constancia expresa que dice: *"El presente contrato se realiza en virtud a que la entidad no cuenta con personal de planta suficiente para atender el objeto del contrato"*.

- En cuanto a las obligaciones del contratista se consignó:

a. Atender las sugerencias y permitir el control permanente de INFICALDAS a través del supervisor respecto a la prestación del servicio.

b. Informar inmediatamente cualquier situación que se presente en el desarrollo del contrato.

c. Coordinar con el supervisor del contrato las actividades a realizar.

d. Conocer y cumplir la reglamentación de INFICALDAS y de la Aeronáutica Civil en cuanto a seguridad, contingencia y acceso a las zonas de influencia del aeropuerto.

e. Cumplir y dar apoyo en las disposiciones establecidas por la Aeronáutica Civil, la OACI y el profesional especializado del aeropuerto referentes a seguridad aeroportuaria y seguridad operacional.

f. Cumplir oportunamente y de acuerdo a los porcentajes de ley con sus obligaciones frente al sistema de seguridad social (salud y pensión).

g. No entorpecer las actividades propias de la entidad.

h. Observar las normas de seguridad de los bienes e instalaciones, la selección de personal, supervisión permanente al personal y dotación dando cumplimiento a las normas de vigilancia y seguridad privada.

i. Cumplir las disposiciones establecidas por la Aeronáutica Civil, la OACI y el profesional especializado aeropuerto referentes al sistema de gestión de seguridad operacional."

- Frente al control de la ejecución del contrato se consignó que, INFICALDAS, por conducto del profesional especializados del aeropuerto, supervisará la ejecución del contrato, quien deberá acatar lo dispuesto en las normas que regulan la materia y en la directriz jurídica nro. 5-2010 del 25 de noviembre de 2010. Y se agregó que se tendrían, entre otras, las siguientes obligaciones:

a) Verificar el correcto cumplimiento del objeto contractual

b) Hacer las observaciones que estime pertinentes e informar oportunamente a la gerencia general cualquier anomalía en la ejecución del contrato.

c) Expedir los informes de cumplimiento del contrato que soporta los pagos previstos en el mismo.

d) Elaborar actas parciales y finales del contrato.

e) Liquidar dentro del término establecido el presente contrato.

f) *Verificar el cumplimiento de las obligaciones del contratista frente al sistema de seguridad social (pensión, salud y riesgos laborales)*”.

- De igual manera, en la parte considerativa de los contratos de prestación de servicio AA46-2014 y A.C 110-2014, se dice que: *“la necesidad a satisfacer por parte de la entidad estatal contratante, es la contratación de una persona natural que preste sus servicios para apoyar la gestión documental”*

- En la motivación de los contratos AA46-2014 y A.C 110-2014, relacionados con prestar sus servicios de apoyo a la gestión documental en las áreas de Secretaría General, Gerencia de Proyectos y Subgerencias de INFICALDAS, se señaló que estos se relacionaban con la misión institucional ya que la entidad manejaba gran carga documental que debía ser debidamente custodiada y archivada, en especial en esas dependencias, requiriéndose personas que realizaran esta labor.

Entre las actividades específicas del contrato se encuentran las siguientes:

1. *Gestión documental proveniente de la Gerencia de Proyectos Especiales, Subgerencia de Proyectos Especiales y Empresariales, Subgerencia de Proyectos Hidro energéticos y Secretaría General.*
2. *Coadyuvar en la foliación de expedientes resultantes de las dependencias descritas anteriormente.*
3. *Servir de enlace en el trámite de recibo y entrega de documentación entre los dos pisos de propiedad de INFICALDAS en donde funciona la parte administrativa.*
4. *Preparar el embalaje de documentos que deben ser enviados para la custodia en el aeropuerto La Nubia.*
5. *Realizar actividades logísticas cuando se realicen eventos en la institución.*
6. *Apoyar administrativamente a la entidad en la orientación del cliente en los pisos 3 y 4.*

Como obligaciones generales del contratista se establecieron:

- a. *Ejecutar el objeto del contrato y a desarrollar las actividades específicas en las condiciones pactadas.*
- b. *Atender las sugerencias y permitir el control permanente de INFICALDAS a través del supervisor respecto a la prestación del servicio.*
- c. *Informar inmediatamente cualquier situación que se le presente en el desarrollo del objeto contractual.*
- d. *Coordinar con el supervisor del contrato las actividades a realizar.*
- e. *Cumplir oportunamente y de acuerdo a los porcentajes de ley con sus obligaciones frente al sistema de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales).*
- f. *Custodiar, y a la terminación del presente contrato devolver los insumos, suministros, herramientas, dotación, implementación, inventarios y/o materiales que sean puestos a su disposición para la prestación del servicio objeto del contrato.*

Y, como obligaciones generales del contratante:

- a. Ejercer la vigilancia al cumplimiento de las obligaciones contractuales.*
- b. Pagar el valor del contrato de acuerdo con los términos establecidos.*
- c. Suministrar al contratista todos aquellos documentos, información e insumos que requiera para el desarrollo de la labor encomendada.*
- d. Prestar su colaboración para el cumplimiento de las obligaciones del contratista.*

- En la parte considerativa de los contratos de prestación de servicio P.V 13-2015 y P.V 25-2015, se dice que: *“la necesidad a satisfacer por parte de la entidad estatal contratante es la contratación de una persona natural que realice actividades relacionadas con el apoyo a la gestión documental del Plan Vial de Caldas”*

- El objeto de los contratos P.V 13-2015 y P.V 25-2015 era prestar los servicios de apoyo a la gestión documental del Plan Vial de Caldas bajo la orientación de INFICALDAS, y se señaló que el contrato se relacionaba con la misión institucional porque el plan vial era un importante proyecto del departamento de Caldas, y a su vez, de INFICALDAS; y por esta razón el control y seguimiento de sus actividades como su difusión a la comunidad eran fundamentales para el buen desarrollo y ejecución del mismo.

Entre las actividades específicas del contrato estaban:

- 1. Coadyuvar en la foliación de documentos resultantes del Plan Vial de Caldas.*
- 2. Preparar el embalaje de documentos que deben ser enviados para archivo.*
- 3. Realizar actividades de recolección y entrega de documentos internos y externos.*

Y, como obligaciones generales del contratista:

- a. Ejecutar el objeto del contrato y desarrollar las actividades específicas en las condiciones pactadas.*
- b. Atender las sugerencias y permitir el control permanente de INFICALDAS a través del supervisor respecto a la prestación del servicio.*
- c. Informar inmediatamente cualquier situación que se le presente en el desarrollo del objeto contractual.*
- d. Coordinar con el supervisor del contrato las actividades a realizar.*
- e. Cumplir oportunamente y de acuerdo a los porcentajes de ley con sus obligaciones frente al sistema de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales).*
- f. El contratista debe custodiar y a la terminación del presente contrato devolver los insumos, suministros, herramientas, dotación, implementación, inventarios y/o materiales que sean puestos a disposición para la prestación del servicio objeto del contrato.*

Como obligaciones del contratante:

- a. *Ejercer la vigilancia al cumplimiento de las obligaciones contractuales.*
- b. *Pagar el valor del contrato de acuerdo con los términos establecidos.*
- c. *Suministrar al contratista todos aquellos documentos, información e insumos que requiera para el desarrollo de la actividad encomendada.*
- d. *Prestar su colaboración para el cumplimiento de las obligaciones del contratista.*

- Mediante oficio G.G 355-2018 del 28 de junio de 2018, el gerente del Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas – INFICALDAS - dio respuesta a petición presentada por el demandante el 8 de junio de 2018, relacionada con la declaratoria de una relación laboral entre las partes derivada de la celebración de sucesivos contratos de prestación de servicios.

6.1. De la prueba testimonial.

Dentro de este asunto se recibieron en total 2 testimonios, de los cuales se permite la Sala hacer extraer los apartes de mayor relevancia de cada una de las versiones rendidas así:

Camilo Naranjo Molina.

“(...) El señor German Castaño, primero trabajó en el Aeropuerto y después llegó a INFICALDAS (...) realmente no gozaba de autonomía, él era como un subordinado del secretario general, donde cumplía como con unas obligaciones, y subordinación y dependencia atada a esa entidad (...) en INFICALDAS existía un horario, el cual era de 7:30 de la mañana hasta las 12 del medio día; y se retomaba funciones hasta las 5 de la tarde, que podían salir contratistas y funcionarios. (...) habitualmente se hacía la compensación de horarios para los días feriados (...) utilizaba los equipos y las herramientas dispuestas por INFICALDAS (...) la prestación del servicio era personal (...) el manejo para los contratistas, era que debía presentar permisos para no cumplir con el horario asignado por la entidad, especialmente para Germán que ejercía una labor muy técnica (...). Tengo conocimiento de las órdenes verbales por el continuo flujo que había en esa área, que estaba contigua a la subgerencia (...) cuando él llegó a las instalaciones de INFICALDAS tenía trayectoria en la institución (...) tengo conocimiento de sus funciones en INFICALDAS. (...)”

Claudia Elsa San Marín Valencia.

“(...) Lo conozco porque éramos compañeros de trabajo (...) trabajamos juntos en el aeropuerto la Nubia (...) trabajé de 2012 a 2015 (...) casi siempre manejamos los mismos turnos, e incluso él, controlaba a los demás compañeros, tenía que estar pendiente de nosotros (...) él tenía apoyo a la seguridad, controlaba también a los demás empleados, controlaba también la pista de aterrizaje, la entrada y salida del personal a las áreas administrativas, el parqueadero, a veces lo de ayudarlo a la misma policía, también ayudaba al área administrativa en documentación, y los guardas de seguridad (...) fue contratado directamente por INFICALDAS (...) el gerente general de INFICALDAS nos daba todo para hacer los trámites del contrato (...) el jefe inmediato de él, era el administrador del aeropuerto (...) teníamos que cumplir horario, para solicitar cualquier permiso teníamos que hacerlo por escrito y pedirlo con anterioridad, el jefe nos controlaba las horas, teníamos que estar puntuales, tanto para la entrada como para la salida, (...) entrábamos faltando un cuarto para las 6 de la mañana y salíamos seis y diez, seis y cuarto de la tarde (...) incluso él mandaba a Germán que era de seguridad, o a otros de seguridad para que nos llamara la atención (...) Germán tenía a cargo más o menos treinta

personas, harta cantidad, no podía delegar nada, cada uno teníamos funciones que tenía que cumplir, donde lo necesitaran, y a donde lo llamaran (...) me consta que le hacían llamados verbales (...) si, yo también tengo una demanda contra INFICALDAS (...) luego él tuvo otro contrato en el área administrativa (...) le tocaba apoyar la documentación (...) nosotros compartíamos todo el tiempo (...) él utilizaba radios, esas paleticas para revisar la gente, las máquinas, los computadores, él tenía que estar pendiente de todo eso, eso lo daba directamente el administrador (...)

6. De la tacha de testimonios.

El apoderado judicial del demandado Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas, en adelante – INFICALDAS - tacha a la testigo Claudia Elsa San Marín Valencia con fundamento en el artículo 211 del Código General del Proceso, por cuanto la testigo también tiene un proceso contra la entidad por haber fungido como contratista; y uno de los argumentos del recurso de apelación presentado, es precisamente, haber tenido en cuenta su versión, pese a lo expuesto.

Frente a la tacha de testimonios, el Consejo de Estado² ha sostenido:

“(...) Bajo ese contexto, se encuentra demostrado dentro del plenario que la accionante prestaba sus servicios en las instalaciones de la entidad en las oficinas de la UAO de Manizales en cumplimiento de un horario por la naturaleza mismas de sus funciones, las cuales entre otras consistían en atención al público.

Ahora, aunque la entidad accionante en el curso de la apelación discrepó de lo manifestado por el señor Jairo de Jesús Arcila García en calidad de testigo al considerar que podrían tener interés en las resultas del proceso, ello, no implica que deba ser desestimado per se, sino que su declaración debe ser analizada de acuerdo con las reglas de la sana crítica y si es del caso, refutar lo dicho por este, de conformidad con los demás medios probatorios.

En un asunto particular esta Subsección³ sostuvo:

*«En el recurso de apelación el demandado insiste en la tacha de los testigos, fundamentado en que los declarantes tuvieron la misma condición de contratistas que el demandante, **promovieron demandas a fin de obtener los mismos reconocimientos prestacionales y en tal virtud, se vicia la imparcialidad de sus versiones.***

*De conformidad con lo previsto en el artículo 218 del C.P.C., el juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y, en el caso bajo análisis, **si bien es cierto, en principio, se podría considerar que los declarantes podrían tener interés en las resultas del proceso, por tener litigios similares al que nos ocupa, también lo es que dada su condición de compañeros en el Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia, que conocieron de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el demandante prestó sus servicios se consideran testigos idóneos para rendir declaración al respecto.***

[...]

Así las cosas, tratándose de circunstancias personalísimas relacionadas con la prestación del servicio del demandante, la Sala estima que no se evidencia que las versiones de los testigos hubieran estado parcializadas o encaminadas a favorecer sus propios intereses, razón por la cual les dará total valor probatorio.»

² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub Sección A. Sentencia de 18 de agosto de 2022. Rad. 17001-23-33-000-2014-00187-01 (4135-2015)

³Sentencia proferida el 13 de febrero de 2014 por la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero; radicado: 25000-23-25-000-2000-01434-03(2397-07)

De lo anterior se colige la imposibilidad de desestimar un testigo porque interpuso una demanda a fin de obtener los mismos reconocimientos prestacionales, pues aunque podría tener algún interés en las resultas del proceso, lo cierto es que dada la condición de compañeros de trabajo, el declarante pudo conocer de manera directa las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que el demandante desplegó sus funciones, ese orden, tal como lo dispuso la sentencia de la referencia resulta ser testigo idóneo para rendir las declaraciones, las mismas que serán valoradas de conformidad con las reglas de la sana crítica. (...)” (Subraya la Sala)

Por su parte el artículo 211 del Código General del Proceso dispone con relación a la imparcialidad del testigo:

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

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

Ahora, la tacha que formula el apoderado judicial de la parte demandada se funda en que la testigo puede ser imparcial por el hecho de tener igualmente demandada a INFICALDAS, por haber sido contratista de dicha entidad, y por ello, no debió haberse valorado el testimonio mencionado.

Sea lo primero señalar que, en virtud del artículo 83 constitucional, se presume la buena fe en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas; por lo que, en este caso, se presume la buena fe en la versión que rindió la testigo Claudia Elsa San Martín Valencia, bajo la gravedad de juramento.

De lo expuesto se colige la imposibilidad de desestimar un testigo porque interpuso una demanda a fin de obtener los mismos reconocimientos prestacionales, pues aunque podría tener algún interés en las resultas del proceso, lo cierto es que dada la condición de compañeros de trabajo, la declarante pudo conocer de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el demandante desplegó sus funciones, en ese orden, tal como lo dispuso la sentencia de la referencia resulta ser testigo idóneo para rendir las declaraciones.

Sumado a lo anterior se resalta que, los testimonios rendidos no resultan ser contradictorios entre si; así como tampoco hubo testimonios de la parte demandada con el fin de desvirtuar las versiones tachadas; y, el contenido de los testimonios resulta ser coincidente con lo consignando en la prueba documental, en los contratos de prestación de servicios y el objeto de los mismos.

También es necesario precisar que, la tacha formulada fue resuelta negativamente por la Juez de primera instancia, y, por lo expuesto, esta Sala no encuentra motivo para

aceptarla; no obstante, si en gracia de discusión la tacha hubiera llegado a prosperar, debe precisarse que, ello no impide la valoración de las declaraciones de los testigos; sino que impone, la realización de un análisis más profundo, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y los demás elementos probatorios que reposen en el proceso.

7. Caso concreto.

La Sala determinará con las pruebas documentales y testimoniales allegadas al plenario, si en el sub - lite concurren los elementos de la relación laboral; si el servicio se prestó de manera ininterrumpida, si las funciones asignadas al demandante tenían un carácter eminentemente temporal, y todo lo relacionado con la acreditación de la subordinación, dependencia y prestación personal del servicio.

7.1. De la subordinación continuada, del lugar de trabajo, horario de labores y dirección de los servicios prestados.

De las pruebas estudiadas, se evidencia que el señor Germán Andrés Castaño no era autónomo e independiente en el cumplimiento de sus funciones, pues éste dependía de las directrices que le diera el administrador del Aeropuerto y los jefes inmediatos de INFICALDAS en los respectivos objetos contractuales.

Ambos testigos de las actividades que el demandante desempeñaba tanto en el Aeropuerto como en INFICALDAS, son coincidentes en afirmar que, el señor Germán Andrés Castaño cumplía un horario, de 7 a.m. a 12 p.m. y de 2 a 5 p.m. en el aeropuerto; y en INFICALDAS cumplía horario diariamente desde antes de las 6 a.m. y salía, poco después de las 6 p.m.; cumplimiento de horarios que no fue desvirtuado durante el proceso por la entidad demandada.

También ambos coinciden con que, en cada lugar de prestación de servicios, el demandante, debía obedecer órdenes de sus superiores; en el aeropuerto las del administrador de éste o el secretario general; y, en INFICALDAS, las del gerente general, siendo estas personas las que le indicaban las funciones a realizar; así como que se le impartían órdenes verbales.

Es necesario resaltar del testimonio del señor Camilo Naranjo Molina, que éste mencionó el hecho que el señor Germán Andrés Castaño tenía una larga trayectoria en la institución, pues cumplió funciones tanto en el aeropuerto como en INFICALDAS, de manera que, eso evidencia también la continuidad en la prestación del servicio, y que, era una persona que se encontraba vinculada a la entidad durante un buen tiempo, así desempeñara diferentes objetos contractuales; resaltando en este punto que, todos ellos tenían actividades de apoyo a la gestión, y que los contratos

precisaban que las labores eran propias de la misión de la demandada; es decir que, en todos desarrollaba actividades de la naturaleza de los asuntos de INFICALDAS, tanto del aeropuerto, como en INFICALDAS, ejecutando en el primero actividades propias de las seguridad, vigilancia y curso natural del aeropuerto; y, del segundo, actividades relacionadas con la gestión documental; ambas necesarias para cumplir con la misión y objeto de cada entidad; así como, se develan como de permanencia, que no podrían tener tiempos limitados en los cuales se cumpliera con el objeto del contrato y ya.

De igual manera, del testimonio de la testigo Claudia Elsa San Martín Valencia, precisa las funciones del demandante cuando trabajaba en el aeropuerto la Nubia de Manizales, y, resalta que, él, incluso tenía injerencia sobre los demás empelados, pues tenía a cargo aproximadamente a 30 personas; y, no solo eso, sino que para el ejercicio de las funciones descritas, debía hacerlo él personalmente, sin poder acudir a otras personas para que hicieran su trabajo, así como eran funciones para las cuales se necesitaba de subordinación, dependencia, cumplimiento de un horario; e, igualmente, son actividades que deben ser permanentes en el Aeropuerto la Nubia de Manizales, para su normal funcionamiento.

En este punto es necesario resaltar, como se dijo en el numeral 6 de la tacha de testimonios que, la credibilidad que se le da a las versiones rendidas, es, además de haber sido coincidentes entre sí, y de no haber sido desvirtuados con otros medios probatorios; porque son coincidentes con lo consignado en los contratos de prestación de servicios, como objeto, duración y, lugar de ejecución de los diferentes contratos.

Se resalta en este punto de la discusión que, el clausulado de los contratos de prestación de servicios suscrito entre las partes, se dice que los servicios que se prestan son de apoyo a la gestión, correspondientes a actividades operativas logísticas o asistenciales vinculadas a la realización de tareas propias de la entidad; así como que, se requerían para el funcionamiento normal de INFICALDAS y su unidad de negocios; y expresamente dicen que, se requiere de personas que realicen esas actividades, las cuáles no pueden ser desarrolladas por personal de planta de la entidad.

Así mismo, en la parte considerativa de algunos contratos, se dijo expresamente que, el objeto de los mismos se relacionaba con la misión institucional ya que la entidad manejaba gran carga documental que debía ser debidamente custodiada y archivada, en especial en esas dependencias, requiriéndose personas que realizaran esta labor.

Por otra parte, se resalta de las obligaciones del contratista que se consignaron en los contratos de prestación de servicios entre otras, por ser de mayor relevancia para esta discusión, las de atender las sugerencias y permitir el control permanente de INFICALDAS

a través del supervisor respecto a la prestación del servicio; conocer y cumplir la reglamentación de INFICALDAS y de la Aeronáutica Civil en cuanto a seguridad, contingencia y acceso a las zonas de influencia del aeropuerto; cumplir las disposiciones establecidas por la Aeronáutica Civil, la OACI y el profesional especializado aeropuerto referentes al sistema de gestión de seguridad operacional; gestión documental proveniente de la Gerencia de Proyectos Especiales, Subgerencia de Proyectos Especiales y Empresariales, Subgerencia de Proyectos Hidroenergéticos y Secretaría General; servir de enlace en el trámite de recibo y entrega de documentación entre los dos pisos de propiedad de INFICALDAS en donde funciona la parte administrativa; preparar el embalaje de documentos que deben ser enviados para la custodia en el aeropuerto La Nubia; y, apoyar administrativamente a la entidad en la orientación del cliente en los pisos 3 y 4.

De lo mencionado, para esta Sala es claro que, las actividades realizadas por el demandante eran propias de personal asistencial y administrativo de INFICALDAS, que no podía ejecutar por su propia cuenta; que, además, requerían de las directrices de la demandada para su cumplimiento; lo que resulta coincidente con lo mencionado por los testigos con relación a las funciones que ejercía, el cumplimiento de horarios, la subordinación, dependencia y, todo lo relacionado con la prestación de sus servicios.

Para esta Sala se encuentra demostrado el cumplimiento por parte del demandante de una jornada laboral establecida tanto por el Aeropuerto La Nubia, como por INFICALDAS, donde el demandante prestaba sus servicios en sus instalaciones, con los insumos brindados por la demandada, en horarios asignados por la demandada, los cuales no eran objeto de acuerdo alguno, pues debían cumplirse en las condiciones impuestas; sin opción de cambios, retiros de las instalaciones sin permiso previo; e incluso, con compensaciones de tiempo para poder acceder a otros días de descanso.

Así mismo, se encuentra acreditado que, los lugares de ejecución de los contratos era el aeropuerto la Nubia y las instalaciones de INFICALDAS.

7.2. De la prestación personal del servicio.

No hay duda en este caso de la prestación personal del servicio por parte del señor Germán Andrés Castaño, y de la imposibilidad de delegar en otras personas el desarrollo de sus actividades, siendo ésta una prestación personal; ya que, de los textos de los contratos se advierte que el actor se comprometió a prestar personalmente sus servicios en unos casos para apoyar la seguridad en el Aeropuerto La Nubia. En otros para apoyar la gestión documental en las áreas de Secretaría General, Gerencia de Proyectos y Subgerencias de INFICALDAS. Y en otros a apoyar la gestión documental del Plan Vial de Caldas.

Y, los testigos afirmaron que evidenciaron cuando el demandante desarrollaba las actividades que tenía asignadas en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados con INFICALDAS.

7.3. De la remuneración.

Tampoco hay duda de la remuneración recibida por el demandante por la prestación de sus servicios como apoyo en la vigilancia y la gestión documental; remuneración que se evidencia no solo en los contratos de prestación de servicios, sino en sus respectivas actas de terminación y liquidación; además de haber sido una situación que fue corroborada por los testigos.

Finalmente, resalta la Sala que, la demandada INFICALDAS no logró desvirtuar dentro de este asunto la subordinación continuada, el horario de labores del demandante, la dirección de los servicios prestados; la prestación personal del servicio y la remuneración; así como tampoco, la falta de independencia del demandante, el horario y la forma de prestar sus servicios; coincidiendo en este caso todos los elementos necesarios para la declaratoria de un contrato realidad, o una relación laboral encubierta.

Se precisa citar en este asunto, un aparte de sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda⁴⁵, en el que hizo parte de la Sala de Decisión, el ahora Magistrado Ponente, en un caso de contratos de prestación de servicios con el municipio de Pereira, donde concurrían varios contratos, con diversos objetos contractuales en el siguiente sentido:

*“(…) En torno a la **subordinación**, es claro que no podría predicarse de un contratista dedicado a prestar servicios de auxiliar de servicios generales, luego como auxiliar administrativa en el área de la biblioteca y secretaria en los establecimientos educativos en que el Municipio de Pereira la requería, que le asista algún grado de autonomía en el desempeño de su función, puesto que de la **naturaleza propia** de las mismas se desprende que estas deben ser realizadas de forma permanente, por cuanto se denota que debía permanecer en la entidad de manera continua; así entonces, en virtud del principio de la primacía de la realidad, es evidente que se presentó una verdadera relación laboral velada bajo contratos de prestación de servicios.*

Así pues, de las actividades propias del contrato celebrado con la señora Netgivia Milena Bedoya Morales se deduce su falta de libertad para llevar a cabo las funciones, siendo necesaria además la prestación personal del servicio dentro de los horarios regulares de funcionamiento de la Entidad, actividades que por cierto fueron remuneradas.

*Lo anterior permite inferir que en el presente **caso existió una verdadera relación laboral durante el tiempo de vigencia de los contratos u órdenes de prestación de servicios**, en la que concurrían como elementos esenciales la prestación*

⁴ Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda. Sala Tercera de Decisión. Sentencia de 5 de julio de 2019. MP. Dr. Juan Carlos Hincapié. Rad. 66001-23-33-000-2017-00315-00.

personal del servicio, la subordinación y la remuneración como contraprestación del servicio de auxiliar administrativo por la parte accionante. (...)

8. De los extremos temporales en la prestación de servicios del demandante.

Dentro del expediente reposan 8 contratos de prestación de servicios con los siguientes tiempos:

CONTRATO	DURACIÓN
AA18-2012	6 meses – contados a partir del 1º de febrero de 2012 hasta el 31 de julio de 2012
sin interrupción	
AA56-2012	5 meses – contados a partir del 1 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2012.
2 días de interrupción	
AA21-2013	3 de enero al 31 de diciembre de 2013
2 días de interrupción	
AA10-2014	Del 3 de enero hasta el 30 de junio de 2014
2 días de interrupción	
AA46-2014	Del 3 de julio al 30 de septiembre de 2014
sin interrupción	
A.C 110-2014	Del 1º de octubre al 31 de diciembre de 2014
7 días de interrupción	
P.V 13-2015	Del 8 al 30 de enero de 2015
1 día de interrupción	
P.V 25-2015	Del 2 de febrero al 31 de agosto de 2015

Advierte la Sala que, al revisar detalladamente cada uno de los contratos de prestación de servicios que obran en el expediente, se evidencia que, si bien el objeto es diferente en la mitad de los contratos; pues, en los 4 primeros el objeto era desarrollar actividades de apoyo a la seguridad en el Aeropuerto La Nubia; y los 4 últimos, prestar los servicios de apoyo a la gestión documental en las áreas de Secretaría General, Gerencia de Proyectos y Subgerencias de INFICALDAS; siendo coincidentes los objetos entre el 1 de febrero de 2012 y el 30 de junio de 2014; así como entre el 3 de julio de 2014 y el 31 de agosto de 2015; objetos que además son misionales, como se describen en las consideraciones de los mismos contratos, correspondientes al giro ordinario de los negocios, tanto del Aeropuerto La Nubia, como de INFICALDAS.

Por lo expuesto, se entiende que, entre el 1 de febrero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015, el demandante prestó sus servicios a INFICALDAS, apoyando la seguridad del Aeropuerto y la gestión documental en las áreas de secretaría general, gerencia y subgerencia de proyectos, esto es, durante poco más de 3 años, en los cuales el demandante prestó sus servicios en la misma entidad; cuyos servicios eran necesarios para el normal desarrollo del objeto de ésta, en las instalaciones de la entidad; y si bien, no existe prueba que en la planta de cargos exista un cargo que cumpla las funciones desempeñadas

por el demandante; también es cierto, que ello no es óbice para determinar que, los objetos para los cuales fue contratado el demandante, son completamente necesarios para la entidad contratante, teniendo una vocación de permanencia en la entidad, pues siempre se requerirá de personal para la seguridad del Aeropuerto la Nubia, y de personal para la gestión documental de la Gerencia y sub gerencia de proyectos de INFICALDAS.

8.1. De la solución de continuidad e interrupción de los contratos de prestación de servicios.

Para esclarecer lo relacionado con la continuidad o no de los contratos de prestación de servicio, es necesario acudir al pronunciamiento que ha hecho el Consejo de Estado⁶ al respecto en reciente sentencia de unificación:

“(...) 3.2. El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad

136. El segundo problema jurídico que pretende resolver la presente sentencia de unificación es establecer el término de solución de continuidad en aquellos contratos de prestación de servicios que presentan interrupciones entre uno y otro.

137. Antes que nada, conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción.^[1] Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose.

(...)

139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo.^[6] Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.^[7]

141. De igual manera, para una mayor coherencia del sistema jurídico nacional, y en virtud de los imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos,^[8] esta Sala, acudiendo a un diálogo entre tribunales (o diálogo judicial),^[9] resalta y acoge la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia sobre la noción de «interrupciones amplias, relevantes o de gran envergadura»,^[10] que en los asuntos de su competencia, ha aplicado para desvirtuar las formalidades empleadas, en algunos casos, para simular la ruptura de la unidad contractual; esto con el propósito de identificar con mayor certeza si las suspensiones en los contratos de prestación de servicios reflejan la intención real de las partes de detener la continuidad del vínculo laboral subyacente. (Subraya la sala) (...)

De conformidad con lo probado dentro del proceso, y con el pronunciamiento del Consejo de Estado, en este caso la interrupción mayor fue de 7 días, de manera que, no se da en este caso una solución de continuidad; pues no hay interrupciones amplias y relevantes que desvirtúen la primacía de la realidad sobre las formas; pues esa interrupción mínima de 7 días no refleja una intención real de las partes de terminar el vínculo laboral en proporción al término de continuidad en la prestación de los servicios del ahora demandante.

Por lo considerado, debe declararse la existencia de una relación laboral sin solución de continuidad entre el señor Germán Andrés Castaño e INFICALDAS por el tiempo comprendido entre el 1 de febrero de 2012 y el 31 de agosto de 2015.

9. Prescripción.

En sentencia de unificación la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷ consideró:

“(…) si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador (...).

(...) en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación deservicios". (Subraya la Sala).

De igual manera, en la sentencia mencionada, se hace la salvedad que, el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho no se aplica frente a los aportes para pensión:

"(...) en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales".

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que, si bien la prescripción de los derechos prestacionales en materia del denominado contrato realidad, o relación laboral encubierta, sólo tiene lugar con posterioridad a la declaración de existencia de la relación laboral; también es cierto que, la solicitud de existencia de dicha relación laboral debe formularse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de la prescripción del derecho a que se haga tal declaración, en concordancia con lo dispuesto por el Consejo de Estado⁸, considerando que, una vez finiquitada la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral en un término no mayor de 3 años, so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan en aplicación de la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas, advirtiendo que, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional.

Ahora bien, la Juez de primera instancia, para el estudio de la prescripción, dividió los contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y la demandada en dos partes o periodos; uno entre el 1 de febrero de 2012 y el 3 de enero de 2014; y, el segundo, entre el 3 de julio de 2014 y el 31 de agosto de 2015; considerando que, el demandante remitió la reclamación el 08 de junio de 2018, por lo que, a su juicio, los contratos suscritos entre el 01 de febrero de 2012 al 30 de junio de 2014 se encuentra prescriptos, extinguiendo así por prescripción, los derechos laborales reclamados con ocasión a los contratos de prestación de servicios números A.A. 18-2012, A.A. 56-2012, A.A. 21- 2013 y A.A. 10-2014, declarando probada esta excepción.

Esta Sala no comparte el criterio expuesto por la juez de instancia, ello, en virtud de lo considerado en el numeral anterior, por lo que, en este caso no se puede decir que ha operado la solución de continuidad, pues la mayor interrupción de los contratos fue de 7 días; ello porque no hay lugar a fraccionar los contratos por objetos diversos, pues claro

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda – subsección "A", C.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández Rad. 05001 23 31 000 2005 00902 01 (3147-2014). Radicado N° 08001233100020030224901.

está, como ya se dijo que, los servicios los prestaba el señor Germán Andrés Castaño para la misma entidad, INFICALDAS, era ésta la contratante, la que realizaba los pagos, la que imponía las obligaciones a cumplir; y el hecho de que los primeros cuatro contratos se hubieran ejecutado en el Aeropuerto la Nubia, ello por sí solo no saca de la esfera jurídica a INFICALDAS, como contratante.

Sumado a lo anterior, ya se ha reiterado que, las funciones que cumplía el demandante eran de naturaleza misional, todos corresponden al giro ordinario de los negocios de la demandada, por lo que, no hay razón alguna para fraccionar los contratos por objetos, como lo hizo la Juez de primera instancia.

Expuesto lo anterior, de los contratos de prestación de servicio se evidencia que los mismos fueron consecutivos, donde se itera, la mayor interrupción fue de 7 días de la siguiente manera:

Periodo de vinculación contractual	Días hábiles interrumpidos	Fecha de prescripción
6 meses – contados a partir del 1º de febrero de 2012 hasta el 31 de julio de 2012	0	No aplica
5 meses – contados a partir del 1 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2012.	0	No aplica
3 de enero al 31 de diciembre de 2013	2	No aplica
Del 3 de enero hasta el 30 de junio de 2014	2	No aplica
Del 3 de julio al 30 de septiembre de 2014	2	No aplica
Del 1º de octubre al 31 de diciembre de 2014	0	No aplica
Del 8 al 30 de enero de 2015	7	No aplica
Del 2 de febrero al 31 de agosto de 2015	1	No aplica

Ahora, de conformidad con las pruebas referidas, bien puede decirse que, el señor Germán Andrés Castaño suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios desde el 1 de febrero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015, con las interrupciones antes señaladas; interrupciones que en ningún caso son superiores a 30 días hábiles; así como tampoco, se consideran amplias y relevantes como para desvirtuar la primacía de la realidad sobre las formas; lo cual tampoco ocurre porque el objeto de los contratos haya sido diferentes, pues como se ha reiterado, el objeto está íntimamente relacionado con la misión de la entidad demandada.

Así pues, para la Sala las interrupciones de 1, 2 y 7 días no desvirtúan la continuidad de la prestación del servicio, p u e s d e b i d o a que éstos correspondían a la misión de INFICALDAS en su calidad de administrador del Aeropuerto la Nubia, donde prestaba los servicios de vigilancia, y en la secretaría general, gerencia y sub gerencia de INFICALDAS donde apoyaba todo lo relacionado con la gestión documental; conservando la identidad en los 4 primeros, y los 4 últimos contratos, no puede predicarse que por esas interrupciones, y menos aún, por el cambio en el objeto contractual, se deba contabilizar el término de prescripción en dos momentos diferentes,

correspondientes a los cuatro primeros y luego de los cuatro últimos.

Lo anterior, porque, si bien las reglas consagran unos supuestos para la suscripción de los contratos de prestación de servicios, en realidad sucede que, este tipo de contratos se utilizan como vinculación laboral por períodos de meses que en la práctica se extienden por años, dado que la voluntad de la administración es mantener la continuidad de la labor bajo esta modalidad de contratación; siendo lo verdaderamente relevante en este caso, la modalidad de prestación de servicios de manera continua, sin que el objeto deba ser absolutamente idéntico en todos los casos.

Tampoco puede trasladarse al administrado la consecuencia jurídica del cambio de objeto contractual, cuando es clara la intención de la demandada de tener vinculado a un mismo contratista, en este caso al señor Germán Andrés Castaño durante varios años en su entidad mediante contratos de prestación de servicio con un objeto misional, asistencial y de apoyo a la gestión de la entidad como ocurre en este caso.

Lo expuesto además, porque mal podría exigirse al ahora demandante, la obligación de elevar derecho de petición a INFICALDAS a partir del 30 de junio de 2014, debido a la variación del objeto del contrato, el cual se modificó desde el 3 de julio del mismo año, toda vez que, la relación contractual con la entidad demandada no había culminado, estaba vigente, solo había sido modificado el objeto; motivo por el cual, no se comparte las consideraciones que en tal sentido hizo la Juez de primera instancia,

Así las cosas, si se contabilizará la prescripción de los 3 años teniendo en cuenta las interrupciones advertidas, la parte actora contaba con el término de 3 años para elevar la petición de reconocimiento laboral ante la administración, respecto del único período, que transcurrió entre el 1 de febrero de 2012 y el 31 de agosto de 2015; y, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se surtió el día 8 de junio de 2018; mal podría decirse que, en este caso, hubiere operado el fenómeno de prescripción.

Debe igualmente precisarse que, de conformidad con la mencionada sentencia de unificación del Consejo de Estado, la prescripción no puede aplicarse frente a los aportes que por pensión debían realizarse al Sistema General de Seguridad Social, *“(...) en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad”*.

10. De los reconocimientos realizados en primera instancia.

Debe estudiar la Sala en este instante, los reconocimientos realizados en primera instancia, y definir si, de acuerdo a la sentencia de unificación del Consejo de Estado pluri

citada, los mismos son procedentes o hay lugar a modificaciones.

Lo anterior, por cuanto, si bien ninguna de las partes hacen referencia expresa en sus recursos de apelación sobre los conceptos reconocidos en la sentencia; lo cierto es que, en esta instancia, resulta procedente estudiar la totalidad de su contenido, en vista que el argumento de la demandada tiene que ver con el reconocimiento de una relación laboral, y por lo considerado, hay lugar a estudiar el fondo del asunto, incluyendo las declaratorias realizadas en la sentencia que se apela en el siguiente sentido:

Ahora, los ordinales frente a los cuales esta Sala de decisión tiene discrepancias relacionados con los reconocimientos realizados por el juzgado de instancia, son los cuarto y sexto en la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales son los siguientes:

CUARTO. - ORDENAR al INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS el reconocimiento y pago de los aportes de seguridad social para pensión a favor del señor GERMÁN ANDRÉS CASTAÑO por los períodos del 01 de febrero de 2012 al 30 de junio de 2014, los cuales deberán computarse para efectos pensionales. Por tanto, el ente accionado tomará durante el tiempo mencionado, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondería como empleador, por lo que el actor deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

(...)

Por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

(...)

SEXTO. - ORDENAR a título de restablecimiento del derecho al INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS – INFICALDAS el reconocimiento y pago de las sumas que resulten de la liquidación por concepto de prestaciones sociales en el periodo del 03 de julio de 2014 hasta el 31 de agosto de 2015 que correspondan a una persona que dentro del personal de la entidad demandada cumpla labores similares al demandante (vacaciones, cesantías, primas de vacaciones, de navidad, transporte, aumentos salariales legales y demás emolumentos) teniendo en cuenta los honorarios pagados para la época. Y las sumas señaladas de la liquidación de las prestaciones sociales dejadas de percibir por el demandante conforme a lo probado en el expediente, serán debidamente ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA, esto es, tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

(...)

De igual manera, CONDENAR al INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS a pagar a demandante los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el período comprendido entre el 03 de julio de 2014 hasta el 31 de agosto de 2015. Al respecto, es necesario declarar que el tiempo laborado por el señor GERMÁN ANDRÉS CASTAÑO se debe computar para efectos pensionales. Se debe aclarar que el pago de los aportes no releva al accionante de efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de aportes para pensión y salud se actualizarán de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente

(...)

Por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, conforme el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. (...)

10.1. Del reconocimiento y pago de aportes a seguridad social.

En lo que atañe al pago de los valores correspondientes al porcentaje que como empleador debió haber cancelado la entidad demandada y que fue asumido por la parte actora, por concepto de aportes legales a la seguridad social en salud, pensión y ARL, indica la Sala lo siguiente:

Sobre la devolución de los aportes **en salud y riesgos profesionales**, el H. Consejo de Estado⁷ al resolver recurso de apelación interpuesto contra fallo de este Tribunal, concluyó sobre su improcedencia con fundamento, en esencia, en que “...por su naturaleza parafiscal, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia del contrato realidad, estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretende el actor ejercer”; de igual modo, en fallo más reciente, esta misma Corporación sostuvo en relación con aportes a pensión:

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

52. Resuelto lo anterior se reiterará lo que en pronunciamientos anteriores indicó esta ponente frente a que una vez determinada la existencia del contrato realidad sobre las formas, lo ordenado no es procedente, ya que por su naturaleza parafiscal, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia del contrato realidad, estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, “lo que excluye la posibilidad

de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer”.

53. De lo expuesto, se orientará que el reconocimiento de aportes en seguridad social solo se hará sobre los aportes a pensión y la forma correcta de ordenarlos pagar al demandado, de acuerdo a la jurisprudencia desarrollada por esta Subsección, es que a título de restablecimiento del derecho la Administración determine mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la actora, y cotizar al respectivo fondo de pensiones donde se encuentre afiliada la demandante, la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador, en los periodos en los que se demostró la relación laboral.

54. Para tales efectos, la interesada deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.”

A su vez, en anterior sentencia también del Consejo de Estado⁹, posición ratificada en adelante por otras más, se señaló¹⁰:

“(…) dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, la entidad accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 2 de febrero de 1998 y el 15 de marzo de 2012, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (el salario legalmente sufragado a quienes desempeñaban el empleo de secretaria-tesorero o los honorarios pactados, si estos son superiores a aquel), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Y en cuanto a los aportes en salud, establecidos en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el ente demandado deberá pagar a la actora la cuota parte correspondiente entre el 25 de julio de 2009 y el 15 de marzo de 2012, salvo las interrupciones, siempre y cuando esta demuestre que asumió esa carga.”

También sobre el particular el Consejo de Estado¹¹, indicó:

“Ahora bien, en cuanto a las prestaciones compartidas (pensión y salud), se ordenará a la parte demandada el pago a favor de la actora de los porcentajes de cotización que le correspondían de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que en virtud de las órdenes de prestación de servicios debieron ser asumidos totalmente por la presunta contratista. No obstante, en caso de que éstos no se hayan efectuado, atendiendo a la suscripción mensual de los contratos, el demandado deberá efectuar las cotizaciones respectivas a los dos Sistemas, descontando de las sumas que se adeudan a la demandante el porcentaje que a ésta corresponde...”

Existen entonces casos en los cuales el H. Consejo de Estado, en las Subsecciones A y B12 de la Sección Segunda, ha expresado criterios distintos en relación con el tema en comento, de reconocer o no devolución de aportes al sistema de seguridad social en favor del demandante o negar su reconocimiento, en materia de contrato realidad.

No obstante, ya en la reciente sentencia de unificación por importancia jurídica del H. Consejo de Estado, SUJ-025-CE-S2-2021, a la cual se ha hecho referencia en este

proveído, se dejó determinado como uno de los puntos precisamente a unificar, el que atañe a la devolución de los aportes a la Seguridad Social, específicamente **en salud** efectuados por el contratista, aspecto sobre el cual se estableció claramente la siguiente subregla:

“(…)

1.0. Tercera cuestión: devolución de mayores aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista, que demostró la existencia de la relación laboral estatal.

“(…)

3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.

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

2. Las anteriores razones han conducido a esta Sección^[9] a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal,^[10] estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».^[11]

3. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla,^[12] no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

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

Por lo anterior, y toda vez que ha quedado debidamente zanjado el tema de devolución de los aportes asumidos por el contratista, en el pronunciamiento referido con carácter de unificación de jurisprudencia al respecto de los aportes en **salud**, y como se observa deja también inmerso lo que corresponde a los de ARL, aunque no se hace referencia a este último en la subregla establecida, que únicamente alude a los aportes en salud, el Tribunal da aplicación a tal posición y en consecuencia, por lo que, no puede hacerse un reconocimiento por los conceptos en mención.

Ahora, en lo atinente a las sumas que fueron pagadas por el actor como cotización al sistema de seguridad social en **pensión**, el pronunciamiento de unificación del Tribunal

Supremo de lo Contencioso Administrativo no estableció una regla expresa de improcedencia sobre la restitución al demandante de estos aportes que debieron ser asumidos en su condición de contratista durante el tiempo en que se suscribieron vedados contratos de prestación de servicios, como sí lo hizo en materia de salud y en gracia de discusión de ARL, como ya se anotó. A lo anterior se suma que el tema enunciado no ha sido pacífico en las decisiones adoptadas por el H. Consejo de Estado como se colige de los extractos jurisprudenciales en cita, no obstante, este Tribunal acoge el criterio explicado por la Sección Segunda, Subsección B de esa alta Corporación, en providencia del 5 de agosto de 2021¹⁴, que aunque es anterior a la sentencia de unificación reciente, se basa en los mismos criterios de parafiscalidad de ésta y es proferida dentro de un asunto de similitud fáctica y jurídica con el presente plenario, al resolver recurso de apelación contra decisión del Tribunal de Risaralda, en la cual se dijo:

“(…) 55. Ahora bien, en lo relacionado a la determinación del a quo de reconocer y pagar a favor del actor los porcentajes de cotización que debió pagar por concepto de Seguridad Social, la Sala explicará, que en materia de los aportes en salud, lo primero es traer a la disertación que el preámbulo de la Ley 100 de 1993, define que el Sistema de la Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

56. A partir de allí, la ley desarrolló el Sistema General de Pensiones y el Sistema General de la Seguridad Social en Salud, este último está dirigido a la regulación de la sanidad general en la Nación, el cual dentro de sus características primordiales integra entre otros aspectos, la obligatoriedad de afiliación, previo pago de la cotización reglamentaria y la libertad de elección de los afiliados a la entidad promotora de salud.

57. Así mismo, la Corte Constitucional, señaló que:

«Los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son rentas parafiscales porque son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destinan para su beneficio, y conforme al principio de solidaridad, se establecen para aumentar la cobertura en la prestación del servicio de salud. El diseño del sistema general de seguridad social en salud define en forma específica los destinatarios, los beneficiarios y los servicios que cubre el plan obligatorio de salud, todos constitutivos de la renta parafiscal.»

58. Así explica la Corte Constitucional frente a la protección constitucional de los recursos de la Seguridad Social y la destinación específica de los aportes a salud y pensión, «que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, con independencia de la denominación que de ellos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.), no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la seguridad social debido a su naturaleza parafiscal.»

(…)

60. Ahora bien, de la misma forma, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones cuyos objetivos son garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte, mediante el reconocimiento de una pensión y prestaciones determinadas en la Ley. También busca la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de

población no cubiertos con el Sistema, está compuesto, fundamentalmente, por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

(...)

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

64. Visto lo anterior, se reiterará lo que en pronunciamientos anteriores indicó esta ponente frente a que una vez determinada la existencia de la realidad sobre las formas, la determinación de a quo de reconocer y pagar a favor del actor los porcentajes de cotización que debió pagar por concepto de Seguridad Social no es procedente, ya que por su naturaleza parafiscal, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia del contrato realidad, estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer.» (Subraya y resalta la Sala).

En concordancia con lo expuesto, esta Sala acoge la posición transcrita, en el sentido que, dado el carácter parafiscal de los recursos que se destinan al Sistema de Seguridad Social integral, para el caso de marras en pensiones -con destinación específica-, lo que garantiza al afiliado el amparo frente a las contingencias de vejez, invalidez o muerte, conforme se ha definido por la Ley 100 de 1993, se torna improcedente considerar que, como consecuencia de la declaratoria posterior de existencia de una relación de carácter laboral, puedan convertirse los aportes efectuados en exceso por el beneficiario y en su momento al sistema, en una especie de monto indemnizatorio o crédito a su favor, en cuanto, como lo ha concluido el Consejo de Estado, su especial característica y naturaleza excluye la posibilidad de titularidad que sobre tales montos pretenda ejercer el actor. En tal virtud, habrá de revocarse en lo correspondiente la sentencia proferida en primera instancia con relación a los **porcentajes de cotización correspondientes a pensión**, que la parte demandante debió trasladar a los fondos respectivos y que legalmente le correspondía asumir al empleador; aclarando en primer lugar que, los aportes se hacen con destino al fondo; y, frente a la orden que dio el Juzgado en el inciso tercero del ordinal sexto, relacionada con que, INFICALDAS, debía pagar al demandante los porcentajes de cotización correspondientes a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos; sólo se ordenará la cotización al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador; los cuales deben estar debidamente acreditados por el demandante.

Dejando claridad que lo anterior, es respecto de los períodos comprendidos entre el 1 de febrero y el 31 de diciembre de 2012; entre el 3 de enero y el 31 de diciembre de 2013; entre el 3 de enero y el 30 de junio de 2014; entre el 3 de julio y el 31 de diciembre de 2014; entre el 8 y el 30 de enero de 2015; y, entre el 2 y el 31 de agosto de 2015,

excluyendo los periodos comprendidos entre el 1 y 2 de enero de 2014; 1 y 2 de julio de 2014; 1 y 7 de enero de 2015; y, el 1 de febrero de 2015.

Ello, dando aplicación a la directriz constitucional en el sentido que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, el cual tiene carácter imprescriptible, por lo que INFICALDAS deberá tener en cuenta los honorarios pactados en todos los contratos celebrados y calcular el ingreso base de cotización (IBC) pensional del actor, mes a mes, a fin de establecer si existe diferencia entre los aportes realizados por aquel y los que se debieron efectuar, caso en el cual, se ordenará cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador.

Para tales efectos, la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema durante los vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador, de acuerdo con las consideraciones de esta providencia.

Además, como las cotizaciones a pensión constituyen un derecho inherente a la relación laboral, todo tiempo laborado por el accionante en razón de los contratos de prestación de servicios que quedaron desmantelados, se tendrá en cuenta para efectos pensionales.

Por lo expuesto, se revocará el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo el 22 de noviembre de 2021 y en su lugar, se declarará infundada la excepción de prescripción propuesta por el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas – INFICALDAS -.

De igual manera, se modificará el ordinal cuarto, en el sentido de que El Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas – INFICALDAS- deberá tener en cuenta los honorarios pactados en todos los contratos celebrados y calcular el ingreso base de cotización (IBC) pensional del actor, mes a mes, a fin de establecer si existe diferencia entre los aportes realizados por aquel y los que se debieron efectuar, y **SE ORDENA** cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador.

Se modificará el ordinal quinto, declarando la existencia de una relación laboral entre el señor Germán Andrés Castaño y el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas - INFICALDAS, desde el 1 de febrero de 2012 al 31 de agosto de

2015, sin que existieran interrupciones, es decir no existe solución de continuidad que comprende los contratos Nos. AA18–2012, AA56–2012, AA21–2013, AA10–2014, AA46- 2014, A.C.110-2014, P.V. 13- 2015 y P.V. 25-2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

También esta Sala debe modificar el ordinal sexto, condenando al Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas – INFICALDAS-, el reconocimiento y pago en favor del señor Germán Andrés Castaño **las prestaciones sociales de orden legal** dejadas de percibir en virtud de los vínculos a través de contratos de prestación de servicios en el tiempo transcurrido **entre el 1 de febrero y el 31 de diciembre de 2012; entre el 3 de enero y el 31 de diciembre de 2013; entre el 3 de enero y el 30 de junio de 2014; entre el 3 de julio y el 31 de diciembre de 2014; entre el 8 y el 30 de enero de 2015; y, entre el 2 y el 31 de agosto de 2015, excluyendo los periodos comprendidos entre el 1 y 2 de enero de 2014; 1 y 2 de julio de 2014; 1 y 7 de enero de 2015; y, el 1 de febrero de 2015;** y devengadas por el personal de planta que cumpla funciones similares, teniendo en cuenta además, los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

Y se revocará el inciso quinto del ordinal sexto, y modificará el ordinal noveno en el sentido que la declaración del tiempo laborado por el demandante, desde el 1 de febrero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015, se debe computar para efectos pensionales.

11. Costas

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁹ 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 defensa de sus intereses, como la interposición de recurso de apelación, el cual, además, le resultó favorablemente resuelto. Por lo tanto, se condenará en costas por concepto de agencias en derecho a cargo de la parte demandada y en favor de la parte 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 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,

⁹ 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.

III. Falla

Primero: Revocar el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo el 22 de noviembre de 2021 y en su lugar,

Declarar infundada la excepción de prescripción propuesta por el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas – INFICALDAS -.

Segundo: Modificar el ordinal cuarto el cual quedará así:

*1. El Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas – INFICALDAS- deberá tener en cuenta los honorarios pactados en todos los contratos celebrados y calcular el ingreso base de cotización (IBC) pensional del actor, mes a mes, a fin de establecer si existe diferencia entre los aportes realizados por aquel y los que se debieron efectuar, y **SE ORDENA** cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador. Para tales efectos, la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema durante los vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador, de acuerdo con las consideraciones de esta providencia.*

*El tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para **efectos pensionales**.*

Tercero: Modificar el ordinal quinto el cual quedará así:

*“**QUINTO.** - DECLARAR la existencia de una relación laboral entre el señor GERMÁN ANDRÉS CASTAÑO y la INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS, desde el desde el 1 de febrero de 2012 al 31 de agosto de 2015, sin que existieran interrupciones, es decir no existe solución de continuidad que comprende los contratos Nos. AA18–2012, AA56–2012, AA21–2013, AA10–2014, AA46- 2014, A.C.110-2014, P.V. 13- 2015 y P.V. 25-2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

Cuarto: Modificar el ordinal sexto el cual quedará así:

Condenar al Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas – INFICALDAS-, el reconocimiento y pago en favor del señor Germán Andrés Castaño **las prestaciones sociales de orden legal** dejadas de percibir en virtud de los vínculos a través de contratos de prestación de servicios en el tiempo transcurrido **entre el 1 de febrero y el 31 de diciembre de 2012; entre el 3 de enero y el 31 de diciembre de 2013; entre el 3 de enero y el 30 de junio de 2014; entre el 3 de julio y el 31 de diciembre de 2014; entre el 8 y el 30 de enero de 2015; y, entre el 2 y el 31 de agosto de 2015, excluyendo los periodos comprendidos entre el 1 y 2 de enero de 2014; 1 y 2 de julio de 2014; 1 y 7 de enero de 2015; y, el 1 de febrero de 2015;** y devengadas por el personal de planta que cumpla funciones similares, teniendo en cuenta además, los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de indemnización equivalente a las prestaciones sociales y salariales ordinarias se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula: $R = Rh \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$, donde el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación).

Quinto: Revocar el inciso quinto del ordinal sexto.

Sexto: Modificar el ordinal noveno el cual quedará así:

“NOVENO. - DECLARAR que el tiempo laborado por el señor GERMÁN ANDRÉS CASTAÑO en la entidad INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS - INFICALDAS como Auxiliar bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, desde el 1 de febrero de 2012 hasta el 31 de agosto de 2015, se debe computar para efectos pensionales”.

Séptimo: Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo el 22 de noviembre de 2021

Octavo: Se condena en costas en esta instancia al Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas – INFICALDAS-, en favor del demandante, señor Germán Andrés Castaño, las cuales serán liquidadas de manera concentrada en el Juzgado de primera instancia.

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

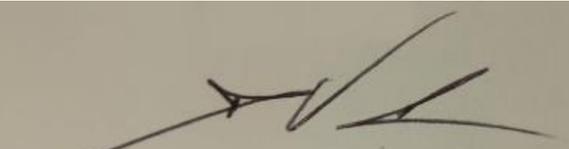
Notifíquese y cúmplase

Discutido y aprobado en Sala de Ordinaria de Decisión celebrada en la fecha.

Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado
Salva el voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Radicado.	17-001-33-39-007-2019-00238-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Elisa Cortés Maya
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia:	Sentencia No. 58

Asunto

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 27 de mayo de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

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

- Se declare la nulidad de la Resolución N° 8592-6 de 3 de noviembre de 2017.
- Se declare que la parte actora pertenece al régimen exceptuado previsto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que su situación se halla cobijada por el régimen especial previsto para los docentes vinculados antes del 27 de junio de 2003, y por ende, que su pensión de jubilación debe ser reajustada anualmente con base en lo previsto en las Leyes 91 de 1989 y 71 de 1988.

- Se condene a la parte accionada a aplicar el porcentaje previsto en el artículo 8 ordinal 5° de la Ley 91 de 1989 para los descuentos en salud, equivalente al 5%, cesando los actuales aportes del 12%.
- Se disponga el reajuste pensional de manera retroactiva, aplicando lo previsto en el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, esto es, con base en el incremento anual del salario mínimo y no el IPC.
- Se reintegren las sumas que han sido descontadas de su mesada pensional, superiores al 5% de las mesadas de julio y diciembre.
- Se paguen a la parte demandante las diferencias resultantes entre la mesada pensional reajustada y la que actualmente recibe.
- Se indexen las sumas reconocidas, y se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.
- A título de pretensión subsidiaria, impetra que de llegar a considerarse por el Tribunal que su régimen pensional es el consagrado en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, se ordene reintegrar a favor del accionante lo descontado equivalente al 12% de las mesadas de junio y diciembre, se ordene cesar dichos aportes y se condene en costas a la accionada.

2. Hechos.

Se relataron los que a continuación se resumen:

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

- El 23 de octubre de 2017 presentó solicitud ante la entidad demandada con el fin de que su pensión fuera incrementada conforme lo dispone el artículo 1 de la Ley 71 de 1988, igualmente que el descuento con destino al sistema de salud se ajustara al 5% de cada mesada, peticiones negadas a través del acto demandado.

3. Normas violadas

Como disposiciones violadas se citaron las siguientes:

Se invocaron: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 48, 53, 90, 121, 125 y 209 Ley 33 de 1985; Ley 91/89, art. 15, numeral 2 literal A; Ley 115 de 1994, art. 115; Ley 71/88, art. 1; Ley 100/93, art. 279; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 700 de 2011, art. 4; Ley 797 de 2003, art. 9; Ley 812 de 2003, art. 81; Ley 1151 de 2007, art. 160; Acto Legislativo 01 de 2005; Ley 1437 de 2011, art. 137.

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

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

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

4. Contestación de la demanda.

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

Guardó silencio.

5. Sentencia de Primera Instancia

El a quo negó las pretensiones de la parte demandante.

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

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

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

6. Recurso de Apelación

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

Respecto de los aportes en salud, citó apartes de las sentencias T-348 de 1997; C-956 de 2001 y C-980 de 2002, según las cuales, en el caso de los docentes vinculados al

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

7. Alegatos de conclusión segunda instancia.

7.1. Parte demandante.

Guardó silencio.

7.2. Parte demandada.

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión en esta instancia;

II. Consideraciones de la Sala

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

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

1. Ajuste periódico de las pensiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*“**Artículo 14.** Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.” /Resaltado del Tribunal/.*

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

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

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

De otra parte, estima la Corte pertinente agregar que la Constitución al consagrar el derecho al reajuste periódico de las pensiones (art. 53 inc. 2o.), no señala la

² MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

proporción en que éstas deben incrementarse, como tampoco la oportunidad o frecuencia en que debe llevarse a cabo, quedando en manos del legislador la regulación de estos aspectos, como en efecto lo hace la norma parcialmente impugnada”/Destacado del Tribunal/.

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

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

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

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

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

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

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

⁴ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

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

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

Al mismo tiempo que, se reitera, el constituyente impuso al legislador el deber general de actualizar el monto de las pensiones para que fuesen consistentes con el fenómeno de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, *pero no impuso un modelo específico de actualización, motivo por el cual el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración para fijar las fórmulas específicas a través de las cuales se materializa este deber genérico, sin que se encuentre obligado a acoger un esquema económico que, a juicio del accionante, resulte más favorable a los intereses de los pensionados entre todos los posibles*”/Resaltados del Tribunal/.

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

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

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

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

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

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

Adicional a ello, es de suma importancia resaltar que el canon 53 de la Carta, al paso que consagra el mandato de incremento periódico de las pensiones de tal forma que mantengan su poder adquisitivo, no sujeta este postulado a un método específico, dejando en manos del legislador la materialización de este cometido, lo cual precisamente ocurre con el artículo 14 de la Ley 100/93, expedido en uso de la libertad de configuración normativa que sobre el particular le asiste al Congreso de la República.

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

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

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

aras de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y por ende, de las mesadas pensionales.

Así las cosas, abordados los pormenores del caso, resulta evidente que la pensión reconocida por el FNPSM a favor de la señora Elisa Cortés Maya supera el valor del salario mínimo legal mensual vigente /fl. 47-48 cdno. 1/, por lo que la entidad demandada, al negar el incremento pretendido al tenor del artículo 1 de la Ley 71 de 1988 se ajustó plenamente al ordenamiento jurídico, lo que derivaba en una decisión negativa frente a las pretensiones de la demanda, como en efecto ocurrió.

2. Descuentos con destino al sistema de salud.

El principio de solidaridad constituye uno de los pilares del Sistema General de Seguridad Social tanto en salud como en pensiones, y de él se derivan algunas obligaciones de los afiliados, como lo es contribuir a su financiación a través de aportes (art. 48 C.P.). En el mismo sentido se encuentra concebido el servicio de salud en el canon 49 constitucional, soportado en la solidaridad como elemento medular de su prestación.

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

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

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

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

⁶ Sentencia T-835 de 2014.

solidaridad y universalidad; y (ii) no viola la constitución que el legislador establezca que los pensionados deben cotizar en mataría de salud.”

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

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

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

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

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

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

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

Los servicios de salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán prestados de conformidad con la Ley 91 de 1989, las

prestaciones correspondientes a riesgos profesionales serán las que hoy tiene establecido el Fondo para tales efectos.

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

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

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

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

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

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

De igual manera, el deber de cotizar al sistema de salud en cabeza de los pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM), así como el

monto de los aportes, fue objeto de pronunciamiento por el Consejo de Estado⁷, que en reciente oportunidad puntualizó lo siguiente:

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

6.2. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

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

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

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

En lo que atañe a los descuentos sobre mesadas adicionales, estos se hallan previstos en la Ley 91/89, según la cual el FNPSM se halla constituido, entre otros recursos, por

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

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

‘El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados’, disposición que goza de plena vigencia en la medida que no ha sido objeto de derogatoria, bien sea tácita o expresa.

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

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

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

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

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

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

⁹ Sentencia de 14 de septiembre de 2017.

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

a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.”

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

Por ende, se confirmará la sentencia de primer grado.

3. Costas.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹¹ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, 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. En el subexamen, no procede la condena en costas en esta instancia, por cuanto en el expediente no se encuentran pruebas que las demuestren o justifiquen.

4. Consideración final.

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

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

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 27 de mayo de 2021, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora Elisa Cortés Maya contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin costas en esta instancia.

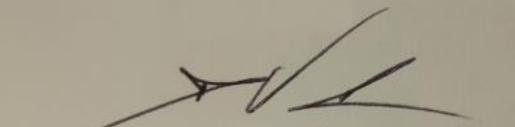
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 33 003 2020 00030 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Leonor Ceballos Valencia
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 57

Asunto

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 14 de marzo de 2022, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

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

1. Declarar la nulidad de la Resolución No. 6692-6 del 17 de octubre de 2019, con la cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la parte demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

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

2. Hechos.

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

Por cumplir con los requisitos de ley, a la demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución 6741-9 del 31 de octubre de 2013.

Mediante Petición radicada a través de apoderado judicial del 15 de agosto de 2019, se solicitó a las entidades demandadas el Reconocimiento y Pago de una prima de mitad de año, así como la indexación correspondiente.

Mediante resolución número 6692-6 del 17 de octubre de 2019, fue negado el Reconocimiento y Pago del derecho reclamado, por parte de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invocó la Ley 91 de 1989 Artículo 15 y demás normas concordantes.

Como concepto de la violación se expresa, en suma, que la prima de mitad de año fue creada por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.

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

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

4. Contestación de la demanda.

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

No contestó la demanda.

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 14 de marzo de 2022, negó las pretensiones de la parte demandante.

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

Así mismo, señaló que con la expedición de la Ley 100 de 1993 (Artículo 142) se creó el derecho al reconocimiento de la mesada adicional (mesada 14) para los pensionados. Aclara que, aunque de dicho régimen quedaron exceptuados los afiliados al FNPSM conforme lo dispuso el artículo 279 ibidem, posteriormente se introdujo una adición en punto

a sus beneficiarios conforme lo previsto en la Ley 238 de 1995.

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

Respecto del caso concreto observó que la actora no tiene derecho a lo solicitado en la demanda toda vez que, adquirió el estatus jurídico de pensionada el 23 de enero de 2013, esto es, con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el aludido Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005, y que su mesada pensional fue reconocida en una cuantía de 2.231.423, suma superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6. Recurso de apelación.

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

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

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

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

Adicionalmente, cuestiona la condena en costas, advirtiendo que en los criterios objetivos para su fijación *“no puede olvidarse que las costas solamente serán decretadas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. Esto supone que las partes actúen con la debida diligencia a lo largo de todo el proceso judicial, aportando los documentos y demás elementos idóneos para demostrar su causación”*.

7. Alegatos de segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

II. Consideraciones de la Sala

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

1. Problemas Jurídicos.

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

- 1.1.** ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?
- 1.2.** ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

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

La Ley 91 de 1989, *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del*

Magistrado”, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“(…)

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

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

“ARTÍCULO 142. *Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, (…), tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

(…)

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

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

"Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones 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".

(...)

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

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

“

(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

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

(...)

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

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

(...)"

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

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

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

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005; salvo que la cuantía de la pensión reconocida no supere los 3 SMMLV; y
- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, en cualquier caso

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

3. Caso Concreto.

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución N° 6741-6 del 31 de octubre de 2013, a la señora Leonor

Ceballos Valencia le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$2'331.423, a partir del 24 de enero de 2013;

- Mediante petición del 15 de agosto de 2019 la demandante solicitó el reconocimiento de la prima de mitad de año, la cual fue negada mediante Resolución No. 6692-6 del 17 de octubre de 2019.

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

- La demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Incluso, con posterioridad al 31 de julio de 2011, razón por la cual carece de sentido determinar si le era aplicable la excepción prevista en el Parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005.
- En gracia de discusión, el monto de la pensión reconocida superaba los 3 SMLMV del año 2013.

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la demandante, en razón, no sólo a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, sino que a ello se suma que el monto de la pensión de jubilación que le fue reconocida supera el monto equivalente a 3 SMMLV.

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

4. Condena en Costas en primera instancia.

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

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

Ahora bien, revisado el expediente de primera instancia no se observa que la parte demandada hubiese incurrido en gastos del proceso y tampoco intervino en las diferentes etapas del mismo, razón por la cual, ciertamente, no había lugar a una condena en costas en su favor. Luego entonces, se revocará el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia que dispuso la condena en costas a cargo de la demandante y en favor de la demandada.

5. Condena en costas en segunda instancia.

Teniendo en cuenta el criterio ya referido, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto en el expediente no se encuentran pruebas que las demuestren o justifiquen.

6. Consideración final.

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

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

III. Falla

Primero: Se revoca el ordinal segundo de la sentencia impugnada. En su lugar, se niega la condena en costas en primera instancia.

Segundo: Se confirma la sentencia proferida en primera instancia, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora Leonor Ceballos Valencia dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM-.

Tercero: Sin condena en costas en esta instancia.

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

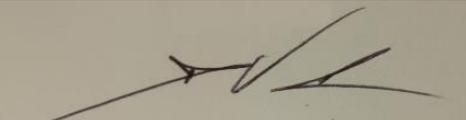
Quinto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 073

Radicación:	17001 33 39 005 2020 00183 02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones
Demandado:	Myriam Gómez Llano

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto que negó la medida cautelar solicitada.

I. Antecedentes

1. Demanda

La demandante solicita la declaratoria de nulidad de la Resolución 00311 del 28 de mayo del 2007, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor de la demandada y a título de restablecimiento del derecho se le ordene reintegrar las sumas de dinero recibidas por concepto de mesadas, retroactivos aportes a salud, con ocasión del reconocimiento de la pensión.

2. Solicitud de medida cautelar

La actora solicita la suspensión provisional del acto demandado aduciendo que, no se ajusta a derecho teniendo en cuenta el artículo 12 del Decreto 758 del 11 de abril de 1990, toda vez que al 01 de abril de 1994 no presenta cotización para ser acreedora del régimen de transición.

Que el pago de una prestación generada sin el cumplimiento de los requisitos legales, atenta igualmente contra el principio de Estabilidad Financiera del Sistema General de Pensiones, establecido por el Acto Legislativo 001 de 2005.

Que este perjuicio inminente en contra de la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones se configura en la medida en que dicho sistema debe de disponer de un flujo permanente de recursos que permita su mantenimiento y adecuado funcionamiento, y el continuar con el pago de una prestación a favor de una persona que no acredita todos los requisitos para su reconocimiento afecta gravemente su capacidad de otorgar y pagar las prestaciones a los afiliados que si tienen derecho a su reconocimiento, vulnerando como

consecuencia el principio de progresividad, y el acceso a las pensiones de todos los colombianos.

3. Oposición a la medida cautelar

La demandada se opuso a la medida cautelar señalando que, dicha declaratoria implicaría el desconocimiento de los postulados constitucionales de respeto al debido proceso y de los derechos adquiridos con arreglo a la Ley.

4. Providencia recurrida

El *a quo* negó la medida cautelar argumentando que, no existe razón suficiente para decretarla, pues al realizar la confrontación del acto acusado con el contenido de las normas constitucionales y legales invocadas en la demanda, no se advierte en principio la vulneración de aquellas.

Adicionalmente, de las pruebas documentales aportadas con la demanda, tampoco surge con claridad la violación de los preceptos legales invocados, por lo que resultan insuficientes en esta etapa inicial del proceso para adoptar la medida cautelar solicitada. Tampoco se demostró de manera siquiera sumaria, la existencia de perjuicios, lo que resulta indispensable cuando se trata de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho como el presente.

5. Recurso de apelación

La actora solicitó se decrete la medida cautelar argumentando que, cada uno de los hechos que motivan la demanda están acreditados con los documentos que constituyen el material probatorio para causar procedente las pretensiones del presente medio de control. Que la formulación de la medida cautelar no tiene otro sentido distinto que salvaguardar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones representado por Colpensiones.

Que Colpensiones mediante el Auto a Pruebas del 11 de septiembre de 2019, efectúa un estudio de la prestación solicitada por la demandada, en donde se evidencia de acuerdo a su historia laboral que no es beneficiaria de las disposiciones del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta que la pensionada no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación económica reconocida, toda vez que al 01 de abril no presenta cotización para ser acreedora del régimen de transición.

Que además, Colpensiones efectuó estudio de la prestación a la demandada, de conformidad con la Ley 797 de 2003, y a pesar que cuenta con más de 57 años de edad, no cuenta con las 1.300 semanas requeridas para acceder a la prestación.

6. Oposición al recurso

La demandada señaló que, Colpensiones mediante la resolución de reconocimiento pensional 00311 del 28 de Mayo de 2007, la indujo en error, dándole certeza de la norma

que la cobijaba y las condiciones que determinaban su derecho; dando como resultado el retiro efectivo del mundo laboral, siendo ahora su pensión el único medio de subsistencia con el que cuenta en ausencia de un salario.

Que en cuanto a la devolución de lo cancelado, los pagos que se han venido efectuando se dieron por una legítima decisión de la administración y no se realizó ningún acto delictivo ni de mala fe por parte de la entonces afiliada, más allá de la confianza legítima en las actuaciones de la administración y el nulo conocimiento jurídico que le permitiera analizar que el reconocimiento no era acorde a derecho.

Que, así las cosas, la solicitud de suspender provisionalmente la prestación es inviable, no solo por el estado de discapacidad de la pensionada, sino también por la buena fe exenta de culpa que se presume en todos los actos de los particulares y de las autoridades.

II. Consideraciones

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto. Además es procedente, por cuanto el auto que niega una medida cautelar se encuentra enlistado en el numeral 5 del artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

La atención de esta Sala Plural se contrae en determinar: *¿se cumplen los presupuestos normativos necesarios para ordenar como medida cautelar, la suspensión provisional del acto demandado, por infracción de las normas en las que debería fundarse?*

Para resolver lo anterior, se hará referencia a: i) el marco jurídico sobre: las medidas cautelares, para descender al ii) análisis sustancial del caso.

3. Marco jurídico - Sobre las medidas cautelares

La Ley 1437 de 2011 concibió la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos como medida cautelar en los casos en que del análisis que surja entre estos y las normas invocadas se evidencie la transgresión de estas últimas, en tal sentido el artículo 231 de la referida normativa señala:

“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES.
Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.” (Resalta la Sala)

Dado que esta figura intrínsecamente busca dejar en suspenso y de forma transitoria la presunción de legalidad del acto, previo a una decisión definitiva dentro del proceso respectivo y sin que el Juez deba realizar un análisis profundo del asunto planteado, en todo caso ha de evidenciarse la transgresión que el acto administrativo materializa sobre las normas invocadas. Al respecto el H. Consejo de Estado expuso:

*“Como lo tiene decantada la jurisprudencia de esta Corporación, la suspensión provisional de los actos administrativos, prevista como medida cautelar en el artículo 231 del CPACA, fue concebida para evitar que las decisiones de las autoridades manifiestamente ilegales puedan producir o continuar produciendo efectos, mientras sobreviene el fallo de fondo que los retire del ordenamiento jurídico, si resultan ciertos los argumentos de la demanda; de igual manera, se ha precisado que la medida implica desvirtuar de manera transitoria y anticipada la presunción de legalidad que acompaña los actos de la administración, es decir, que se constituye como juicio previo que conduce a negar aquella presunción. Por lo anterior, para desvirtuar tal presunción, es imperativo demostrar que la trasgresión del ordenamiento surge de la sola descripción de lo que mandan o prohíben las normas superiores y el contenido del acto acusado, de cuyo cotejo debe aparecer de modo nítido, directo y evidente que la aplicación de este, pugna con la vigencia de la norma de orden superior; empero, **si para verificar los supuestos que soportan la solicitud de suspensión provisional es necesario hacer algún tipo de análisis que implique elaboradas deducciones, ya no procede la medida cautelar pues debe privilegiarse la presunción de legalidad propia de los actos de la administración, lo que sin más implica que, de no ser evidente la violación al ordenamiento jurídico, debe reservarse su decisión para la sentencia de fondo, previo el estudio cuidadoso de todo el acervo probatorio vertido al plenario por las partes**”.*¹ (Se resalta).

En este sentido, acorde a los anteriores planteamientos, procederá la Sala a efectuar el análisis de los actos administrativos respecto de la normatividad a la que se acude como sustento de la medida cautelar, advirtiéndose que conforme lo prescribe el inciso 2° del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, la decisión que sea adoptada en la presente providencia no habrá de implicar prejuzgamiento.

4. Vulneración de la normativa invocada

Con el fin de determinar la viabilidad de la medida de suspensión provisional solicitada, resulta necesario establecer *prima facie* si el acto administrativo objeto de pretensiones de nulidad vulnera la normativa invocada bajo la egida de que, la demandada no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación económica reconocida con base en el Decreto 758 de 1990, toda vez que al 01 de abril no presenta cotización para ser acreedora del Régimen de Transición y que efectuado el estudio de la prestación, de conformidad con la Ley 797 de 2003, y a pesar que cuenta con más de 57 años de edad, no cuenta con las 1.300 semanas requeridas para acceder a la prestación.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A; M.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. providencia de 23 de julio de 2014. Rad. 68001-23-33-000-2013- 0221-01(3531-13).

Al respecto, el artículo 12 del Decreto 758 de 1990² señala que:

“ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,*
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo”.*

Por su parte la Ley 797 de 2003³, en lo pertinente señala:

Artículo 9°. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Parágrafo 1°. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;*
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;*
- c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.*
- d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.*

² Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios

³ Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte...”.

Ahora, en el acto demandado, esto es, la Resolución 003111 del 28 de mayo del 2007, se reconoció la pensión por vejez a la demandada, se indicó que la demandada cumple con los requisitos del régimen de transición dispuesto en la Ley 100 de 1993 y los requisitos de edad y semanas exigidos para adquirir el derecho conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; la liquidación se basó en 590 semanas cotizadas.⁴

De la confrontación del acto administrativo que se solicitan suspender, con las disposiciones invocada como vulneradas, la Sala no evidencia de forma primigenia en esta etapa, una irregularidad que amerite la adopción de la medida cautelar, pues los aspectos referentes a la verificación del cumplimiento de los requisitos para tener derecho al régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los requisitos de semanas cotizadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, requieren un análisis jurídico profundo, en especial, sobre la exigibilidad del requisito de la afiliación al sistema al momento de entrar en vigencia la Ley 100 -1º de abril de 1994, la protección de las expectativas legítimas de los trabajadores y la interpretación más favorable, de conformidad con los criterios señalados por la Corte Constitucional⁵ y el Consejo de Estado⁶.

Aunado a lo anterior, es necesario analizar, entre otros aspectos, la posición asumida por la demandada referente a que Colpensiones la indujo en error, dándole certeza de la norma que la cobijaba y las condiciones que determinaban su derecho, lo que generó su retiro efectivo del mundo laboral, siendo ahora la pensión el único medio de subsistencia con el que cuenta en ausencia de un salario.

De allí que, no pueda afirmarse es esta etapa procesal que, la violación de las disposiciones invocadas surja del simple análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas.

5. Conclusión

⁴ Fl 9 Archivo: 03ExpedienteAdministrativo.pdf

⁵ C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-062 del 2010

⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 29 de marzo de 2019, radicado núm. 110010306000201800237-00; Decisión del 13 de mayo de 2019, radicado núm. 110010306000201800218-00 y Decisión del 21 de mayo de 2019, radicado núm. 11001-03-06-000- 2018-00224-00

Así las cosas, no se cumplen los presupuestos normativos necesarios para ordenar la suspensión provisional del acto demandado; por lo tanto, se confirmará la decisión que negó la medida cautelar solicitada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero: Se confirma el auto proferido el 23 de enero de 2023, por el Juez Quinto Administrativo de Manizales, en cuanto dispuso negar la medida cautelar solicitada por la demandante, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formulado por Colpensiones contra Myriam Gómez Llano.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia 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. 24 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 Oral de Decisión
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 33 003 2020 00260 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Gloria Inés Giraldo Sanín
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 56

Asunto

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 14 de marzo de 2022, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

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

1. Se declare la nulidad del acto ficto surgido con ocasión de la petición del 10 julio del 2019 en cuanto negó en cuanto negó a la demandante el Reconocimiento y Pago de la Prima de mitad de año a que tienen derecho los docentes Pensionados por el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio, que no tuvieron derecho a

Pensión Gracia, por haber sido nombrados con posterioridad al 31 de diciembre de 1980 o ser de Vinculación Nacional; de acuerdo a lo establecido en la ley 91 de 1989, artículo 15 Numeral 2º literal B.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

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

2. Hechos.

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

Por cumplir con los requisitos de ley, a la demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución Nro. 586 del 13 de septiembre de 2012.

Mediante Petición radicada a través de apoderado judicial del 10 de julio de 2019, se solicitó a las entidades demandadas el Reconocimiento y Pago de una prima de mitad de año, así como la indexación correspondiente.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Invocó la Ley 91 de 1989 Artículo 15 y demás normas concordantes.

Como concepto de la violación se expresa, en suma, que la prima de mitad de año fue creada por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.

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

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

4. Contestación de la demanda.

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

No contestó.

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 14 de marzo de 2022, negó las pretensiones de la parte demandante.

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

Así mismo, señaló que con la expedición de la Ley 100 de 1993 (Artículo 142) se creó el derecho al reconocimiento de la mesada adicional (mesada 14) para los pensionados. Aclara que, aunque de dicho régimen quedaron exceptuados los afiliados al FNPSM conforme lo dispuso el artículo 279 ibidem, posteriormente se introdujo una adición en punto

a sus beneficiarios conforme lo previsto en la Ley 238 de 1995.

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

Respecto del caso concreto observó que la actora no tiene derecho a lo solicitado en la demanda toda vez que, adquirió el estatus jurídico de pensionada el 3 de mayo de 2012, esto es, con posterioridad al 25 de Julio de 2005, fecha a partir de la cual entró a regir el aludido Acto legislativo 01 del 22 de Julio de 2005, y que su mesada pensional fue reconocida en una cuantía de 2.083.987, suma superior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6. Recurso de apelación.

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

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

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

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

Adicionalmente, cuestiona la condena en costas, advirtiendo que en los criterios objetivos para su fijación *“no puede olvidarse que las costas solamente serán decretadas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. Esto supone que las partes actúen con la debida diligencia a lo largo de todo el proceso judicial, aportando los documentos y demás elementos idóneos para demostrar su causación”*.

7. Alegatos de segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

II. Consideraciones de la Sala

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

1. Problemas Jurídicos.

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

- 1.1.** ¿Tiene derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la prima de mitad de año equivalente a una mesada pensional, conforme lo prevé el numeral 2 artículo 15 de la Ley 91 de 1989?
- 1.2.** ¿Es procedente la condena en costas en primera instancia?

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

La Ley 91 de 1989, *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del*

Magistrado”, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“(…)

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

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

“ARTÍCULO 142. *Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, (…), tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

(…)

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

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

"Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones 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".

(...)

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

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

“

(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

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

(...)

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

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada

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

adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6º del mencionado acto legislativo.

(...)"

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

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

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005; salvo que la cuantía de la pensión reconocida no supere los 3 SMMLV; y
- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011, en cualquier caso

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

3. Caso Concreto.

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución N° 586 del 13 de septiembre de 2012, a la señora Gloria Inés Giraldo Sanín le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$2.083.987, a partir del 4 de mayo de 2012;
- Mediante petición del 10 de julio de 2019 la demandante solicitó el reconocimiento de la prima de mitad de año, la cual fue negada mediante acto ficto o presunto.

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

- La demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Incluso, con posterioridad al 31 de julio de 2011, razón por la cual carece de sentido determinar si le era aplicable la excepción prevista en el Parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005.
- En gracia de discusión, el monto de la pensión reconocida superaba los 3 SMLMV del año 2012.

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la demandante, en razón, no sólo a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, sino que a ello se suma que el monto de la pensión de jubilación que le fue reconocida supera el monto equivalente a 3 SMMLV.

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

4. Condena en Costas en primera instancia.

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

Ahora bien, revisada la sentencia de primera instancia no se observa que se haya condenado en costas a la parte demandante, razón por la cual carece de sentido el cargo planteado en tal sentido en el recurso de apelación.

5. Condena en costas en segunda instancia.

Teniendo en cuenta el criterio ya referido, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto en el expediente no se encuentran pruebas que las demuestren o justifiquen.

6. Consideración final.

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

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida en primera instancia, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora Gloria Inés Giraldo Sanín dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -FNPSM-.

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

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

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

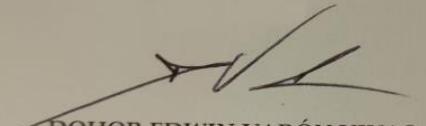
Cuarto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-33-33-001-2021-00007-02
Demandante	Luz Ángela Coca Hurtado
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Manizales
Providencia	Sentencia No. 55

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada FOMAG contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 6 de diciembre de 2021, 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:

“DECLARACIONES

1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto, surgido con ocasión de la petición de fecha 11 de agosto 2020, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los setenta (70) días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente aun (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud

de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS:

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

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

[...]

2. Hechos.

La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías parciales el 3 de enero de 2020.

Por medio de la Resolución No. 010 del 13 de enero de 2020 le fue reconocida la cesantía solicitada.

El pago de la referida prestación, según se dice en la demanda, se produjo el día 20 de mayo de 2020 a través de entidad bancaria.

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

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Constitución Política

Artículos 5, 9 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Decreto 2831 de 2005.

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

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

4. Contestación de la Demanda

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

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora.

Se refirió a la naturaleza jurídica del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como al procedimiento para el reconocimiento de cesantías por parte de las entidades territoriales certificadas. Propone las excepciones que denominó: *“improcedencia de la indexación de la sanción moratoria”*, *“improcedencia de la condena en costas”*, *“Buena fe en la expedición de la Resolución No. 010 del 13 de enero de 2020”*, *“El pago de las respectivas cesantías está a cargo de la disponibilidad presupuestal que tenga el estado”* y *“Excepción genérica”*.

4.2. Municipio de Manizales.

Contestó la demanda dentro del término legal, manifestando que se opone a las pretensiones. Propuso las siguientes excepciones: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“Inaplicabilidad de la Ley 1071 de 2006 al municipio de Manizales en el trámite de reconocimiento y pago de cesantías a cargo del Fomag y Fiduprevisora”* y *“excepción genérica”*.

5. Fallo de primera instancia.

El Juzgado Primero Administrativo, mediante sentencia del 6 de diciembre de 2021, resolvió la litis en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de los actos presuntos por medio del cual se negó acceder al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, derivados de la falta de respuesta a las peticiones presentadas por los demandantes [...]

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho SE ORDENA a la Nación– Ministerio de Educación Nacional vocero del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reconozca y cancele a cada uno de los demandantes un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías reconocidas, con base en los salarios mensuales que devengaban para las fechas de causación de la sanción moratoria así:

...

Días de mora	Con base en salario del año
---------------------	------------------------------------

32	2020
----	------

NIÉGANSE las demás pretensiones en todas las demandas.

TERCERO: **DECLARANSE PROSPERAS** en todos los procesos en los que hay lugar a declarar la nulidad del acto atacado la excepción **“IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN”**, según se analizó antes en el punto 11.2.2.

[...]

Se **DECLARA PROSPERA** igualmente, la excepción **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO AL MUNICIPIO DE MANIZALES”** en el proceso que intervino

NIÉGANSE las demás excepciones propuestas por el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

CUARTO: **CONDÉNASE EN COSTAS** en los procesos en los que se declara la nulidad de los actos atacados a favor de las partes demandantes y en contra del **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FNPSM**.

[...]

El a quo sustentó su decisión en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, fechada el 18 de julio de 2018, que sobre la materia concluyó: “(...) 82. Por lo anterior, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido que a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos; siendo consonante esta posición, con la adoptada por la Corte Constitucional”

Iteró que la sanción por mora se causa luego de transcurridos quince días que tiene la entidad para resolver la petición del pago de las mismas, los cuarenta y cinco días que la norma fija como plazo que tiene a la entidad pagadora para cancelar la prestación, más el tiempo que debe transcurrir para que el acto administrativo que reconoce la cesantía quede en firme, todo ello a la luz de la sentencia de La Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, cuyo entendimiento en este proceso debe ser ajustado a (i) el contenido normativo del artículo 76 de la ley 1437, según el cual la firmeza del acto administrativo se alcanza pasados 10 días desde su notificación, (ii) a la fecha de la solicitud de reconocimiento de la cesantía, y (iii) si hubo renuncia a términos para interponer recursos por parte del docente, frente al acto

liquidatorio de la prestación reconocida, que produjera efectos prácticos.

Niega la indexación de la sanción moratorio con base en la posición fijada por la Corte Constitucional en sentencia de unificación 041 de 2020.

Aduce que la mora en el pago de la prestación dio lugar a la sanción a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

6. Recurso de apelación.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia exponiendo para el efecto que, el trámite administrativo respecto de las cesantías de los docentes implica la participación de diferentes actores, esto es, el ente nominador o la entidad territorial y la Fiduprevisora S.A. en su calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Así pues, determina que: 1) El reconocimiento de las cesantías, parcial o definitivo, se encuentra a cargo de la Secretaria de Educación del Ente Territorial. 2) el estudio y pago de las cesantías está a cargo de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., y 3) sí alguna de las dos entidades no cumple con los términos establecidos se genera la sanción mora, razón por la cual son responsables del pago.

Luego entonces, considera que la entidad condenada a pagar la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, esto es, a la Fiduprevisora S.A., no ejerció su defensa en posición propia, toda vez que las actuaciones realizadas por la suscrita fueron en representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Es por ello que solicita revocar la sentencia de primera instancia en ese sentido y se ordene la vinculación de la Fiduprevisora S.A. a fin de que ejerza su derecho de legítima defensa.

De otro lado, indica que la entidad demandada no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios para la defensa judicial. Por tal motivo, solicita que no se imponga la condena en costas y agencias en derecho en segunda instancia.

7. Alegatos de Conclusión en segunda instancia.

Las partes guardaron silencio.

7.1. Ministerio Público.

No emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

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

- Es aplicable por identidad o analogía la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia de Jesús María Lemus², y por tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe y puede conocer de la presente controversia, a la luz del artículo 104 del CPACA, y en sede de juicio ordinario declarativo, medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.
- La Ley 1071 de 2006 es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, se debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.
- Acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, “(...) el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (...)”. Claro está, previo descuento de un total de 65³ días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

2. Problema Jurídico.

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala determinar conforme el recurso de apelación interpuesto, el siguiente interrogante:

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

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

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

¿Es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el ente responsable del pago de la sanción moratoria en este caso?

3. Entidad obligada al pago de la sanción moratoria.

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

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

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”*⁴

Así las cosas, es de iterar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien funge como parte demandada en este proceso, es el llamado a realizar el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del magisterio; y aunque en el trámite que se surte para el reconocimiento interviene la Secretaría de Educación del ente territorial, y en el trámite para el pago la Previsora S.A., éstas intervienen en todo momento en nombre y representación del Fondo, siendo por tanto éste último el llamado a comparecer al proceso y pronunciarse frente a las pretensiones de la parte demandante.

Ahora bien, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019⁵ y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

Artículo 57º. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

⁵ Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

[...]

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

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

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

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

*Artículo 2.4.4.2.3.2.25. Gestión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. **Una vez ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente a través de la plataforma o herramienta tecnológica dispuesta el trámite de pago para que dentro de los términos contenidos en el presente decreto, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolse las sumas reconocidas.** /Resalta la Sala/*

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

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

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

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

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag.

Y en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la expedición del acto administrativo de reconocimiento, su notificación, la respuesta a los recursos interpuestos y en todo caso la radicación o entrega de la solicitud de pago de las cesantías por parte de la Secretaría de Educación al FOMAG, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

En este caso se encuentra demostrado que el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas fue expedido dentro del término de 15 días siguientes a la fecha de radicación de la solicitud. Y comoquiera que no se encuentra acreditado el incumplimiento de algún otro término o de gestión alguna a cargo de la Secretaría de Educación Municipal, dado es concluir que la responsabilidad frente al pago de la sanción moratoria recae directamente en el FOMAG; máxime si se tiene en cuenta que la sanción referida se causó en vigencia de la Ley 1955 de 2019 y en todo caso, cuando aún no se había expedido el Decreto 942 del 1 de junio de 2022.

Es de agregar que, el párrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 contempló una autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del FNPSM causadas a diciembre de 2019; sin que por esta razón pueda indicarse que, tácitamente, dicha norma le excluyó de la obligación de pago de la sanción moratoria causada a partir de enero de 2020.

Por lo anterior, sin necesidad de consideraciones adicionales, se confirmará la sentencia de primera instancia.

4. Condena en costas en segunda instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁶ 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.

En segunda instancia no hay lugar a la condena en costas por cuanto en el expediente no se encuentran pruebas que las demuestren o justifiquen.

5. Consideración final.

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

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

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 6 de diciembre de 2021, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la parte demandante en el proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora Luz Ángela Coca Hurtado contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo: Sin costas en esta instancia.

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

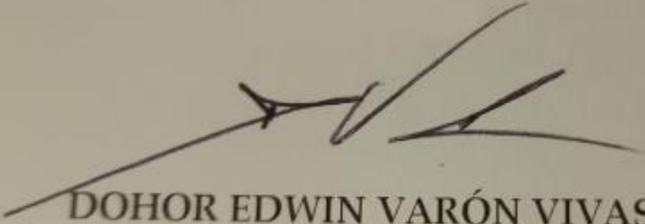
Notifíquese y cúmplase

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

⁶ 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.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 071

Radicado: 17-001-23-33-000-2023-00043-00
Naturaleza: Contractual
Demandante: Departamento de Caldas
Demandados: Consorcio Ceycontrol¹
Link expediente: [17001233300020230004300D03CCT](https://www.cajudicial.gov.co/consulta-expediente/17001233300020230004300D03CCT)

Estudiado el escrito de demanda y al advertirse con el lleno de los requisitos señalados en los artículos 162 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Despacho procede a **admitir** la demanda que en ejercicio del medio de control de controversia contractual, por conducto de apoderado judicial, instaura el **Departamento de Caldas**, contra el **Consorcio Ceycontrol**; en consecuencia, para su trámite se dispone:

1. **Notificar** por estado a la parte demandante, de acuerdo a lo previsto en los artículos 171, 201 y 201A del CPACA, y por medio electrónico, con fundamento en lo prescrito en el artículo 205 ibídem.
2. **Notificar** este auto personalmente al representante legal de **Eurocontrol S.A Sucursal Colombia**, de conformidad con lo prescrito en la ley 1437 de 2011² artículos 199 y 200.
3. **NOTIFICAR** este auto personalmente al representante legal de **Consultoría Estructural y de Construcción SAS (Ceyco ingeniería SAS)**, de conformidad con lo prescrito en la ley 1437 de 2011³ artículos 199 y 200.
4. **Notificar** personalmente este proveído al señor **Agente del Ministerio Público**, de conformidad con lo prescrito en la ley 1437 de 2011 artículos 171, 198 y 199.
5. Por Secretaría, déjese constancia en el expediente del acuse de recibo o del acceso del destinatario al mensaje, de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 199 del CPACA⁴.
6. **Correr traslado** de la demanda a la accionada y al Ministerio Público por el término de **treinta (30) días**, para contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía y presentar demanda de reconvención, de acuerdo con el

¹ Conformado por EUROCONTROL S.A SUCURSAL COLOMBIA; CONSULTORIA ESTRUCTURAL Y DE CONSTRUCCION S A S (CEYCO INGENIERIA S A S)

² Modificado por el 48 de la Ley 2080 de 2021

³ Modificado por el 48 de la Ley 2080 de 2021

⁴ ibidem

artículo 172 del CPACA; del auto notificado solo se empezarán a contabilizar a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente. De requerirse copia de la demanda y sus anexos quedarán en medio virtual en Secretaría a disposición de los notificados.

7. **Requerir** a la entidad demandada para que incluya en la contestación de la demanda su dirección electrónica para notificaciones judiciales y aporte el expediente de la actuación administrativa que dio origen al acto acusado, de conformidad con el numeral 7 y el parágrafo 1° del artículo 175 del CPACA.
8. **Se reconoce** personería para actuar como apoderado judicial de la parte actora, en los términos y para los fines del poder conferido, al abogado **Daniel Rendón Vásquez**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 1.053.784.294 y con la tarjeta profesional número 222.572 del Consejo Superior de la Judicatura.
9. Para efectos de que las partes alleguen la contestación de la demanda, nuevos poderes, memoriales y solicitudes se les informa que el correo habilitado para ello es sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá no presentado.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

Manizales, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 069

RADICADO: 17-001-23-33-000-2023-00047-00
NATURALEZA: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
DEMANDANTE: Guillermo Muñoz Valencia
DEMANDADOS: Municipio de Manizales y otros

I. Antecedentes.

La parte demandante solicita se ordene:

“TERCERO: ORDENARA a quien corresponda realizar las acciones y obras pertinentes: con base en estudios técnicos previos, que permitan mitigar el riesgo de la ladera existente al costado calle 22 entre carreras 27 y 28, así como la realización de obras de estabilidad que de ella se desprendan

CUARTO: ORDENAR a quien corresponda, emprender las acciones necesarias el fin de rehabilitar las escaleras ubicadas calle 22 entre carreras 27 y 28, las cuales contengan la reparación total de las mismas y las obras de manejo de aguas a las que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a quien corresponda realizar la instalación de aproximadamente 4 luminarias ubicadas a lo largo de las escaleras, con el fin de que se mejoren las condiciones luminicas del sector y de visibilidad al total de las mismas.

QUINTO: ORDENAR a quien corresponda Realizar los estudios pertinentes con el fin de determinar el estado de la tubería que pasa por el sector, de ser el caso realizar la reposición de las tuberías que pasan por la ladera del sector citado.

SEXTO: ORDENAR a quien corresponda Realizar el mantenimiento constante de toda la capa vegetal que se encuentra en la zona; lo anterior cada tres meses con el fin de mantener el pasto de la zona a un nivel que no resulte peligroso”¹

Lo anterior basado en que, allí se presentan riesgo como las inestabilidades del talud, humedades, filtraciones de agua, accidentes con ocasión al mal estado de las escaleras, inseguridad en la comunidad por la falta de iluminación y mal estado de la capa vegetal de la ladera.

II. Consideraciones.

¹Expediente digital: “02EscritoPopular”, acápite de pretensiones, flo. 02

La Ley 472 de 1998, que desarrolló el artículo 88 de la Constitución Política, en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo, asignó el conocimiento de las mismas, en primera instancia, a los Jueces Administrativos y a los Jueces Civiles de Circuito, y en segunda al Tribunal Contencioso Administrativo o Tribunal Superior – Sala Civil del distrito judicial al que pertenezca el juez (artículo 16).

Por su parte, el artículo 152 del CPACA, modificado por el artículo 28 de la ley 2080 de 2021, sobre la competencia de los Tribunales Administrativos para conocer de acciones populares dispuso:

*“ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:
(...)*

*14. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos y de cumplimiento, **contra las autoridades del orden nacional** o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas.”*

Ahora, en cuanto a la competencia de los jueces administrativos para conocer de este tipo de acciones, el CPACA en su artículo 155, modificado por el artículo 30 de la Ley 2080 de 2021, previó:

*“ARTÍCULO 155. COMPETENCIA DE LOS JUECES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los juzgados administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:
(...)*

*10. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos y de cumplimiento, **contra las autoridades de los niveles departamental, distrital, municipal o local** o las personas privadas que dentro de esos mismos ámbitos desempeñen funciones administrativas.”* Se resalta.

Analizado el escrito contentivo de la acción popular de la referencia, observa este Despacho que la vulneración de derechos colectivos se endilga al **municipio de Manizales**.

Si bien se menciona como demandada a Corpocaldas, no se indica que esta se encuentre vulnerando los derechos colectivos alegados por el actor.

En consecuencia, se ordenará la remisión del expediente al Juzgado Octavo Administrativo de Circuito de Manizales, de conformidad con lo prescrito en el numeral 2º del artículo 155 del CPACA en concordancia con lo prescrito en el referido artículo 168 ibidem.

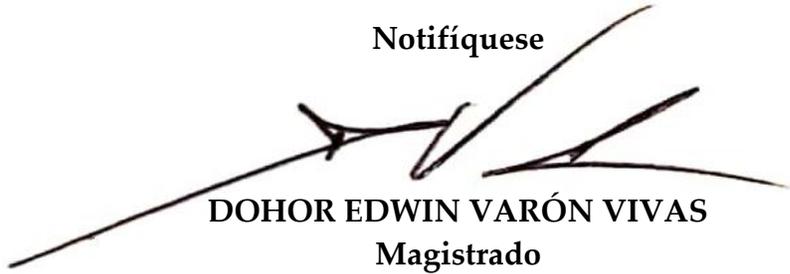
Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

Primero: Declarar la falta de competencia, para avocar el conocimiento de la demanda que en ejercicio del medio de control de Protección de Derechos e Intereses Colectivos presenta Guillermo Muñoz Valencia contra el municipio de Manizales.

Segundo: Enviar el expediente al Juzgado Octavo Administrativo de Circuito de Manizales.

Notifíquese



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

Manizales, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 070

RADICADO: 17-001-23-33-000-2023-00066-00
NATURALEZA: Acción de Cumplimiento
DEMANDANTE: Carlo Enrique Gómez Ortiz
DEMANDADOS: Municipio de Palestina
Nación - Ministerio de Defensa Nacional
Policía Nacional

Estudiado el escrito de demanda y al advertirse que no cumple con los requisitos señalados en el artículo 10 de la Ley 393 de 1997, se decide **INADMITIR** la demanda por lo que, la parte demandante:

1. Deberá aportar los documentos correspondientes que acrediten la calidad de Personero Municipal en la que se presenta en este proceso.
2. Deberá aportar los documentos mencionados al interior del escrito de demanda, acápite de pruebas tales como:

“- Oficio de fecha 01 de febrero de 2023: Veeduría Ciudadana “Entre Todos si Podemos”

- Resolución N° 588 del 14 de septiembre de 2022

- Fotografías Calle 7 entre carreras 7 y 8 de Palestina, Caldas

-Oficio de fecha 03 de febrero de 2023

-Respuesta Oficio de fecha 28 de febrero de 2023”.

3. Deberá aportar prueba de la petición del cumplimiento del deber legal o administrativo, presentado a las entidades demandadas, conforme lo establece el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 393 de 1997.

En consecuencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley 393 de 1997, se le concede a la parte demandante el término improrrogable de **DOS (02) DÍAS** para que corrija y/o aclare los yerros advertidos en el escrito de demanda.

Notifíquese

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 107

Asunto: Concede apelación contra sentencia
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos
Radicación: 17001-23-33-000-2017-00524-00
Accionante: Andrés Felipe Morales Cárdenas
Accionado: Unidad Nacional del Gestión del Riesgo de Desastres, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y Municipio de Manizales

Vinculados: Aguas de Manizales S.A E.S.P, Corporación Autónoma Regional de Caldas, Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Manizales S.A.S-ERUM

Manizales, catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En el presente asunto mediante providencia del 2 de marzo del presente año, este Despacho concedió en el efecto devolutivo, el recurso de apelación radicado por la parte demandada Municipio de Manizales contra la sentencia proferida por este Tribunal el diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

En providencia del 24 de marzo de 2023 la Sala quinta de decisión de esta Corporación negó la solicitud de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres -UNGRD de corrección de la mencionada sentencia.

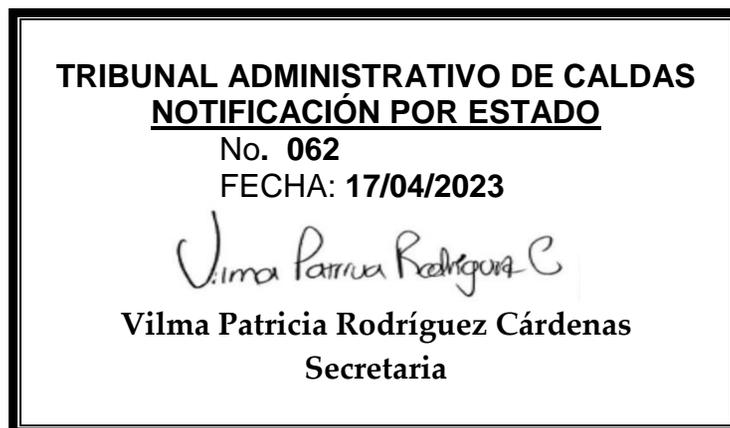
Una vez notificada la anterior providencia, por la Secretaría de esta Corporación el proceso pasó a Despacho informando que *“contra la sentencia de primera instancia proferida el 17 de febrero de 2023, notificada el 21 de febrero de 2023, además del Municipio de Manizales, la Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Manizales también presentó recurso de apelación el 28 de febrero de 2023 (Archivo 139, expediente electrónico), pero por un error involuntario no se remitió a despacho, en virtud de que dicho memorial se encuentra dirigido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales Sala Laboral, pero que revisadas las partes dicho proceso corresponde a ese Despacho Judicial. El recurso fue presentado dentro del término de ejecutoria de la mentada sentencia.”*

De acuerdo con lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 37 de la Ley 472 de 1998, 322 y 323 del Código General del Proceso, por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto devolutivo¹, los recursos de apelación radicados por las entidades demandadas Municipio de Manizales² y Empresa de Renovación y Desarrollo Urbano de Manizales³ contra la sentencia proferida por este Tribunal el diecisiete (17) de febrero de dos mil veintitrés (2023)⁴.

En firme esta providencia, por la Secretaría de la Corporación, **REMÍTASE** el expediente al Honorable Consejo de Estado, para resolver lo pertinente previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



¹ Auto del H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021) Referencia: Medio de control de protección de los derechos e intereses Colectivos Núm. único de radicación: 630012333000201900237-01 Actora: Juliana Victoria Ríos Quintero, en calidad de Personera Municipal de Armenia Demandados: Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio; Corporación Autónoma Regional del Quindío; Departamento del Quindío; Municipio de Armenia; Empresas Públicas de Armenia E.S.P.; Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.; Empresa Efigas S.A. E.S.P.; y Julián Buendía Vásquez. Asunto: Resuelve sobre el ajuste del efecto en que el Tribunal Administrativo del Quindío concedió los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia.

² Archivo 131 Cuaderno 1A, expediente digital.

³ Archivo 139 Cuaderno 1A, expediente digital.

⁴ Archivo 129 Cuaderno 1A, expediente digital.

Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **e670a53e559fc45d22dfd7eead9cbe297ff08a037e134f5b62cbdcfafecce7b**

Documento generado en 14/04/2023 02:55:57 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, trece (13) de abril del año dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-23-33-000-2019-00371-00
MEDIO DE CONTROL	CONTROVERSIA CONTRACTUAL
DEMANDANTES	GRUPO INVERPROYECTOS Y CIA S.A.S
DEMANDADO	INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS¹

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia, entre GRUPO DE INVERPROYECTOS Y CIA S.A.S., contra la INDUSTRIA LICORRERA DE CALDAS.

PRETENSIONES**PRINCIPALES**

1. Declarar la nulidad parcial del acta de fin de cuentas de contrato nro. 280-2017 con su adición y prórroga nro. 1 del 17 de septiembre de 2017 y prórroga nro. 2 del 18 de junio de 2018; acta de fecha 12 de marzo de 2019.
2. Declarar el incumplimiento de la Industria Licorera de Caldas del contrato 280-2017 del 30 de mayo de 2017, con su adición y prórroga nro. 1 del 17 de septiembre de 2017 y prórroga nro. 2 del 18 junio de 2018; incumplimiento de la Industria Licorera de Caldas derivado de los pagos del suministro del alcohol sin tener en cuenta el total de los costos del producto entregado en la empresa contratante, resultando una diferencia de utilidad o pérdida del ejercicio no cancelada por la Industria Licorera de Caldas, costos de ejecución de cada embarque entregado y diferencias no canceladas por la entidad que se discriminan así:

¹ También ILC

número de Embarque	valor del Costo del producto entregado por la ILC (COP)	total del ingreso pagado por la ILC a Inverproyectos (COP)	diferencia de utilidad o pérdida del ejercicio no cancelada por la ILC (COP)
1	\$ 1.697.683.213	\$ 1.545.470.603	\$ 152.212.610
2	\$ 1.684.797.611	\$ 1.473.816.075	\$ 210.981.537
3	\$ 1.639.304.342	\$ 1.462.587.697	\$ 176.716.646
4	\$ 1.658.795.410	\$ 1.482.907.354	\$ 175.888.055
5	\$ 1.411.198.799	\$ 1.228.772.503	\$ 182.426.296
6	\$ 1.349.990.691	\$ 1.227.974.817	\$ 122.015.874
7	\$ 1.607.743.253	\$ 1.403.676.248	\$ 173.212.527
8	\$ 1.581.078.516	\$ 1.403.676.248	\$ 177.402.268
9	\$ 1.495.791.538	\$ 1.422.682.791	\$ 73.108.747
10	\$ 1.691.076.216	\$ 1.437.598.058	\$ 253.478.158
Totales	\$ 15.817.459.589	\$ 14.120.016.872	\$ 1.697.442.717

3. Declarar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato 280-2017 del 30 de mayo de 2017, con su adición y prórroga nro. 1 del 17 de septiembre de 2017, y prórroga nro. 2 del 18 junio de 2018, respecto de los siguientes conceptos:

a. Arancel del producto: en el contrato celebrado entre las partes se estableció que se pagaría un 5% correspondiente al arancel del producto. Sin embargo, al momento de cancelar cada uno de los embarques entregados la ILC procedió inconsultamente a retener un valor equivalente al 15%, cifra que no fue cotizada y tampoco aceptada por las partes, situación que afectó de manera sustancial el valor pagado por la Licorera.

b. Derechos de participación: *"El GRUPO INVERPROYECTOS Y CIA S.A.S no tiene por qué pagar este impuesto. La INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS está exenta de pagar este tributo"*.

La Ordenanza 797 de 2017 en su artículo 24 *"Participación sobre el alcohol potable con destino a la fabricación de licores"* dispone en su párrafo 1 *"La introducción de alcohol crudo sucio o flema por parte de la Industria Licorera de Caldas para el proceso de destilación o redestilación con el fin de obtener al alcohol tafia o extraneutro potable, no causará participación"*. Y el párrafo 2 indica *"el alcohol potable resultante del proceso de licores destilados por parte de la Industria Licorera de Caldas no causará participación"*. Siendo así el importador Inverproyectos no debe realizar el pago de este concepto por cuanto el alcohol entregado es un alcohol crudo de un año de añejamiento que al ser recibido por la ILC esta debe redestinarlo y reprocesarlo para así proceder a la venta de producto terminado.

c. Derechos de Explotación: afirmó que la demandante no tiene por qué pagar este impuesto, ya que la ILC está exenta del mismo.

Para el año 2017 la Industria Licorera de Caldas cobra \$110.00 pesos por litro entregado. Para el año 2018, cobro \$115.300 pesos por litro entregado. Sin embargo, en la Ordenanza 797 de 2017, que fijó las rentas departamentales, dispone en su artículo 25, que habla de los derechos de explotación, en su parágrafo 2 *“no se generan derechos de explotación en la introducción de alcohol potable con destino a la fabricación de licores”*, y la sociedad actora importó el alcohol crudo o tafia de un año de añejamiento y se lo entregó a la ILC, y si la empresa está exenta de pagar estos derecho de explotación, mucho menos tiene por qué pagarlos el importador o acarrear con esta carga tributaria, la cual fue cobrada al contratista, afectando el monto de equilibrio económico pactado inicialmente.

Que el valor total de los tres aspectos que se acaban de mencionar presenta un desequilibrio por la suma de \$1.949.223.999,58, para el 30 de mayo de 2019.

4. Que se liquide judicialmente el contrato 280-2017 del 30 de mayo de 2017, con su adición y prorrogas nros. 1 del 17 de septiembre de 2017, y su prorrogas nros. 2 del 18 junio de 2018.

5. Ordenar la liquidación y pago de los intereses moratorios a la máxima tasa autorizada por la ley, de cada uno de los valores dejados de pagar señalados en el numeral tercero del acápite de las pretensiones desde el 31 de julio de 2018 (fecha hasta la cual se ejecutó el contrato) hasta el día de su pago efectivo por parte de la Industria Licorera de Caldas.

6. Como consecuencia de lo anterior, se condene a la Industria Licorera de Caldas a indemnizar al Grupo Inverproyectos por los perjuicios causados, pagando el lucro cesante y los perjuicios causados por dicho desequilibrio y sobre la suma debida y reconocida en la liquidación, condenándola a pagar la máxima tasa de interés comercial moratorio autorizado por la ley, de conformidad con las tasas expedidas por la Superintendencia Bancaria.

7. Que se dé cumplimiento al fallo objeto del presente proceso, dentro de los términos previstos en los artículos 187 y 192 del CPACA.

8. Condénese a la demandada al pago de los gastos y costas del proceso.

SUBSIDIARIAS

En caso de no declararse la nulidad parcial del Contrato 280-2017 del 30 de mayo de 2017, con su adición y prórroga nro. 1 del 17 de septiembre de 2017 y prórroga nro. 2 del 18 junio de 2018 se solicita:

1. Que la ILC reconozca los extra costos causados en razón del desequilibrio contractual ocasionado en la ejecución del contrato nro. 280-2017, sus adicionales y prórrogas por los conceptos:

a. Arancel del producto: en el contrato celebrado entre las partes se estableció que se pagaría un 5% correspondiente al arancel del producto. Sin embargo, al momento de cancelar cada uno de los embarques entregados la ILC procedió inconsultamente a retener un valor equivalente al 15%, cifra que no fue cotizada y tampoco aceptada por las partes, situación que afectó de manera sustancial el valor pagado por la Licorera.

b. Derechos de participación: *"El GRUPO INVERPROYECTOS Y CIA S.A.S no tiene por qué pagar este impuesto. La INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS está exenta de pagar este tributo"*.

La Ordenanza 797 de 2017 en su artículo 24 *"Participación sobre el alcohol potable con destino a la fabricación de licores"* dispone en su parágrafo 1 *"La introducción de alcohol crudo sucio o flema por parte de la Industria Licorera de Caldas para el proceso de destilación o redestilación con el fin de obtener al alcohol tafia o extraneutro potable, no causará participación"*. Y el parágrafo 2 indica *"el alcohol potable resultante del proceso de licores destilados por parte de la Industria Licorera de Caldas no causará participación"*. Siendo así el importador Inverproyectos no debe realizar el pago de este concepto por cuanto el alcohol entregado es un alcohol crudo de un año de añejamiento que al ser recibido por la ILC esta debe redestinarlo y reprocesarlo para así proceder a la venta de producto terminado.

c. Derechos de Explotación: afirmó que la demandante no tiene por qué pagar este impuesto, ya que la ILC está exenta del mismo.

Para el año 2017 la Industria Licorera de Caldas cobra \$110.00 pesos por litro entregado. Para el año 2018, cobro \$115.300 pesos por litro entregado. Sin embargo, en la Ordenanza 797 de 2017, que fijó las rentas departamentales, dispone en su artículo 25, que habla de los derechos de explotación, en su parágrafo 2 *"no se generan derechos de explotación en*

la introducción de alcohol potable con destino a la fabricación de licores”, y la sociedad actora importó el alcohol crudo o tafia de un año de añejamiento y se lo entregó a la ILC, y si la empresa está exenta de pagar estos derecho de explotación, mucho menos tiene por qué pagarlos el importador o acarrear con esta carga tributaria, la cual fue cobrada al contratista, afectando el monto de equilibrio económico pactado inicialmente.

Que el valor total de los tres aspectos que se acaban de mencionar presenta un desequilibrio por la suma de \$1.949.223.999,58 para el 30 de mayo de 2019.

2. Como consecuencia de los anterior, se condene a la Industria Licorera de Caldas a indemnizar al Grupo Inverproyectos por los perjuicios causados, pagando el lucro cesante, por dicho desequilibrio, y sobre la suma debida y reconocida en la liquidación, condenándola a pagar la máxima tasa de interés comercial moratorio autorizado por la Ley, de conformidad con las tasas expedidas por la Superintendencia Bancaria.

3. Que se condene a la Industria Licorera de Caldas a actualizar las sumas precisadas en los numerales primero y segundo de las pretensiones subsidiarias a la fecha del correspondiente pago, con base en los intereses corrientes o interés técnico aceptado por el Consejo de Estado.

4. Se condene a la demandada, en consideración a la equidad, en caso de variar la jurisprudencia, al pago de las agencias y costas del proceso.

HECHOS

✓ El 8 de mayo de 2017 la Industria Licorera de Caldas formuló el plan de compra de mieles y alcoholes bajo el rubro presupuestal nro. 03102102.

✓ Como sustento de esta necesidad se tenía que la ILC requería para producir y cumplir su objeto misional la adquisición de materias primas como el alcohol tafias de un año de añejamiento; necesidad que se suscitaba por la suspensión de operaciones en la planta de destilación, lo que se hacía necesario adelantar un proceso de compra que garantizara el abastecimiento de materia prima en condiciones de calidad y precio hasta por un millón de litros. Y que analizado el inventario se evidenció que existía un déficit en tafias de un año.

✓ La ILC aceptó oferta presentada por la sociedad Grupo Inverproyectos a un precio DDP (materia prima puesta en fabrica), incluido IVA, a un precio de US\$2.37 por litro de

volumen real. Con fecha 30 de mayo de 2017 se suscribió contrato nro. 280-2017 por valor de \$7.441.800.000 IVA incluido.

✓ El 13 de septiembre de 2017 entre las partes se firmó acta de adición al contrato nro. 280-2017 la cual consistió en el suministro de un millón cuatrocientos mil litros de tafia de un año de añejamiento por valor de \$10.418.520.000, con prórroga hasta el 30 de junio de 2018.

✓ El 18 de junio de 2018 por común acuerdo se firmó prórroga nro. 2 al contrato 280-2017, la cual consistía en que el plazo de ejecución del contrato iría hasta el 30 de julio de 2018.

✓ Mediante comunicación del 18 de septiembre de 2017 se le informó por parte del representante legal de la hoy demandante a la ILC sobre el cambio en valor arancelario del producto, dado que la cotización del mismo se había realizado con tasa del 5% antes de la modificación de dicho arancel por parte de la DIAN al 15%, lo que implicaba un desbalance del contrato. Esta petición no tuvo respuesta.

✓ El 25 de octubre de 2018 la ILC envió a la sociedad contratista acta de fin de cuentas del contrato 280-2017, informando que el saldo a favor de Inverproyectos era \$0, y que había cumplido a cabalidad con todos los requisitos exigidos en el contrato.

✓ El 15 de febrero de 2019 se radicó derecho de petición en la ILC solicitando la liquidación bilateral del contrato y su adición y prórroga, planteando además el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en relación con el arancel del producto, derechos de participación y derechos de explotación.

✓ El 6 de marzo de 2019 se obtuvo respuesta al derecho de petición donde se despachaba de manera desfavorable la petición, argumentando en relación con el arancel de producto la existencia de un error en la declaración de importación que debía ser asumido por el contratista. Frente a los derechos de explotación y derechos de participación se invitó a realizar el respectivo reclamo a la oficina de rentas del departamento de Caldas, ya que la ILC no era competente para pronunciarse frente a ese hecho.

✓ Aseveró que la demandante cumplió en su totalidad con la ejecución del contrato, realizando las correspondientes entregas del producto en las fechas acordadas; entregas que se realizaron en 10 embarques los cuales fueron recibidos a entera satisfacción.

- ✓ Que la ILC incumplió los términos y condiciones pactadas en el contrato al proceder a realizar descuentos de sumas de dinero que no fueron pactadas por las partes, lo que conllevó al desequilibrio económico del contrato.

- ✓ Como se evidencia en acta de fin de cuentas del 12 de marzo de 2019 el Grupo Inverproyectos hizo la salvedad sobre los costos en los que incurrió para el cumplimiento de los términos y condiciones del contrato, solicitando el restablecimiento del equilibrio económico.

- ✓ El 3 de enero de 2019 el Grupo Inverproyectos dirigió a la ILC un derecho de petición en el cual se solicitaba se certificara la calidad físico química como organoléptica del producto entregado en ejecución del contrato 280-2017 y sus correspondientes prórrogas, obteniendo respuesta el 8 de enero de 2019 mediante oficio ILC-0255 sin un pronunciamiento de fondo como lo establece el artículo 13 del CPACA, y vulnerando el derecho consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS: En primer momento se opuso a la prosperidad de las pretensiones tanto principales como subsidiarias al afirmar que no existió un desequilibrio económico del contrato porque el acta de fin de cuentas del 12 de marzo de 2019 fue firmada por ambas partes, lo que supone que estuvieron de acuerdo en su contenido y no le asiste a la misma un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1508 del Código Civil como el error, fuerza o dolo.

Así mismo, que el contrato se desarrolló en los términos Incoterms DDP, es decir, puesto en fábrica, en las instalaciones de la Licorera, por lo que no puede el contratista alegar su propia culpa cuando presentó una oferta que ahora aduce no correspondía, pues encontrándose en el negocio de venta de alcohol debe conocer el valor de los impuestos a pagar.

Se reclamó además por la ILC el conocimiento que debe manejar el demandante sobre el suministro del producto ya que entre sus actividades comerciales presenta la comercialización, distribución, importación y exportación de alcohol respecto a las tasas, impuestos y las obligaciones del cliente en cuanto a las retenciones de ley, que para el caso fueron debidamente realizadas por la ILC.

Respecto a la reclamación de perjuicios, especialmente el lucro cesante, se consideró por la ILC que es necesaria la determinación de este valor pues no fue tasado con claridad y no se allegaron pruebas de los mismos.

Respecto a cada uno de los costos alegados afirmó:

1. Arancel del Producto: explicó que la oferta presentada por el Grupo Inverproyectos indicaba que el precio del producto era DDP incluido IVA US\$2.37 x litro de volumen real, sin discriminar una estructura de costos ni mucho menos el valor del arancel, y debe estar claro en lo referente a los términos Incoterms, como lo es DDP, lo cual implica la máxima responsabilidad del vendedor respecto de las obligaciones aduaneras y logísticas para cumplir con la entrega final.

Añadió que la ILC no realizó ninguna retención por concepto de arancel toda vez que el mismo debió ser asumido por el importador del producto, es decir el demandante, el cual debió cancelar una vez ingresó el alcohol al país, de conformidad con los términos en que se suscribió el contrato este debió asumir todos los impuestos y responsabilidades hasta realizar la entrega del mismo.

Así mismo, que para la fecha estaba en vigencia el Decreto 497 de 2011 *“Por el cual se adopta el arancel de aduana y otras disposiciones”* donde se determina el porcentaje del 15% para la partida arancelaria 2208.90.10.00, alcohol etílico sin desnaturalizar con grado alcohólico volumétrico inferior al 80% vol, el cual requería la licorera (alcohol tafia con un año de añejamiento).

2. Derechos de Participación: aduce que la parte demandante se apoya en el artículo 24 de la Ordenanza 797 de 2017 para indicar que está exenta de este tributo, pero lo cierto es que este acto administrativo solo cuenta con 18 artículos, de lo que se deduce que se está haciendo referencia a la Ordenanza 816 de 2017, que en el párrafo 1 del artículo 24 habla del alcohol crudo o flema, pero que de acuerdo al objeto del contrato se debían suministrar hasta 1.000.000 de alcohol tafias con un año de añejamiento, no alcohol crudo o flema, por lo tanto los derechos de participación sí debe ser cancelados a rentas departamentales; impuesto que de acuerdo al artículo 203 de la Ley 223 de 1995 se causa en el momento en que el mismo se introducen al país, salvo cuando se trate de productos que hacen transito hacía otro país.

3. Derechos de Explotación: manifestó que se presenta nuevamente la imprecisión entre el alcohol flema y el alcohol tafia, y en tal sentido le corresponde al importador asumir

dicho valor, destacando que la ILC no es la responsable de la retención de dicho tributo pues el mismo se cancela al departamento de Caldas – unidad de rentas.

La parte demandada presentó las siguientes excepciones:

- **Inexistencia del desequilibrio económico del contrato:** señaló que no existe un desequilibrio económico del contrato ya que el arancel del producto, los derechos de participación y de explotación eran previsibles en la ejecución, por cuanto el demandante, en atención a su objeto social, tenía pleno conocimiento de los costos en que debía incurrir al ingresar alcohol, máximo en el presente caso cuando la presentación de la oferta se realiza en los término Incoterms DDP, lo que implica mayor responsabilidad del vendedor porque es el responsable de todas las obligaciones logísticas y aduaneras hasta la entrega del producto en el destino final, y en la oferta presentada a la ILC no se desprende que se haya discriminado valor por concepto alguno, así como cuáles estaba dispuesto a asumir o no.

Continuó manifestando que para el asunto en controversia no figuran los hechos imprevistos, imprevisibles e irresistibles, esto es, factores externos y ajenos a las partes del contrato, pues para la fecha de la ejecución estaba vigente el Decreto 4927 de 2011 donde se establece para la partida arancelara 2208.90.10.00 el porcentaje de 15% por arancel, que correspondía a la referencia de alcohol objeto del contrato. Tampoco se presenta el ejercicio de la supremacía de la administración, pues la ejecución se dio entre las partes de acuerdo a la normal ejecución del contrato. Se tiene como elemento adicional la suscripción de dos prórrogas adicionales lo que supone una aceptación de las condiciones pactadas.

- **Derechos de participación y explotación a cargo del contratista:** resaltó que para el área técnica de la ILC un alcohol crudo es un alcohol flema, determinado así porque es un alcohol que no ha sido sometido a operación de rectificación o purificación, o, aunque lo haya sido, tiene un contenido de impurezas superiores a 500 mg/dm³ de alcohol anhidro.

La Ordenanza 816 de 2017, en el párrafo 1 del artículo 24, habla de alcohol crudo conocido también como sucio o flema, diferenciándolo del alcohol tafía, el cual fue objeto del contrato celebrado y respecto al cual sí deben pagarse los derechos de explotación y participación.

Referenció el Decreto 1686 de 2012 para hacer alusión a las definiciones de las diversas clases de alcohol y destacar que lo contratado era suministrar 1.000.000 de litros de alcohol

tafia mínimo con un año de añejamiento, por lo que no se entiende por qué la parte actora insiste en que se trató de alcohol crudo para justificar el no pago de los derechos de explotación y participación.

Finalmente, reiteró que en caso de existir inconformidad con los derechos de participación y explotación se deben remitir a la unidad de rentas del departamento de Caldas, pues la Industria Licorera de Caldas no es la recaudadora del tributo.

- **Contrato celebrado en términos Incoterms DDP:** explicó que el comercio internacional maneja diferentes términos de negociación (Incoterms) los cuales definen el alcance logístico y responsabilidad que tienen cada una de las partes.

En este caso, la modalidad bajo la cual viene realizando la Licorera la compra de sus alcoholes es DDP (delivered duty paid – entregada derechos pagados), y así se pactó en el contrato 280-2017, que establece el máximo de responsabilidades a cargo del vendedor, significando que el comprador queda exonerado de costos y riesgos asociados al envío, ya que el vendedor soporta todos los derivados del transporte, incluyendo trámites de aduana y pagos de impuestos, ya que su obligación concluye cuando haga llegar la mercancía al punto de entrega designado, dejándola lista para descarga.

- **Inexistencia de descuentos por parte de la ILC al contratista de derechos de participación, explotación y arancel del producto:** aseveró que la Licorera no realizó ningún tipo de descuentos al contratista por concepto de arancel de producto, derechos de participación y derecho de explotación como lo indica la parte actora, y agregó que las facturas presentadas por la sociedad demandante durante la ejecución del contrato fueron canceladas únicamente realizando los descuentos o retenciones autorizados por la ley.

Resaltó que la parte demandante realizó las declaraciones de los derechos de participación y explotación al departamento, según consta en certificación expedida por la unidad de rentas en marzo de 2020, lo que evidencia que el contratista tiene conocimiento de sus obligaciones y no era un desconocimiento para él los tributos que debía asumir en la ejecución del contrato.

- **Genérico o innominada:** solicitó al despacho reconocer de oficio las excepciones que resulten probadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: afirmó que la cifra contenida en el contrato celebrado entre las partes obedeció a una estructura de costos del producto en donde quedaría establecido que se pagaría un 5% correspondiente al arancel del producto, pero al momento de cancelar cada uno de los embarques la Licorera procedió inconsultamente a retener un valor equivalente al 15%, cifra que no fue cotizada ni aceptada por las partes, hecho que produjo un evidente desequilibrio económico del contrato.

En cuanto a los derechos de explotación y participación, insistió en que no hay fundamento para pagar estos tributos, en atención a que el alcohol entregado es crudo de un año de añejamiento que al ser recibido por la Licorera esta debe reedestilarlo y reprocesarlo para así proceder a la venta de producto terminado.

Resaltó que las condiciones económicas se alteraron durante el desarrollo del negocio ya que los pagos realizados por la Licorera no reflejan los gastos en que incurrió la operación de suministrar el producto contratado, especialmente porque se cotizó un pago de arancel del 5%, el cual debió ser advertido por la ILC en el momento de contratar, por lo que en desarrollo del contrato se presentaron reclamaciones para que se reconociera el desequilibrio sin que la entidad diera respuesta.

Así mismo, reiteró el tema de los derechos de explotación y participación, esto es, la no obligación de cancelarlos por la calidad del alcohol que fue suministrado, al insistir que era crudo.

Aduce que en este caso es claro que se alteró la ecuación económica del contrato porque la demandada descontó del pago correspondiente a cada embarque sumas de dinero que no estaban pactadas.

Finalmente, insistió en la práctica del dictamen pericial solicitado en la demanda con el cual se pretende que un experto determine si el alcohol suministrado por la demandante, de acuerdo a la ficha técnica, entregado a la Licorera, corresponde a los denominados alcoholes crudos, al considerar que este aspecto es de suma importancia para concluir la obligación o no de cancelar los derechos de explotación y participación que generaron el desequilibrio económico alegado.

Parte demandada: manifestó que a pesar de la insistencia de la parte actora respecto al desequilibrio económico en el contrato quedó plenamente demostrado en el proceso que el mismo no existió, teniendo en cuenta lo contratado por la Licorera y el hecho que en el acta de fin de cuentas se adujo que el contratista cumplió a cabalidad con el objeto, resaltando que en la oferta presentada por el demandante este nunca cotizó una partida arancelaria del 5% como lo aduce, sino que se estableció un precio global del producto a suministrar, que además indicó de manera clara realizaría en términos Incoterms DDP, que implica que el vendedor es responsable de todas las obligaciones logísticas y aduaneras hasta la entrega en destino final.

Insistió en que la ILC no realizó descuentos por concepto de arancel del producto, ya que es claro que el contratista como importador es quien lo declara y cancela a la autoridad competente; arancel que en este caso correspondía al 15% según lo establecido en el Decreto 4927 de 2011, vigente para la época de ejecución del contrato, por lo que no es factible tampoco atribuir a la demandada el cobro de este tributo o fijación del mismo, ya que está determinado por ley, y la Licorera no es recaudadora del mismo.

En cuanto a los derechos de explotación y participación, reiteró que en este caso se suministró alcohol tafía de mínimo un año de añejamiento, diferente al alcohol crudo conocido también como sucio o flema, como bien lo explicó uno de los testigos; alcohol tafía frente al cual sí se deben pagar los derechos mencionados según la Ordenanza 816 de 2017, dinero que debe ser cancelado por el importador del producto.

Resaltó que la licorera no realizó ningún tipo de descuento a la demandante como contratista al momento de realizar los pagos de las facturas presentadas, en especial lo alegado, arancel y derechos de explotación y participación.

Finalizó concluyendo que en este caso no se dan los supuestos para hablar de un desequilibrio contractual en atención a la manera en que se presentó la oferta por parte de la sociedad actora, sin que pueda desconocer el riesgo asumido para trasladarlo a la accionada; es decir, la ejecución del contrato siempre fue clara y cada una de las partes conocía sus obligaciones. Sumado a que se suscribieron prórrogas y adiciones sin que se manifestara en esos momentos algún tipo de modificación en términos económicos relacionados con el costo del alcohol y los tributos que debía asumir.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Mediante concepto nro. 061-2021, el señor Procurador Judicial solicitó negar las pretensiones de la demanda.

Afirmó, luego de realizar un análisis del medio de control de controversias contractuales, del equilibrio económico del contrato, y el material probatorio, que el contrato de suministro celebrado entre las partes en el año 2017 estipuló la entrega del producto en términos Incoterms DDP, cláusula que se utiliza cuando el vendedor cubre al máximo las responsabilidades de la mercancía por lo que asume actuaciones que comprende realizar trámite aduaneros, cubrir los gastos de transporte y efectuar los pagos de importación en aduana, entre otros, lo que denota que este asume las obligaciones por concepto de contribuciones, impuestos o tasas territoriales.

Destacó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en establecer que el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista dejó de recibir utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones si estos se califican como propios del alea, ya que se requiere que la afectación sea extraordinaria, real, grave y significativa entre la equivalencia de derechos y obligaciones convenidas por las partes, presupuesto que consideró no se cumple en este caso ya que no se acreditó por parte del contratista que la prestación a su cargo se haya tornado más onerosa por la ocurrencia de un hecho económico imprevisto.

Aseveró que la ILC no realizó descuentos al contratista por concepto de arancel del producto suministrado, derechos de participación o derechos de explotación, por lo que en este caso no estructuran los supuestos para declarar la responsabilidad contractual de la entidad, al no acreditarse la conducta de incumplimiento y el daño antijurídico, además de la relación de causalidad entre ambos; así como tampoco la ruptura del equilibrio económico del contrato.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Problemas jurídicos

1. ¿En el contrato nro. 280-2017 celebrado entre la parte demandante y la Industria Licorera de Caldas se pactó la entrega del producto bajo los términos DDP de Incoterms, incluye en estas obligaciones las contribuciones, impuestos o tasas territoriales?
2. ¿Demostró la parte demandante que la Industria Licorera de Caldas incurrió en incumplimiento contractual durante la ejecución del contrato 280-2017, derivado de los

pagos de suministro de alcohol sin tener en cuenta el total de los costos del producto entregado?

3. ¿Demostró la parte demandante una ruptura del equilibrio financiero en la ejecución del contrato 280-2017 que deba ser compensada por parte de la entidad contratante, relacionada con el pago del arancel del producto, los derechos de participación y los derechos de explotación?

En caso de que alguna de las respuestas sea positiva se deberá determinar:

4. ¿Hay lugar a declarar la nulidad parcial del acta de fin de cuentas del contrato 280-2017 por haberse presentado un incumplimiento del contrato o un desequilibrio contractual, y, en consecuencia, debe proceder este Tribunal a realizar una liquidación judicial del contrato 280-2017?

5. ¿Tiene derecho la parte demandante al pago de las sumas de dinero que reclama en la demanda? ¿Se encuentran estas demostradas?

En caso de que alguna de estas preguntas se responda de manera negativa se deberá analizar:

6. ¿Hay lugar a reconocer los extra costos causados en razón del desequilibrio contractual en la ejecución del contrato 280-2017, en relación con el arancel del producto y los derechos de explotación y participación?

Lo probado

- El Estudio de Necesidad, Conveniencia y Oportunidad de la Industria Licorera de Caldas relacionado con la compra de mieles y alcoholes, consignó que el objeto de la contratación era suministrar hasta 1.000.000 de litros de alcohol tafias mínimo con un año de añejamiento según características y especificaciones técnicas exigidas por la ILC, puestas en la planta de producción de la Industria Licorera de Caldas; alcohol que debía tener las características y condiciones técnicas anexas, de conformidad con la ficha técnica de la ILC.

En este mismo documento se señaló cuáles eran los requisitos generales, los requisitos financieros habilitantes, el presupuesto estimado, las obligaciones del contratista, las

obligaciones de la Industria Licorera de Caldas, el lugar y plazo de ejecución, la forma de pago y la asignación y distribución del riesgo.

- Se presentó oferta económica por parte del Grupo Inverproyectos a la Industria Licorera de Caldas de la siguiente manera:

- Origen: San Pedro de Macorís, República Dominicana.
- Productos: Alcohol Tafia con Un (1) año de Añejamiento – Envejecido en Barricas de Roble Americano.
- Volumen: Hasta 1.000.000 de litros en Volumen Real.
- Entrega: Planta de Producción de la Industria Licorera de Caldas, Manizales, Colombia.
- Condiciones de Precio: Precio por litro en volumen real, con una graduación alcohólica del 70% (alc./vol).
- Precio: Precio DDP incluido IVA, US\$2.37 x litro de volumen real.
- Despacho: orden de compra en firme.
- Vigencia de la oferta: vigente durante el plazo de ejecución del contrato.

- La ILC expidió aceptación de la oferta que dio origen al contrato nro. 280-2017, cuyo objeto fue *“Suministrar hasta 1.000.000 de litros de alcohol tafias mínimo con un año de añejamiento según características y especificaciones técnicas exigidas por la ILC, puestas en la planta de producción de la Industria Licorera de Caldas”*.

En el contrato, además, se dispuso lo siguiente:

- Plazo de ejecución: desde el cumplimiento de requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato y hasta el 30 de septiembre de 2017.
- Lugar de ejecución: el alcohol tafias con un año de añejamiento será producido en las instalaciones de la planta de añejamiento del proveedor. El producto será transportado por cuenta y riesgo del contratista y puesto en las instalaciones de la Industria Licorera de Caldas, zona de descargue de Alcoholes.
- Forma de pago: en forma parcial conforme el suministro entregado.
- Condiciones de pago: El pago se realizará por la cantidad de alcohol recibida, la cual es corroborada por un medidor de nivel ubicado en el tanque de descarga.

Se fija el valor total del contrato en DOS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL DOLARES (USD 2.370.000) VALOR UNITARIO POR LITRO DE ALCOHOL TAFIAS CON UN AÑO DE AÑEJAMIENTO: DOS DOLARES CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS (USD 2.37).

En todo caso el valor del contrato será finalmente el que resulte de multiplicar el valor unitario por litro de alcohol tafia añejo de un año, por el mayor volumen posible recibido en la planta de la ILC, el cual para efectos cambiarios se pagará de acuerdo al respectivo TRM del día de pago, suma calculada en una tarifa TRM de protección proyectada de tres mil ciento cuarenta pesos moneda legal (\$3.140), el anterior tope calculado es estimado en dólares hasta la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL DOLARES (USD 2.370.000). Si se llegase a presentar un mayor valor en pesos por dólar de acuerdo a la TRM de la fecha estimada para pago, con relación a la tarifa límite de protección proyectada de TRES MIL CIENTO CUARENTA PESOS (\$3.140) la ILC realizará la adición económica respectiva, al ser esta circunstancia cambiaria exógena a la voluntad o control del contratante y el contratista.

En virtud del fenómeno natural de reducción de cantidad de alcohol, de acuerdo a la relación de pesos, densidad y temperatura presentadas al momento del descargue y margen de calibración de la báscula de la ILC, cuando se presente una diferencia faltante mayor a 0.5% entre el volumen despachado por el contratista y el recibido por la ILC, éste será asumido por el contratista.

El pago podrá realizarse en pesos colombianos, o en dólares americanos, siempre y cuando el contratista cumpla con los requisitos establecidos por el Banco de la República para el efecto.

- El contrato nro. 280-2017 fue adicionado y prorrogado el día 13 de septiembre de 2017, para modificar su plazo inicial hasta el 30 de junio de 2018, y para aumentar su valor a la suma de \$10.418.520.000 para suministrar 1.400.000 litros de alcohol tafia mínimo con un año de añejamiento.

- Reposo documento que data del 18 de septiembre de 2017, suscrito por el representante legal del Grupo Inverproyectos dirigido al gerente de la ILC, mediante el cual se manifestó que en virtud de la adición y prórroga al contrato era necesaria la reevaluación del valor de compra obedeciendo a que la oferta inicialmente enviada por la empresa el día 13 de mayo de 2017 tenía una vigencia definida que había expirado. Aunado a que al momento de la cotización del producto se calculó con una partida arancelaria del 5% la cual al momento de ingresar el producto al país fue modificada por la DIAN a un 15%, generando un desbalance del contrato.

- El contrato nro. 280-2017 fue prorrogado nuevamente el día 18 de junio de 2018 para ampliar su plazo hasta el 30 de julio de 2018.
- El Grupo Inverproyectos presentó el día 15 de febrero de 2019 ante la ILC derecho de petición mediante el cual solicitó se modificara el acta de fin de cuentas del contrato para incluir el reconocimiento y pago de la suma de \$1.697.442.717, correspondiente a la cantidad de dinero total del desequilibrio económico reclamado.
- A través de documento ILC-0255 del 6 de marzo de 2019 se dio respuesta al anterior derecho de petición indicando que el acta de fin de cuentas del contrato 280-2017 se mantenía tal y como se dio a conocer, y que sería firmada el día 12 de marzo de 2019 a las 9:00 a.m. en la sede de la ILC.
- El acta de fin de cuentas del contrato nro. 280-2017 fue firmada el día 12 de marzo de 2019, y en ella, en el acápite “declaraciones de paz y salvo” se consignó lo siguiente:

El contratista Grupo Inverproyectos y CIA S.A.S deja consignado en la presente acta que con fecha 15 de febrero de 2019 presentó ante la Industria Licorera de Caldas Derecho de petición en el cual propone una solicitud de liquidación bilateral del contrato en la cual solicita un restablecimiento del equilibrio económico por cuando se alega que se produjo un desequilibrio en tres puntos fundamentales que tienen que ver con: 1. El arancel del producto. 2. Los derechos de explotación. 3. Los derechos de participación. Petición debidamente soportada en 411 folios.

El día 6 de marzo de 2019 en comunicación dirigida al apoderado del contratista, Campo Elias Rocha Lemus, el Gerente General de la Industria Licorera de Caldas, Luis Roberto Rivas Montoya, da respuesta al contenido del Derecho de Petición presentado el día 15 de Febrero de 2019 al que se hace mención, en el cual el Gerente General antes mencionado, manifiesta que: lo facturado en su momento por parte de la ILC, una vez recibido el producto a entera satisfacción fue alcohol rafia; el error en la declaración de importación debe asumirlo quien lo cometió puesto que existe un principio jurídico que reza “nadie puede alegar su propia culpa” se considera pertinente expresar que esta reclamación no se debe dirigir a esta compañía, pues la ILC carece de competencia para el recaudo de este dinero.

En relación con los derechos de explotación, el Gerente General manifiesta igualmente que estos se constituyen en un gravamen a favor de las Rentas del Departamento de caldas, dinero que a su vez es recaudado por la Oficina de Rentas Departamentales, por consiguiente no es de la competencia de la ILC pronunciarse de fondo sobre este hecho.

En relación con la reclamación referente a los derechos de participación, el Gerente General dio respuesta manifestando: Respecto a este punto la ILC ve con extrañeza y se pregunta por qué manifiesta el peticionario que el alcohol entregado a esta compañía es un alcohol crudo; recordemos que lo contratado y cancelado fue alcohol tafía con un año de añejamiento. Se debe reiterar que estos

recursos no son cobrados por la ILC. Si el proveedor considera que está exento del pago de este gravamen, deberá dirigir su solicitud de devolución de pago a la Gobernación de Caldas, mas no a la Industria Licorera de Caldas, que como fue manifestado con anterioridad carece de la facultad de ser agente retenedor.

Con fundamento en las anteriores declaraciones el contratista manifiesta que queda pendiente la solicitud de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato la cual asciende a 1.697.442.717 (mil seiscientos noventa y siete millones cuatrocientos cuarenta y dos mil setecientos diez y siete pesos) mas los intereses moratorios correspondientes desde la fecha en que debió haberse realizado este pago.

La Industria Licorera de Caldas, manifiesta en relación con lo antes mencionado que el contratista decide si lleva a cabo, ante la entidad competente, el cobro de los dineros antes mencionados, ya que la ILC no tiene injerencia en estos dineros cancelados por el contratista.

En consecuencia, las partes contratantes proceden a firmar la presente acta.

- En este proceso rindieron declaración, por petición de la parte demandada, las señoras Ángela María Arango Gartner, Martha Liliana Torres Martínez y María Eugenia Benavides González, todas empleadas de la ILC. Su testimonio será relacionado más adelante.

- Rindió interrogatorio de parte el representante legal del Grupo Inverproyectos. Su interrogatorio será relacionado en acápite pertinente.

Primer problema jurídico

¿En el contrato nro. 280-2017 celebrado entre la parte demandante y la Industria Licorera de Caldas se pactó la entrega del producto bajo los términos DDP de Incoterms, incluye en estas obligaciones las contribuciones, impuestos o tasas territoriales?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que la oferta que presentó el Grupo Inverproyectos, que fue aceptada por la ILC y dio origen al contrato 280-2017, sí se realizó en términos Incoterms DDP, lo cual generaba para el contratista la obligación de asumir todos los costos y gastos para llevar el alcohol a la planta de producción de la Industria Licorera de Caldas, que era el lugar de entrega, entre ellos el arancel y los derechos de explotación y participación, si es que debían ser pagados.

Alega la sociedad demandante que en este caso tuvo que asumir unos costos de ejecución del contrato como el pago de arancel por un porcentaje mayor al cotizado, y de unos derechos de participación y explotación, lo cual ocasionó un desbalance financiero del negocio jurídico que debe ser resarcido por la demandada.

Por su parte, la ILC argumenta que la oferta presentada por la sociedad demandante fue en términos Incoterms DDP, y así se aceptó, lo cual implica la mayor responsabilidad del vendedor al tener que asumir todas las obligaciones logísticas y aduaneras hasta la entrega del producto en el destino final. Sumado a que los derechos de participación y explotación los recauda el departamento de Caldas, por lo que en caso de existir inconformidad con el pago de los mismos no se debe proceder a reclamar a la accionada sino al ente territorial. Para resolver la forma en que se contrató el alcohol por parte de la ILC, se hará alusión a los documentos contractuales, empezando por el Estudio de Necesidad, Conveniencia y Oportunidad que realizó la Industria Licorera en el cual se plasmó como objeto de la contratación *“Suministrar hasta 1.000.000 de litros de alcohol tafias mínimo con un año de añejamiento según características y especificaciones técnicas exigidas por la ILC, puestas en la planta de producción de la Industria Licorera de Caldas”*(subrayado Sala de Decisión).

En el acápite de lugar y plazo de ejecución se consignó en este mismo documento: *“El alcohol tafias con un año de añejamiento será producido en las instalaciones de la planta de añejamiento del proveedor. El producto deberá ser transportado por cuenta y riesgo del contratista y puesto en las instalaciones de la Industria Licorera de Caldas, zona de descargue de alcoholes”*. (subrayado fuera de texto).

En cuanto a la asignación y distribución del riesgo se dispuso en el mencionado estudio lo siguiente:

DETERMINACIÓN	ASIGNACIÓN
Incremento de precios: <ul style="list-style-type: none"> • Aumento de precio de las materias primas requeridas para producir bienes solicitados por la ILC • Cambios en la legislación tributaria o laboral • Aumento de los costos de transporte (cuando este costo lo asume el contratista). 	Contratista 100%
Riesgo país y político (...)	Contratista 100%
Riesgo ambiental (...)	Contratista 100%
Riesgo económico	Contratista 100%

La oferta económica presentada por el Grupo Inverproyectos a la Industria Licorera de Caldas teniendo en cuenta ese estudio plasmó, entre otros aspectos, los siguientes:

- Productos: Alcohol Tafia con un (1) año de añejamiento – envejecido en barricas de roble americano.
- Volumen: hasta 1.000.000 de litros en volumen real.
- Entrega: Planta de producción de la Industria Licorera de Caldas, Manizales, Colombia.
- Condiciones de Precio: Precio por litro en volumen real, con una graduación alcohólica del 70% (alc/vol).
- Precio: Precio DDP incluido IVA, US\$2.37 x litro de Volumen real.

En la carta de presentación de la oferta que fue firmada por el representante legal de Inverproyectos se declaró, bajo la gravedad de juramento, lo siguiente:

1. "Que ejecutaremos el contrato al precio y en el plazo señalado en las condiciones contractuales y técnicas exigidas en el contrato y en la solicitud de oferta expedidos por la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS".

(...)

19. "Que para calcular el precio ofrecido, hemos calculado todos los gastos, costos directo e indirectos, derechos, impuestos, tasas y demás contribuciones que se causen con ocasión de la presentación de la oferta, suscripción y ejecución del contrato, de acuerdo con las normas legales vigentes, ya que los mismo se entienden y se asumen por cuenta nuestra".

Procedió la ILC a aceptar la oferta presentada por el Grupo Inverproyectos lo que dio origen al contrato nro. 280-2017 cuyo objeto quedó plasmado como *"Suministrar hasta 1.000.000 de litros de alcohol tafias mínimo con un año de añejamiento según características y especificaciones técnicas exigidas por la ILC, puestas en la planta de producción de la Industria Licorera de Caldas"*.

El valor del contrato antes del IVA era de \$6.253.613.445, con un valor de IVA de \$1.188.186.554, para un total de \$7.441.800.000.

En el lugar de ejecución se señaló: *"El alcohol tafias con un año de añejamiento será producido en las instalaciones de la planta de añejamiento del proveedor. El producto deberá ser transportado por cuenta y riesgo del contratista y puesto en las instalaciones de la Industria Licorera de Caldas, zona de descargue de alcoholes".*

Y en las condiciones de pago se dispuso:

El pago se realizará por la cantidad de alcohol recibida, la cual es corroborada por un medidor de nivel ubicado en el tanque de descarga.

Se fija el valor total del contrato en DOS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL DOLARES (USD 2.370.000) VALOR UNITARIO POR LITRO DE ALCOHOL TAFIAS CON UN AÑO DE AÑEJAMIENTO: DOS DOLARES CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS (USD 2.37).

En todo caso el valor del contrato será finalmente el que resulte de multiplicar el valor unitario por litro de alcohol tafia añejo de un año, por el mayor volumen posible recibido en la planta de la ILC, el cual para efectos cambiarios se pagará de acuerdo al respectivo TRM del día de pago, suma calculada en una tarifa TRM de protección proyectada de tres mil ciento cuarenta pesos moneda legal (\$3.140), el anterior tope calculado es estimado en dólares hasta la suma de DOS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL DOLARES (USD 2.370.000). Si se llegase a presentar un mayor valor en pesos por dólar de acuerdo a la TRM de la fecha estimada para pago, con relación a la tarifa límite de protección proyectada de TRES MIL CIENTO CUARENTA PESOS (\$3.140) la ILC realizará la adición económica respectiva, al ser esta circunstancia cambiaria exógena a la voluntad o control del contratante y el contratista.

En virtud del fenómeno natural de reducción de cantidad de alcohol, de acuerdo a la relación de pesos, densidad y temperatura presentadas al momento del descargue y margen de calibración de la báscula de la ILC, cuando se presente una diferencia faltante mayor a 0.5% entre el volumen despachado por el contratista y el recibido por la ILC, éste será asumido por el contratista.

El pago podrá realizarse en pesos colombianos, o en dólares americanos, siempre y cuando el contratista cumpla con los requisitos establecidos por el Banco de la República para el efecto.

En este documento también se explicó que las condiciones del contrato eran las contenidas en el Estudio de Necesidad, Conveniencia y Oportunidad, solicitudes de oferta y anexos, al verificarse que la oferta presentada cumplió con todos los requerimientos efectuados por la ILC.

Dentro del presente proceso se recibieron los testimonios de Ángela María Arango Gartner y Martha Liliana Torres Martínez, ambas empleadas de la entidad demandada, de los cuales se extrae lo siguiente:

Ángela María Arango Gartner: ingeniera química que trabaja en la ILC como profesional especializado - supervisora técnica, y tiene a cargo la parte técnica de la ILC, especialmente el control de calidad. Realizó la supervisión del contrato 280-2017.

PREGUNTA: *¿el Grupo Inverproyectos fabrica ese tipo de alcohol o lo debe importar?*

RESPUESTA: *él no fabrica, ellos son, no sé si sea la palabra, comercializadores, el alcohol fue digamos añejado en República Dominicana, el origen de ese alcohol es República Dominicana.*

PREGUNTA: *¿entonces tenía que practicar o adelantar todas las gestiones necesarias para la importación de este producto?*

RESPUESTA: *sí señor, Inverproyectos actuaba como un intermediario, entonces ellos realizaban toda la importación y todos los trámites hasta llevar el alcohol a la ILC porque el alcohol fue comprado, o sea puesto en la ILC.*

PREGUNTA: *¿usted puede recordar, si es que lo sabe, cuáles eran esos términos en los cuales se contrató y que tiene que ver con los términos Incoterms; o sea el valor del producto venía incluido hasta la entrega a la bodega de la ILC con todos los gastos que incurriera?*

RESPUESTA: *sí señor, todo incluido; ellos nos cotizaron equis precio todo incluido, nosotros lo único que teníamos que hacer era recibirlo, analizarlo, si cumplía pues descargarlo, pero el valor que pagamos por el litro de alcohol era puesto en nuestro patio de alcoholes, ellos tenían que hacer el trámite de ahí para atrás, todo.*

PREGUNTA: *¿si por alguna razón para efectos de entregar este producto, alcohol, que requiere la ILC se tuviera que pagar impuestos de importación o de consumo, o cualquier otro tipo de impuestos, de acuerdo al contrato a quién le correspondía ese pago?*

RESPUESTA: *a Inverproyectos.*

PREGUNTA: *¿recuerda usted si en el contrato, si es que lo conoció, Inverproyectos manifestaba cuál era la tasa de importación para este producto?*

RESPUESTA: *no tengo conocimiento; lo único que tengo conocimiento es la cotización y la oferta presentada por ellos. Ellos cuando ofertaron pusieron litro de alcohol, determinada plata, no recuerdo exactamente cuánto nos costó el litro, puesto en la ILC, en ese valor no se discriminaba tanto de impuesto, tanto de importación, tanto de transporte, no, era un precio global al que nosotros comprábamos y les comprábamos a ellos.*

(...)

PREGUNTA: *me dijiste que respecto a ese contrato eras la supervisora. Como supervisora con respecto a ese contrato ¿qué le correspondía hacer a usted?*

RESPUESTA: *a mí lo que me correspondía era certificar que habíamos recibido todo el alcohol que habíamos contratado con las características técnicas de la ficha que hace parte del contrato, esa era mi función; y cuando llegaba la cantidad de alcohol y pasaban una factura lo que yo tenía que certificar era que ese alcohol facturado yo lo había recibido a satisfacción, y ya esa factura la pagaban en tesorería.*

PREGUNTA: *¿usted verificaba que era el tipo de alcohol que necesitaban y la cantidad que llegaba?*

RESPUESTA: *exacto, y no más*

PREGUNTA: *¿usted a quién le entregaba esa información internamente, es un soporte para otra división; a quién se la enviaba?*

RESPUESTA: entonces yo ya cuando recibía ese alcohol y certificaba que era la cantidad y cumplía con las especificaciones, yo lo certificaba al área financiera.

PREGUNTA: ¿y ya el área financiera se encargaba de ahí en adelante de lo que es la parte económica?

RESPUESTA: sí Señor, así es el flujo

Martha Liliana Torres Martínez: administradora de empresas. Se desempeña en la ILC como Gerente Financiera y administrativa

PREGUNTA: ¿usted supo o tuvo conocimiento de un contrato que celebró Inverproyectos con la Licorera de Caldas?

RESPUESTA: sí señor, claro, por supuesto; dentro de mis funciones está suscribir los documentos.

PREGUNTA: ¿usted conoció del contrato 280 – 2017 del 30 de mayo de 2017?

Respuesta: sí señor

PREGUNTA: si dice que lo conoce, nos puede decir, a grandes rasgos ¿en qué consistía este contrato?

RESPUESTA: bueno, ese contrato se trató de suministrar a la ILC hasta un millón de litros de alcohol tafia mínimo con un año de añejamiento, y para eso había una ficha técnica. Y las condiciones era puesto en la planta de la Industria Licorera. Esto pues en términos comerciales se denomina DDP; DDP es una compra donde el vendedor digamos que cubre al máximo todas las responsabilidades de la mercancía, incluye todos los trámites aduaneros, cubrir los gastos de transporte hasta el sitio donde se acuerda, que para este caso es en la planta de producción, hacer todos los pagos de importación; y dentro de todos los componentes del contrato hay una serie de documentos donde establecen claramente, digamos el alcance, los riesgos del contrato y dentro de esos documentos se establece toda la carga impositiva.

PREGUNTA: ¿díganos si dentro de ese contrato, que dice usted conocer por razón de sus funciones, se celebró bajo unos términos que se denominan DDP?

RESPUESTA: sí señor.

PREGUNTA: ¿específicamente en el contrato quedó estipulado eso?

RESPUESTA: bueno, digamos que hay varios momentos dentro del contrato donde se habla de la forma de entrega y dice puesta en planta de producción. La contratación tiene varios documentos que hacen parte integral del contrato, uno es el estudio de conveniencia que allí se habla que la compra se hace entregada en planta de producción; hay otro documento que es la oferta que hacen las firmas, y en este caso la oferta del Grupo Inverproyectos dice precio DDP incluido el IVA, entonces digamos que se confirma.

PREGUNTA: ¿o sea, en la misma oferta que hace Inverproyectos manifiesta que es en términos DDP?

RESPUESTA: es correcto, sí señor

PREGUNTA: para que el proceso lo conozca ¿Qué son términos DDP?

RESPUESTA: DDP es un término que se usa en comercio internacional y quiere decir que el vendedor cubre al máximo las responsabilidades de la mercancía; que el vendedor es quien se encarga de todos los trámites aduaneros; cubrir los gastos de transporte hasta el sitio que se acuerde, en este caso es la planta de la Industria Licorera; se encarga de hacer los pagos de importación y aduanas, es decir, él es responsable de la mercancía hasta que la entregue acá en planta.

PREGUNTA: ¿es decir, lo que se conoce como costo, seguro, flete más derechos de aduanas y todo colocado en bodega; o sea, en los términos DDP, según lo que usted manifiesta, va incluido en el precio del contrato todos los costos en que incurra el proveedor hasta la entrega en bodega, impuestos y de toda otra naturaleza?

RESPUESTA: sí señor, todo, todo.

PREGUNTA: Inverproyectos sostiene que al momento de celebrar el contrato habían pactado que el arancel de importación era del 5% y resulta que después, cuando fueron a ejecutar el contrato, eso subió al 15 % y eso le está generando un desequilibrio, ¿Qué sabe usted al respecto; efectivamente en el contrato se dijo que ese producto al importarlo tenía una tasa de importación del 5%?

RESPUESTA: no, no era de conocimiento mío, porque ellos en la cotización la presentaron con todo incluido que era precio DDP incluido el IVA a valor exacto; nunca se desagregó que contenía este precio, de hecho, cuando ellos presentan la oferta hay un documento que se llama carta de presentación de la oferta, donde ellos inclusive manifiestan en el numeral 19 (se consulta el documento que está en el CD a folio 681 página 49) "Que para calcular el precio ofrecido, hemos calculado todos los gastos, costos directos e indirectos, derechos, impuestos, tasas y demás contribuciones que se causen con ocasión de la presentación de la oferta, suscripción y ejecución del contrato, de acuerdo con las normas legales vigentes, ya que los mismos se entienden y se asumen por cuenta nuestra."

PREGUNTA: para completar la pregunta del supuesto desequilibrio que dice la parte demandante, que cuando suscribieron el contrato el arancel era del 5% y luego aparece el 15%, lo que le está generando un desequilibrio por el 10% adicional; la pregunta era ¿Estaba señalada en el contrato esa cláusula de que ellos asumían proveer ese alcohol siempre y cuando se tuviera como una condición de que la tasa de importación a la que ellos respondían era del 5%? ¿Quedó así en el contrato?

RESPUESTA: no Señor.

Germán Alejandro Garavito Cuestas; representante legal del Grupo Inverproyectos y CIA S.A.S. Rindió interrogatorio de parte del cual se extrae lo siguiente:

PREGUNTA: manifieste al despacho ¿cuál es el objeto social de la sociedad Grupo Inverproyectos?

RESPUESTA: nosotros dentro de nuestro objeto social tenemos, puntualmente para este caso, la comercialización de todo tipo de alcoholes, entre otros negocios que maneja la compañía.

PREGUNTA: ¿cuántos contratos tiene conocimiento que haya suscrito la sociedad Grupo Inverproyectos con la ILC?

RESPUESTA: con la ILC se suscribieron dos contratos; el contrato 431 del 2016, cuyo objeto era suministrarle a la Licorera tafias frescas; y el contrato del cual estamos hablando que es el 280 de 2017 de tafias con un año de añejamiento; el primero de 6.800.000 litros y el segundo en su principio de 1.000.000 de litros, adicionado a 1.400.000 litros

PREGUNTA: manifieste al despacho ¿quién fue el importador del alcohol en los contratos suscritos con la ILC?

RESPUESTA: el importador Grupo Inverproyectos

PREGUNTA: ¿indique al despacho como es cierto sí o no, que la sociedad Grupo Inverproyectos al momento de presentar la oferta a la ILC para la celebración del contrato 280 del 2017 no discriminó ningún tipo de estructura de costos?

RESPUESTA: se presentó una oferta con una tarifa en términos DDP, considerando que lo que se estaba ofertando era un alcohol tafia, definido en una partida de arancel distinta a la que nos tocó pagar al momento de la importación (...) No, no se discriminó, fue un precio global. Con la precisión que le indicaba en su momento cuando salió la convocatoria indicaba que el producto era tafia de un año de añejamiento clasificada en una partida arancelaria del 5% (...).

PREGUNTA: ¿en el contrato se especificó cuál era la tasa de importación de ese producto?

RESPUESTA: no Señor, en el Estudio de Necesidad y Conveniencia hablaba del producto tafia de un año de añejamiento.

PREGUNTA: ¿en el contrato o en esta oferta, en el documento de oferta, usted señaló cuál era la partida arancelaria del producto?

RESPUESTA: en el contrato, no señor.

PREGUNTA: indique al despacho ¿en qué términos Incoterms presentó la oferta la sociedad Grupo Inverproyectos y suscribió el contrato nro. 280 de 2017 con la ILC?

RESPUESTA: en términos DDP.

PREGUNTA: Doctor Alejandro, de manera breve nos puede indicar al despacho ¿qué significa el termino DDP

RESPUESTA: En términos generales, toda la responsabilidad está a cargo del importador hasta la entrega en las instalaciones de la Licorera del alcohol; sin embargo, amplío, en el momento en que cotizamos e hicimos la estructura de costos para poder darle la tarifa a la Licorera y poder cotizar se tuvo en cuenta la partida de tafias que no tiene que ver con ron, que es la partida 22089020, que contempla un arancel del 5%. Es claro que nosotros ofertamos una tarifa cerrada, tuvimos al momento de importar que ya nos fue asignado y fuimos favorecidos con el contrato y se suscribió al momento de la importación en aduanas nos cambiaron la tarifa y paso del 5 al 15%.

PREGUNTA: ¿indique como es cierto sí o no, que al momento de ingresar el producto a Colombia la sociedad Inverproyectos debió cancelar el arancel?

RESPUESTA: sí, por supuesto, nosotros debimos pagar en aduanas para la liberación del producto.

PREGUNTA: manifieste al despacho ¿en dónde debía entregar el producto la sociedad Inverproyectos a la ILC?

RESPUESTA: en la sede de la ILC en Manizales

PREGUNTA: ¿manifieste al despacho si ha sido requerido o sostenido conversaciones con rentas del departamento de Caldas

para el pago de impuestos, derechos de participación o explotación?

RESPUESTA: *nosotros con un correo electrónico que nos llegó de la ILC en diciembre del 2017 se nos informa que debemos entrar en contacto con la oficina de rentas del departamento porque nosotros somos introductores de alcohol potable, eso fue en diciembre de 2017.*

PREGUNTA: *¿pero han tenido conversaciones con rentas del departamento sobre el pago de esos impuestos?*

RESPUESTA: *posterior a ese correo recibido por la ILC entramos en contacto con la oficina de rentas del departamento*

Pregunta: *¿Diga cómo es cierto sí o no, que han hecho declaraciones de derechos de participación y explotación a rentas del departamento de Caldas por los productos suministrados a la ILC?*

RESPUESTA: *sí es cierto*

Las pruebas reseñadas permiten concluir que efectivamente la negociación del alcohol tafia mínimo con un año de añejamiento que suministró el Grupo Inverproyectos, el cual era requerido por la ILC, contemplaba que debía ser puesto en la planta de la Industria Licorera, lo que de entrada denota la asunción de costos y gastos por parte del vendedor.

Pero llegando más al detalle, se advierte que la oferta económica que fue presentada por esta sociedad hace mención a que el precio es DDP, lo que demuestra que se utilizó un término Incoterms, los cuales son empleados en las negociaciones internacionales y tienen por finalidad facilitar la venta de productos, ya que determinan las obligaciones o responsabilidades que en un compraventa asumen tanto vendedor como comprador en relación con precios, transferencia de riesgo, lugar de entrega del bien, responsable de contratar y pagar transporte, responsable de derecho aduaneros, impuestos, entre otros.

El término Incoterms DDP es internacional de comercio y se utiliza cuando el vendedor cubre al máximo las responsabilidades de la mercancía: realizar trámites aduaneros, cubrir los gastos de transporte (hasta dejarla en el destino acordado) y hacer los pagos de importación en aduana, como lo afirmó la ILC e incluso el representante legal del Grupo Inverproyectos, e implica la máxima responsabilidad para el vendedor en atención a que este se hace cargo de todas las obligaciones logísticas y tributarias que conlleven colocar el producto en el destino final, y en tal sentido se puede afirmar que se cumple la obligación de entregar la mercancía cuando se pone a disposición del comprador en el lugar convenido, lo que denota que el vendedor debe asumir todos los gastos, costos y riesgos necesarios de la distribución física de la mercancía hasta dejarla en libre disposición al comprador.

De lo anterior, para este caso concreto, efectivamente se desprende que todos los costos y gastos en que incurriera la sociedad Inverproyectos para poner en la planta de la ILC el alcohol tafia que fue contratado implicaba el tener que asumir todas las obligaciones, las contribuciones, impuestos o tasas territoriales. Y es que así lo manifestó la actora en la carta de presentación de la oferta, en la cual claramente consignó que se habían calculado todos los gastos, costos directos e indirectos, derecho, impuestos, tasas y demás contribuciones que se causaran con ocasión de la presentación de la oferta, suscripción y ejecución del contrato, **las cuales asumía por su cuenta**; incluso es diáfano que en la oferta económica al establecer el precio del alcohol este se determinó de manera global, sin entrar a discriminar qué incluía el mismo, y no hay prueba de que se haya informado a la demandada sobre los *ítems* que comprendía el precio.

Así las cosas, se concluye que por la forma en que se presentó la oferta y esta fue aceptada por la Licorera, Inverproyectos era el directo responsable de asumir todos los costos y gastos que conllevaran poner el alcohol contratado en el sitio convenido, y por ello el cálculo del precio del producto debió incluir todos esos conceptos de aranceles y derechos, si es que debían pagarse.

Por lo anterior, se declararán probadas las excepciones denominadas “contrato celebrado en términos Incoterms DDP” y “derechos de participación y explotación a cargo del contratista”, propuestas por la ILC.

Segundo problema jurídico

¿Demostró la parte demandante que la Industria Licorera de Caldas incurrió en incumplimiento contractual durante la ejecución del contrato 280-2017, derivado de los pagos de suministro de alcohol sin tener en cuenta el total de los costos del producto entregado?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que la ILC no incurrió en incumplimiento del contrato, ya que el pago se realizó en los términos convenidos y sin efectuar descuentos diferentes a los de ley (IVA o Retención en la Fuente).

Alega la parte actora que la Industria Licorera de Caldas incurrió en incumplimiento contractual derivado de los pagos de suministro de alcohol porque no tuvo en cuenta el total de los costos del producto entregado en la empresa, resultando una diferencia de

utilidad o pérdida del ejercicio no cancelada por la demandada que se evidencia en cada uno de los 10 embarques.

La Industria Licorera de Caldas insiste en los términos DDP en que se contrató el suministro del alcohol tafia, y en el hecho que no incumplió de ninguna manera el negocio jurídico ya que realizó los pagos por el valor que correspondía y solo llevó a cabo las retenciones que le imponía la ley, como IVA y Retención en la Fuente.

Como preámbulo para resolver este problema jurídico, debe explicarse que se conoce como principio de equilibrio económico o ecuación financiera aquel que busca que, en todo contrato administrativo, valga la redundancia, la administración logre la realización de un fin de interés general, siendo el contrato el medio que utiliza para la alcanzar sus objetivos. Pero para ello necesita la colaboración de los particulares, quienes concurren como contratistas a la formación de un negocio jurídico persiguiendo un interés particular, este es, el de obtener un provecho económico o lucro que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual.

Se entiende entonces que este principio se dirige a: *“garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio². Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe mantenerse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no*

² El artículo 27 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración, preceptúa: “Artículo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.” Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.” Igualmente, en el artículo 5 numeral 1, bajo el título de los derechos y deberes de los contratistas e inspirado en la debida realización de los fines de la contratación pública prevista en esa ley (artículo 3º *ídem*), determinó que los contratistas tienen derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. Y, para garantizar la inalterabilidad e intangibilidad de la equivalencia financiera de las prestaciones del contrato, la citada ley otorgó a las partes el derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas; y si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. Así mismo, vid. Arts. 3, inc. 2, 4 n°. 3-8-9; 5-1, 14-1, 23, 25-14 y 28 *ibídem*.

desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución”³.

A pesar de la idea de mantener en los contratos estatales una correcta contraprestación entre derechos y obligaciones entre las partes existen factores que puede generar un desequilibrio económico del contrato alterando esa ecuación financiera, los cuales se originan por 3 causas: 1) actos o hechos imputables a la administración contratante; 2) actos de la administración ya no como contratante sino como Estado, analizados a luz de la teoría del hecho del príncipe; y 3) actos o hechos ajenos a las partes del contrato, o factores sobrevinientes, abordados generalmente desde la perspectiva de la teoría de la imprevisión, cada uno con una serie de presupuestos necesarios para su configuración.

Aunado a lo anterior, el numeral 1º del artículo 5 de la Ley 80 de 1993 da a entender que otra de las circunstancias que puede generar desequilibrio económico del contrato es por actos o hechos de la entidad administrativa contratante, “*como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato*” o introduce modificaciones al mismo, sean estas abusivas o no.

Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º de esta ley, los contratistas:

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

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

Con base en dicha norma, se ha entendido que el desequilibrio económico del contrato puede darse también cuando se presenta incumplimiento de la entidad contratante respecto a las obligaciones que esta ha contraído al momento de celebrar el negocio jurídico. Sin embargo, respecto a este tema, el Máximo Tribunal Administrativo en sentencia de la Sección Tercera - Subsección A del 3 de abril de 2020 -radicación número: 25000-23-26-000-2008-00107-01(41442) explicó su alcance así:

³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección B - C.P: Ruth Stella Correa Palacio, treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011) - radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

En lo que atañe a la figura del equilibrio económico del contrato, su primaria regulación se encuentra en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, que lo establece como una condición que debe reunir todo contrato estatal para garantizar la igualdad o equivalencia entre los derechos y las obligaciones mutuas derivadas del contrato, de suerte que, alterada o fracturada tal equivalencia o equilibrio, las partes deben proceder su restablecimiento⁴. La noción de equilibrio económico del contrato ha sido abordada por la jurisprudencia, en los siguientes términos:

El concepto del equilibrio económico o financiero del contrato nació de la jurisprudencia y de la doctrina como una necesidad de proteger el aspecto económico del contrato, frente a las distintas variables que podrían afectarlo para garantizar al contratante y al contratista el recibo del beneficio pactado. Respecto del contratista dicho equilibrio implica que el valor económico convenido como retribución o remuneración a la ejecución perfecta de sus obligaciones debe ser correspondiente, por equivalente, al que recibirá como contraprestación a su ejecución del objeto del contrato; si no es así surge, en principio, su derecho a solicitar la restitución de tal equilibrio, siempre y cuando tal ruptura no obedezca a situaciones que le sean imputables⁵.

Luego, el equilibrio económico se predica respecto de aquellas condiciones y contraprestaciones que las partes han pactado al celebrar el contrato, y en virtud de las cuales esperan recibir los beneficios y provechos mutuamente equivalentes que les otorgará la ejecución del objeto negocial –configurados precisamente bajo el principio de equivalencia de prestaciones⁶–.

En cuanto a las causas de la ruptura del equilibrio financiero del contrato, la jurisprudencia y la doctrina⁷ han clasificado sus causales en tres grupos esenciales, a saber: a) las que responden a los supuestos de la teoría de la imprevisión por ser, justamente, imprevisibles y ajenos a las partes, al Estado y al contrato; b) las causas configurativas del denominado “hecho del príncipe”, que resultan imputables a la entidad contratante que en ejercicio de sus funciones administrativas profiere una medida de carácter general que termina afectando a su propio contratista y siendo ajena al contrato, incide en él alterando gravemente la economía contractual; y c) los eventos del denominado “ius variandi”, referentes a las modificaciones unilaterales que la entidad estatal le realiza al contrato.

⁴ Así, el artículo 27 de la citada ley, establece: “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y formas de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar (...).”

⁵ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia de fecha 4 de abril de 2002. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Radicación N° 25000-23-26-000-1993-8775-01(13349)

⁶ Véase al respecto la sentencia de fecha 31 de agosto de 2011. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación N° 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

⁷ Véase, al respecto, la sentencia proferida por esta Subsección el 16 de septiembre de 2013, exp. 30.571; C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Asimismo, la sentencia del 14 de marzo de 2013, exp. 20.524, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. En doctrina, consultar, entre otros, Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Volumen II 1979, Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina; págs. 453 y 454.

Estas causales tienen como denominador común la imprevisibilidad y anormalidad del hecho que origina el desequilibrio, lo cual implica que, para que se reconozca el rompimiento de la ecuación económica se requiere que tal fenómeno no se haya originado dentro del margen de riesgo propio del contrato ni bajo las circunstancias previstas por las partes al distribuir, precisamente, los riesgos del objeto contractual, en las cláusulas del negocio jurídico⁸. En ese sentido, el rompimiento del equilibrio económico del contrato no se produce simplemente porque el contratista deje de obtener utilidades o porque surjan mayores costos en la ejecución de sus obligaciones, si estos son propios del álea normal del contrato o corresponden a las eventualidades o contingencias asumidas por las partes al celebrar el acuerdo de voluntades.

Ahora bien, como lo ha dicho la Sala en otras oportunidades⁹, dado que el incumplimiento de uno de los contratantes entraña, ciertamente, la afectación de los derechos de la parte cumplida, puede pensarse que el incumplimiento contractual de la administración da lugar al rompimiento del equilibrio económico del contrato, máxime cuando el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993 señala el incumplimiento como una de las causas de tal ruptura; sin embargo, el incumplimiento contractual debe manejarse con mayor propiedad, bajo la óptica de la responsabilidad contractual, por cuanto se trata de dos "...instituciones distintas en su configuración y en sus efectos"¹⁰, puesto que la responsabilidad contractual se origina en el daño antijurídico que es ocasionado por la parte incumplida del contrato, lo que hace surgir a su cargo el deber de indemnizar los perjuicios ocasionados en forma plena, es decir, que para el afectado surge el derecho a obtener una indemnización integral, lo que no sucede, como se verá, en todos los eventos de rompimiento del equilibrio económico del contrato¹¹.

Se concluye de la jurisprudencia trasuntada, la cual acoge esta Sala de Decisión, que una situación es el desequilibrio económico del contrato, el cual se puede ver menoscabado por el ejercicio de poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones externas a las partes; y otra es el incumplimiento contractual, el cual se origina en comportamientos antijurídicos de las partes del contrato y que se enmarcan dentro de la responsabilidad contractual, en la cual se debe acreditar no solo el deber obligacional incumplido sino además el nexo causal que tiene con los perjuicios que se reclaman.

⁸ Ver, entre otras, las sentencias proferida por el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A, el 23 de noviembre de 2017, exp. N° 25000-23-26-000-1999-02431-01(36865), el 30 de mayo de 2019, exp. N° 53875 (M.P. Marta Nubia Velásquez Rico) y el 20 de noviembre de 2019, exp. N° 23001-23-31-000-2008-00132-01(41934).

⁹ Sentencia del 31 de enero de 2019, exp. N° 25000-23-26-000-2003-00650-01(37910).

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de abril de 2005, expediente 28.616, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

¹¹ Sobre las diferencias entre el incumplimiento del contrato y el rompimiento del equilibrio económico del contrato, se pueden consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de marzo de 2014, expediente 29214, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 27 de enero de 2016, expediente 38449, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y sentencia del 13 de abril de 2016, expediente 46297, entre otras.

Como en primer momento se hizo mención a un incumplimiento del contrato, pasará esta Sala a estudiar lo relativo a esta súplica de la demanda, y referenciará el artículo 141 de la Ley 1437 de 2011 que establece lo siguiente:

Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley (subrayado fuera de texto).

Como se adujo, el incumplimiento del contrato se deriva de comportamientos antijurídicos de las partes en relación con las obligaciones pactadas, lo que da la posibilidad o de buscar la ejecución forzada de la obligación o la extinción del negocio, y pedir la reparación integral de los perjuicios que provengan del comportamiento contrario a derecho del contratante incumplido, en la medida en que se acrediten dentro del proceso.

Debe mencionarse también que no basta solo con alegarse el incumplimiento del otro contratante, sino que además se han establecido otros requisitos por la jurisprudencia para poder reclamar este incumplimiento. A modo de ejemplo, se cita sentencia de la Sección Tercera – Subsección B providencia del 17 de noviembre de 2016, radicado 25000-23-26-000-2002-01289-01(30692) en la cual se estipuló:

13.1. La Sala advierte que ante la solicitud de declaratoria de incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de los extremos del contrato, a la demandante le corresponde, por un lado, acreditar el cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo y, de otra parte, que su cocontratante incumplió las que le eran exigibles. Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado¹²:

16. Reitera la Sala¹³ que es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra,

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 24217, C.P. (E) Danilo Rojas Betancourth.

¹³ [3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2012, rad.050012325000199401059, exp.21.315, CP Danilo Rojas Betancourth.

efectiva y oportuna¹⁴, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).

17. En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda"¹⁵, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.

18. En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.

19. Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A. cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago¹⁶.

¹⁴ [4] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia de 3 de julio de 1963: "La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido".

¹⁵ [5] Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, Rad. 23001233100019970876301 (17.552), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁶ [6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 17552.

20. La Sala reitera¹⁷ que esa carga de la prueba que pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos¹⁸ tiene una doble dimensión:

Tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.

En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada ¹⁹ (subrayado fuera de texto).

En tal sentido, la carga de la prueba recae sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento; pero además se advierte que en los contratos sinalagmáticos tiene una doble dimensión, tal y como lo ha expresado la jurisprudencia.

En los términos expuestos, la prosperidad de la declaratoria de incumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios presupone que la parte que ejerce la acción con esa finalidad debe acreditar en el proceso que cumplió o que estuvo presto a cumplir sus obligaciones, pues solo así se abrirá la posibilidad de indagar si el otro extremo incurrió en el incumplimiento que se le endilga, sumado a que debe acreditar cuál fue el perjuicio que se causó con ese incumplimiento. Es decir, se deben reunir 3 elementos: i) el incumplimiento de una obligación emanada del contrato imputable a la administración pública; ii) el daño antijurídico sufrido por el contratista o la lesión de su derecho a la prestación; y iii) la relación o nexo de causalidad entre los dos anteriores. Es indispensable la comprobación de los tres, para deducir dicha responsabilidad.

¹⁷[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 17552.

¹⁸ [8] Artículo 1498 del C.C.: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...”

¹⁹ [9] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Exp. N.º 14.937. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

En la demanda la parte actora realizó un cálculo de la diferencia de utilidad que se generó en la ejecución del contrato de la siguiente manera:

número de Embarque	valor del costo del producto entregado por la ILC (COP)	total del ingreso pagado por la ILC a Inverproyectos (COP)	diferencia de utilidad o pérdida del ejercicio no cancelada por la ILC (COP)
1	\$ 1.697.683.213	\$ 1.545.470.603	\$ 152.212.610
2	\$ 1.684.797.611	\$ 1.473.816.075	\$ 210.981.537
3	\$ 1.639.304.342	\$ 1.462.587.697	\$ 176.716.646
4	\$ 1.658.795.410	\$ 1.482.907.354	\$ 175.888.055
5	\$ 1.411.198.799	\$ 1.228.772.503	\$ 182.426.296
6	\$ 1.349.990.691	\$ 1.227.974.817	\$ 122.015.874
7	\$ 1.607.743.253	\$ 1.403.676.248	\$ 173.212.527
8	\$ 1.581.078.516	\$ 1.403.676.248	\$ 177.402.268
9	\$ 1.495.791.538	\$ 1.422.682.791	\$ 73.108.747
10	\$ 1.691.076.216	\$ 1.437.598.058	\$ 253.478.158
Totales	\$ 15.817.459.589	\$ 14.120.016.872	\$ 1.697.442.717

Del anterior cuadro se puede afirmar que la parte actora no discriminó de manera clara de dónde provenía esa diferencia de utilidad, simplemente hizo alusión a la misma en valores totales y los imputó a un incumplimiento de la ILC en relación con los pagos, los cuales aduce se realizaron sin tener en cuenta el total de los costos del producto entregado en la planta.

Sin embargo, en el acápite relativo a la ruptura económica del contrato mencionó que esa diferencia de utilidad tiene su génesis en el pago de un arancel del 15%, que había sido calculado en un 5%; y de los derechos de explotación y participación, los cuales asevera no está en la obligación de cancelar por la calidad del alcohol que fue contratado y entregado.

En este punto debe recordarse, por ser de suma importancia, los términos en que se realizó la oferta por parte de Inverproyectos a la ILC y en los cuales se contrató la entrega del producto, DDP, lo cual se analizó en el anterior problema jurídico, pues esos costos a los que se hace mención (arancel y derechos de explotación y participación) debieron quedar incluidos en el valor del producto que se planteó en la oferta económica que presentó la demandante porque tenían que ser asumidos por el vendedor en el momento de legalizar la mercancía.

Incluso, es necesario resaltar que no se aprecia en el estudio de conveniencia que la demandada haya establecido valores referentes a aranceles o impuestos, pues como lo advirtió la señora Torres Martínez en su declaración, la ILC no saca un listado detallado de

los tributos que se debían pagar en ningún contrato, simplemente se indica de manera general que son los que apliquen, y cada interesado es quien entra a evaluar lo correspondiente y con base en ello construye sus propuestas.

PREGUNTA: *¿sírvese manifestar si la Industria Licorera le comunicó o le informó por algún medio a Inverproyectos, previo a la suscripción del contrato 280 del 2017 y durante su ejecución, que debía asumir y pagar como tributos derechos de participación y derechos de explotación; en caso afirmativo indique las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que esto acaeció?*

RESPUESTA: *si me permite, hay varios documentos dentro de lo que es el expediente, donde se manifiesta dentro de las responsabilidades y obligaciones del contratista, asumir en general, por su cuenta y riesgo, todos los gastos del desarrollo del contrato (...).*

PREGUNTADO: *la pregunta es si usted recuerda, porque usted puede no recordarlo, que la ILC le envió alguna información a Inverproyectos diciendo ustedes son responsables de esos derechos de participación y de algunos impuestos específicos, ¿usted recuerda que eso lo hizo la licorera?*

RESPUESTA: *no, nosotros en general no sacamos un listado detallado de todos los impuestos en ningún contrato, no tengo presente que hallamos hablado puntualmente de esos, en ningún contrato, simplemente se relaciona en general los impuestos que apliquen.*

PREGUNTA: *Para complementar esa pregunta ¿la razón por la cual ustedes no acostumbran a entregarle ese listado de impuestos y de aranceles o de tasas que tienen que pagar los proveedores; cuál es la razón?*

RESPUESTA: *pues digamos que no es una práctica, seguro que para que no pierda vigencia el formulario de contratación, digamos que no acostumbramos montar todo el detalle, ya cada interesado viene evalúa el sitio, evalúa la ciudad y con eso construye sus propuestas*

Se evidencia, además, que al momento de pagar el producto la ILC solamente descontó IVA y Retención en la Fuente, tal como se advierte de los documentos que dan cuenta de los desembolsos y los certificados expedidos por estos dos conceptos para los años 2017 y 2018 en relación con la sociedad demandante, sin que se advierta una deducción por concepto de arancel o de derechos de explotación o participación, como lo afirma la sociedad demandante.

Del testimonio de la señora Torres Martínez también se desprende lo anterior de la siguiente manera:

PREGUNTA: *ellos están sosteniendo que les hicieron una deducción o un descuento por esos derechos de explotación, ¿Eso es cierto?*

Respuesta: *No, no señor, desde la Industria Licorera los descuentos que se practicaron fueron estrictamente los impuestos de Estatuto Tributario, esto es, los de Reteiva, Retención en la Fuente.*

Pregunta: *¿Fue el único descuento que practicaron, retención en la fuente?*

RESPUESTA: *Los del estatuto Tributario*

PREGUNTA: *Ellos están haciendo referencia a otros descuentos que le hizo la Licorera ¿Entonces usted nos ratifica que es únicamente lo que tenía que ver con impuestos del orden nacional? Que en estricto sentido sería retención en la fuente*

RESPUESTA: *sí Señor*

Pero es que además debe tenerse en cuenta que el arancel, que es cierto al momento de la legalización del producto se estableció en un porcentaje del 15%, según lo consignado en las declaraciones de importación, nunca fue retenido ni descontado por la ILC sino que el mismo se determinó al momento de ingresar la mercancía al país, por lo que nada tuvo que ver la demandada con este concepto, ni para establecerlo, ni para descontarlo, ni para recaudarlo.

Así lo confirmó el representante legal de Inverproyectos al momento de rendir el interrogatorio de parte:

PREGUNTA: *¿indique como es cierto sí o no, que al momento de ingresar el producto a Colombia la sociedad Inverproyectos debió cancelar el arancel?*

RESPUESTA: *sí, por supuesto, nosotros debimos pagar en aduanas para la liberación del producto.*

Fue entonces la empresa contratista quien calculó ese arancel en un 5% según se indicó por el representante legal, al afirmar que cuanto realizaron la estructura de costos se tuvo en cuenta la partida tafias que no tiene que ver con ron, misma que contempla un arancel del 5%; pero que este porcentaje se modificó por la autoridad aduanera al encasillar el producto en otra subpartida arancelaria para la cual se establecía una tarifa del 15%.

Debe mencionarse también que la ILC nunca conoció en cuánto calculó el contratista el arancel al momento de presentar la oferta, porque el precio del alcohol se determinó de manera global, sin discriminar costos, y si al momento de realizar la importación efectivamente a tarifa era mayor o que la partida arancelaria no era la que se había considerado, es un aspecto que escapa por completo a la Industria Licorera no solo por los términos en que se realizó el negocio jurídico, sino porque ese sería un asunto propio de

discutirle a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, es decir, ajeno a este medio de control contractual.

Por otro lado, en cuanto al pago de los derechos de explotación y de participación se advierte que también es un asunto que escapa al fondo de este proceso, en el entendido que al igual que se concluyó con el arancel no fueron unos pagos recaudados o descontados por la ILC al momento de realizar los desembolsos a Inverproyectos. Y en caso que consideren que no eran sujetos pasivos de los mismos es una cuestión que debería discutirse con el departamento de Caldas quien es el encargado de cobrar y percibir esos derechos mencionados, los cuales además tiene que ver con la calidad del alcohol introducido al departamento.

Y es que se afirmó por el representante legal de Inverproyectos que ellos hicieron las declaraciones de los derechos de participación y explotación ante la unidad de rentas del departamento por los productos suministrados a la ILC; y esto demostraría que no fueron descontados por la demandada al momento de realizar los pagos.

Sumado a lo anterior, y en relación con esos derechos de explotación y participación, es necesario hacer énfasis en que por ello se considera innecesario en este proceso determinar la clase de alcohol que se suministró, esto es, si se trata de un alcohol crudo, como lo aduce la sociedad Inverproyectos, o de un alcohol tafia mínimo con un año de añejamiento, como lo afirma la ILC, respecto del cual explicó la profesional Arango Gartner se diferencia del crudo porque este no ha tenido añejamiento, y esa tafia contratada sí la tenía y era de un año.

Lo anterior, porque determinar ese aspecto no incide en el fondo de este asunto por la sencilla razón que esos derechos no fueron descontados por la ILC al momento de hacer el pago; y si los derechos no fueron incluidos en el precio de venta que ofertó la demandante y de manera posterior se dio cuenta que debía cancelarlos es una situación que no tiene que ver con un incumplimiento de la Licorera en relación con el contrato celebrado porque claramente no fue esta quien sorprendió con el recaudo de esos dineros, los cuales además, en dado caso, debían ser asumidos por el vendedor.

Lo anterior, refuerza aún más la decisión del despacho sustanciador del proceso de no practicar el dictamen pericial que solicitó la parte actora y fue decretado en la audiencia inicial, cuyo objeto era determinar las condiciones organolépticas y físico químicas del producto denominado tafia con un año de añejamiento y si correspondía a la

denominación ron joven, y si ese alcohol requería ser tratado para hacerlo potable y que pudiera ser utilizado en el producto final que es en una o varias de las presentaciones de Ron Viejo de Caldas, toda vez que el proceso no gira en torno a un aspecto fiscal o tributario atinente al pago de esos derechos, que son lo que tienen que ver con la calidad del alcohol, sino con analizar si el contrato pactó la entrega del producto con la inclusión en el precio de las contribuciones, impuestos o tasas territoriales, frente a lo cual se llegó a una respuesta positiva.

Aunado a que como se explicó por parte de la testigo Arango Gartner, ese alcohol tafia ya se utilizó por lo que no hay material para analizar; sin que pueda compararse con las características de otra tafia con un año de añejamiento porque las condiciones diferirán de las que tenía el que suministró la accionante, lo que llevaría a imprecisiones en sus características.

Se reseña del testimonio lo siguiente frente a este punto:

PREGUNTA: *para que lo conozca el expediente, ¿en qué se diferencia el alcohol que está entregándole el Grupo Inverproyectos con otro tipo de alcohol?*

RESPUESTA: *hay muchos tipos de alcoholes; ese alcohol específico es para elaborar rones, y nosotros lo llamamos tafia con un año de añejamiento; se diferencia de una tafia fresca o de una tafia cruda porque esa tafia no ha pasado por un barril, y cuando yo digo un año de añejamiento es que ese alcohol ha estado dentro de un barril durante un año, y ese era el que nosotros requeríamos (...)*

PREGUNTA: *de acuerdo a esas indicaciones ¿sírvase manifestar al despacho si este tipo de alcohol es apto para el consumo humano?*

RESPUESTA: *Sí señora, pero eso no lo dice la ficha, si este alcohol, o sea, ese alcohol que nosotros compramos, es un alcohol potable apto para el consumo humano. (...)*

PREGUNTA: *¿para obtener ese alcohol, se requiere de algún proceso?*

RESPUESTA: *claro, para obtener ese alcohol se requiere de muchos procesos; el primer proceso es la fermentación; el segundo proceso es la destilación; y el tercer proceso es el añejamiento. Por eso es un añejamiento de un año, por eso es una tafia de un año de añejamiento.*

PREGUNTA: *¿informe al despacho si la Industria Licorera una vez recibido este producto internamente está obligada a redestilarlo o reprocesarlo en sus instalaciones con el objeto de convertirlo en un alcohol potable para salir al público?*

RESPUESTA: *no, ese alcohol no se sometió a ningún proceso de destilación, ni de redestilación.*

PREGUNTA: *¿ese alcohol es un insumo para hacer qué en la Licorera? Nos puede explicar de manera de manera breve, con*

qué se mezcla o con qué otros elementos se hace para poder obtener el ron?

RESPUESTA: *el ron es una mezcla de tafias según el tipo de añejamiento y los años de añejamiento declarados; nosotros cómo preparamos nuestro ron con estas tafias, utilizamos esta tafia, otras tafias que nosotros tenemos añejadas, otros alcoholes potables y otras cosas que no les puedo decir, mezclamos y esa es nuestra formulación.*

PREGUNTA: *frente a la preocupación de la Doctora Esperanza, ¿hay algún proceso adicional o es un producto que simplemente se une a los demás para sacar el ron?*

RESPUESTA: *exacto, es un proceso de mezcla con otros alcoholes para sacar el ron; eso es en términos generales.*

PREGUNTA: *¿no es que ustedes hagan un proceso y vendan ese alcohol tafia con algún proceso adicional, ustedes lo que venden es ron?*

RESPUESTA: *sí Señor, lo que vendemos es ron.*

PREGUNTA: *¿Por favor manifieste si de acuerdo con el conocimiento técnico que usted ha manifestado que tiene, relacionado con el manejo de alcoholes y licores, el producto tafia con un año de añejamiento es denominado también como alcohol crudo o de los que se llaman comúnmente joven o que otra denominación tiene esa clase de producto?*

RESPUESTA: *La tafia con un año de añejamiento es diferente al alcohol crudo, ya lo expliqué anteriormente, el alcohol crudo es el que no ha tenido añejamiento y esta tafia sí tiene un año de añejamiento, o sea que es diferente. Alcohol joven no conozco ese término doctora.*

(...)

PREGUNTA: *¿para no confundirnos, se refiere al que la Licorera de Caldas le está comprando a esa empresa; entonces, ese tipo de alcohol que ustedes han denominado tafia tiene en el mercado o tiene desde el punto de vista científico otro nombre con el que se le pueda conocer?*

RESPUESTA: *mire, nosotros llamamos ese alcohol tafia con un año de añejamiento. Si usted va a comprar tafias en centro América, si va a comprar tafias en el Caribe, esas tafias con un año de añejamiento se podrían llamar rones jóvenes; qué es lo que pasa, que en el Decreto 1686 un ron está marcado con grados desde 35 hasta 50 grados (...)*

PREGUNTADO: *¿ese Decreto es de qué entidad?*

RESPUESTA: *Del Ministerio de Protección Social, emitido por el INVIMA. Si vamos a ser como puristas en la definición, el grado alcohólico de un ron está comprendido entre 35 y 50 grados, este alcohol fue comprado a 70 grados; qué es lo que pasa, que en el argot popular muchas veces a los rones, o tafias con más de seis meses de añejamiento hasta tres años les dicen rones jóvenes.*

(...)

PREGUNTA: *¿Ingeniera Ángela, nos puede indicar, dada su experiencia, si la ficha técnica de un alcohol tafia con un año de añejamiento es igual o pueden existir diferentes fichas técnicas?*

RESPUESTA: *Pueden existir infinitas fichas técnicas como infinitos alcoholes existen; todo depende del tipo de alcohol que uno añeje, el tipo de barril que lo haga, de primer uso, de segundo uso, si es roble americano, roble colombiano, roble francés; es decir,*

esa es la ficha para nosotros, lo que nosotros necesitamos para nuestro ron, pero no todas las tafias con un año de añejamiento tienen las mismas características, como le digo dependen de muchísimas cosas, a veces inclusive de dos barriles que fueron fabricados iguales se obtienen diferentes alcoholes, por eso uno no puede definir exactamente una tafia con un año de añejamiento.

PREGUNTA: *para que quede planteado como una prueba en el proceso; ¿esos eran los requerimientos del producto que ustedes necesitaban y para eso hicieron una ficha técnica?*

RESPUESTA: *exacto*

PREGUNTA: *¿Ingeniera, dada también su experiencia, en caso de realizar un análisis de las condiciones fisicoquímicas y organolépticas de una tafia de añejamiento tendrían los mismos resultados, o sea en la actualidad, al día de hoy, tendrían los mismos resultados de los análisis realizados en el año 2018 de esa tafias de un año de añejamiento suministrados por el Grupo Inverproyectos a la ILC?*

RESPUESTA: *pues es que esa tafia ya no existe Ana Carolina, eso ya, yo creo que no lo tomamos, hace mucho tiempo; pero si tú, o sea, si tu conservas una contramuestra de ese alcohol que llegó y la sacas y la analizas ahorita, siempre y cuando esté en botella, debe ser muy similar, si la metiste a un barril ya cambió todas las condiciones, y si la mezclaste mucho más.*

PREGUNTA: *¿quería saber si en la actualidad se podría realizar el análisis de las tafias suministradas por el Grupo Inverproyectos?*

RESPUESTA: *no, porque es que nosotros, por qué compramos esa tafia con un año de añejamiento porque la necesitamos para nuestra formulación de ron tradicional, eso fue en el 2017; no, ya va muy lejos, ya no existe, no hay existencia, ya estamos comprando nuevos, ya no lo gastamos, eso fue en el 2017 hasta mitad del año 2018, ya nos gastamos todo eso, no hay cómo hacer un análisis.*

Corolario de lo expuesto se puede manifestar que la forma en que la unidad de rentas del departamento de Caldas interpretó las ordenanzas que disponen el pago de los derechos de participación y explotación y clasificó el alcohol que suministró la demandante para determinar que debía cancelarlos no es de resorte de este proceso, pues nada tiene que ver la ILC con el pago de los mismos.

Así las cosas, para esta Sala no quedó acreditado el incumplimiento contractual al que alude la parte actora porque la Industria Licorera cumplió sus obligaciones contractuales en relación con el pago, ya que no se demostró que haya realizado descuentos por concepto de arancel, derecho de explotación y derechos de participación, como lo afirma la parte demandante, pues el tema del pago de estos dineros se produjo durante el trámite de legalización de la mercancía para poder ponerla en el lugar de destino acordado.

En consecuencia, se declarará probada la excepción “Inexistencia de descuentos o retenciones por parte de la ILC al contratista de derechos de participación, explotación y arancel del producto”.

Tercer problema jurídico

¿Demostró la parte demandante una ruptura del equilibrio financiero en la ejecución del contrato 280-2017 que deba ser compensada por parte de la entidad contratante, relacionada con el pago del arancel del producto, los derechos de participación y los derechos de explotación?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que la parte demandante tampoco acreditó el desequilibrio económico del contrato, toda vez que en el establecimiento de la tarifa del arancel y en la obligación de pagar los derechos de explotación y participación ninguna injerencia tuvo la ILC; sumado a que el Grupo Inverproyectos al momento de suscribir la primera prórroga y adición del contrato nada manifestó frente a una ruptura de la ecuación financiera del negocio jurídico.

La parte actora, como se ha expuesto, soportó el desequilibrio económico del contrato en el pago de un arancel en un porcentaje mayor al calculado, y de unos derechos de explotación y de participación que afirma no debieron ser cobrados por la calidad del alcohol suministrado, lo cual generó el tener que incurrir en unos costos que le generaron una menor utilidad.

Como se reseñó, el concepto de equilibrio económico del contrato ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte del Consejo de Estado, y es un término que se refiere a la correspondencia o equivalencia objetiva que se presenta en las prestaciones en los contratos estatales y que debe garantizarse a lo largo de su ejecución, para lo cual se deben adoptar las medidas que sean necesarias en aras de restablecer y conservar dicha igualdad de condiciones.

En todo caso, no debe perderse de vista que el concepto de equilibrio económico no supone necesariamente que el contratista no pueda sufrir pérdidas en la ejecución de un contrato estatal, pues aunque este es conmutativo y, por tanto sus prestaciones son equivalentes, como todo negocio jurídico lleva implícito un alea normal, que *“(…) como su nombre lo indica, puede conllevar el hecho de que alguna de las partes no reporte el beneficio o la utilidad que esperaba inicialmente con el negocio jurídico, bien porque la*

obra o el servicio resultó más oneroso de lo esperado –v.gr. para la entidad contratante–, o porque el contratista tuvo que incurrir en gastos y costos superiores a los proyectados y, por lo tanto, la ejecución del contrato no le reportó la utilidad esperada.”²⁰.

El equilibrio económico del contrato puede afectarse por factores externos a las partes, dando lugar a la *teoría de la imprevisión*, por la expedición de leyes o actos administrativos de carácter general en ejercicio legítimo de las potestades constitucionales y legales, los cuales han sido concebidos por la doctrina como *hecho del príncipe*, por otros actos o hechos de la entidad en desarrollo de una cláusula excepcional del contrato²¹, o por las sujeciones materiales imprevistas²².

Y ese desequilibrio económico da lugar al restablecimiento de la ecuación económica pactada al momento de proponer o contratar, según el caso, dependiendo de la causa del mismo. Esto es, si se trató del ejercicio del *imperium* del Estado o de una cláusula excepcional del contrato, será procedente no sólo equilibrar el contrato en relación con los costos y gastos en que se haya incrementado su ejecución o prestación, sino también el pago de la utilidad esperada por el contratista; mientras que si se generó por un hecho externo e imprevisible, las partes solo estarán obligadas a llevar al sujeto que sufre el desequilibrio a una situación de no pérdida, es decir, únicamente se reconocerán los gastos o costos extras en que haya incurrido el contratista en virtud del exceso o sobrecosto producido por la circunstancia imprevisible e irresistible, sin que sea posible cancelar la utilidad esperada, o si se trata de la administración, se reliquidará el valor del contrato, para efectos de que no se haga muy oneroso su cumplimiento.

En este caso la parte demandante no fundamentó el desequilibrio económico ni en la teoría de la imprevisión, ni en el hecho del príncipe, ni en las sujeciones materiales imprevistas, las cuales por demás debe decir la Sala tampoco se demostraron en el proceso. Lo único a lo que se hizo mención es al tener que asumir unos costos a los que no estaba obligado, incluido dentro ellos, los pagos aduaneros.

Incluso, si se analiza el tema del pago del arancel, debe mencionarse que no se hace alusión a que se haya proferido alguna ley o medida administrativa que modificara el valor del mismo, porque no fue la ILC la que estableció la tarifa, sino que fue el mismo contratista

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejera Ponente: Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz (E). Sentencia del 6 de mayo de 2015. Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00271-01(31837).

²¹ Mutis Vanegas, A. y Quintero Múnera, A., (2000), *La Contratación Estatal: Análisis y Perspectivas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, págs. 321 a 325.

²² Rodríguez R., L., (2005), *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Bogotá, Temis, pág. 402.

quien la calculó, indicándose que se cotizó en un 5% pero que al momento de ingresar la mercancía al país este porcentaje fue modificado por la DIAN a un 15% por un cambio de partida arancelaria. Es decir, en el establecimiento de esa tarifa nada tuvo que ver la demandada, y tampoco se hace mención a que esta se haya modificado a través de una norma que entró en vigencia durante la ejecución del contrato, sino que lo acaecido se relaciona con la selección de la partida arancelaria con la que se legalizó el producto importado.

Y es que también para resolver este problema jurídico se debe reiterar lo dicho por la Sala respecto a la forma en que se pactó el precio de la oferta, en el entendido que Inverproyectos debía asumir el valor de los costos que se generaran para entregar el producto en el lugar de destino; aunado a que en el cobro de este arancel y los derechos ninguna injerencia tuvo la accionada.

Pese a ello, en dado caso también es necesario advertir cuál era la oportunidad que tenía la parte demandante para alegar la ruptura del equilibrio económico cuando el contrato ha sido objeto de prórrogas y adiciones, que es lo que ocurrió en este caso.

En providencia del 29 de enero de 2018²³, el Máximo Tribunal Administrativo puntualizó que, en aplicación del principio de la buena fe, la oportunidad para efectuar las solicitudes, reclamaciones o salvedades en relación con los hechos generadores de un desequilibrio económico del contrato se concreta en el momento mismo en que se suscriben las prórrogas, adiciones y demás acuerdos que se supone están instituidos como mecanismos para restablecer el sinalagma contractual, siempre y cuando se haya hecho uso de aquellos, y no de manera posterior, incluso en la liquidación del contrato:

(...) es preciso, para que prospere una pretensión de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en virtud de cualquiera de las causas que pueden dar lugar a la alteración, que el factor de oportunidad no la haga improcedente.

En efecto, tanto el artículo 16 como el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 prevén que en los casos de alteración del equilibrio económico del contrato las partes pueden convenir lo necesario para restablecerlo, suscribiendo "los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar..."

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 29 de enero de 2018. Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00118-01(52666).

Luego, si las partes, habida cuenta del acaecimiento de circunstancias que pueden alterar o han alterado ese equilibrio económico, llegan a acuerdos tales como suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., al momento de suscribir tales acuerdos en razón de tales circunstancias es que deben presentar las solicitudes, reclamaciones o salvedades por incumplimiento del contrato, por su variación o por las circunstancias sobrevinientes, imprevistas y no imputables a ninguna de las partes.

Y es que el principio de la buena fe lo impone porque, como se sabe, la buena fe contractual, que es la objetiva, “consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”²⁴ (Se subraya).

En consecuencia, si las solicitudes, reclamaciones o salvedades fundadas en la alteración del equilibrio económico no se hacen al momento de suscribir las suspensiones, adiciones o prórrogas del plazo contractual, contratos adicionales, otrosíes, etc., que por tal motivo se convinieren, cualquier solicitud, reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impropia por vulnerar el principio de la buena fe contractual.

Esta postura es de vieja data en la Sección Tercera del Consejo de Estado y baste para confirmar lo dicho traer a cuento (...) la sentencia proferida el 23 de junio de 1992, Exp. 6032:

(...)

Dicha postura fue retomada posteriormente por la Subsección B de la Sección Tercera de ésta Corporación (...)²⁵

(...)

La Subsección C de la Sección tercera de ésta Corporación también acoge dicha posición al señalar:

“Pues bien, la Sala entiende que el término adicional no pudo causar una mayor permanencia en la obra imputable a la entidad, por varias razones:

En primer lugar, porque este lapso fue objeto de un contrato donde las partes expresaron su voluntad sobre las condiciones en que se continuaría ejecutando la obra, de manera que siempre que se suscribe un contrato adicional la voluntad de las partes

²⁴ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836. (La cita es del texto citado).

²⁵ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2011, Expediente 18080.

retorna a una posición de reequilibrio de las condiciones del nuevo negocio –como cuando se suscribió el contrato inicial-, porque tanto contratante como contratista tienen la posibilidad de suscribirlo o de abstenerse de hacerlo, y si ocurre lo primero, a continuación pueden establecer las nuevas condiciones del negocio.

(...)

Esto significa que es perfectamente posible modificar, de común acuerdo, en los contratos adicionales, los precios unitarios o globales del contrato a celebrar, bien para reducirlos o para incrementarlos, definición que cada parte valorará y seguramente concertará en función de los precios del mercado del momento. Claro está que si desde el negocio inicial el contratista se comprometió en alguna de sus cláusulas a mantener los precios, en caso de que se adicione el contrato, entonces la libertad de pacto se habrá empeñado desde esa ocasión, y a ella se atenderá la parte comprometida. En este mismo sentido ya ha expresado esta Sala que:

“... En este sentido, tampoco es aceptable, como lo afirma el actor, que por tratarse de un contrato adicional los precios unitarios debían ser los mismos del contrato inicial, so pretexto de que este aspecto era inmodificable.

“Este criterio es equivocado, porque bien pudo el contratista asumir una de estas dos conductas, al momento de celebrar los negocios: i) suscribirlos, pero con precios de mercado adecuados, es decir, renegociando el valor unitario de los ítems –en otras palabras, debió pedir la revisión del precio-, o ii) desistir del negocio, porque no satisfacía su pretensión económica, teniendo en cuenta que estaba vigente un impuesto que gravaba la actividad adicional que pretendía ejecutar.

“Es así como, si acaso se le causó un daño al contratista se trata de una conducta imputable a él, porque suscribió varios negocios jurídicos pudiendo desistir de ellos, cuando no satisfacían su pretensión económica²⁶.

“Por tanto, es inadmisibles que ahora, luego de celebrados y ejecutados los negocios jurídicos, en vigencia de leyes que claramente señalaban las condiciones tributarias del momento, solicite una indemnización por hechos imputables a la gestión propia, pues de haber sido precavido no se habrían generado las consecuencias que dice padecer.”

(...)

En estos términos, el actor pudo acordar nuevos precios, pero no lo hizo; y mal puede venir ahora, ante el juez, a pedirle que lo haga mediante una sentencia, cuando debió negociar en su momento este aspecto. Otra cosa sería que se alegara la materialización de la teoría de la imprevisión, por cuya virtud la alteración de las condiciones de un negocio, ya celebrado, por circunstancias

²⁶ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 octubre de 2003, Exp. 17.213 (La cita es del texto citado).

posteriores y ajenas a las partes, se hace difícil en su ejecución y cumplimiento, rompiendo la igualdad y el equilibrio del negocio. Pero este no es el caso, porque sin duda la suscripción de los dos contratos adicionales -tanto el de valor como el de plazo-, estaba precedido de las circunstancias que verdaderamente lo originaron, y fue sobre esas razones -conocidas por el contratista- que se pactó lo que consta en esos dos documentos.

En este horizonte, cada parte del negocio se hace responsable de aquello a lo que se compromete, y así mismo, mientras nuevas circunstancias no alteren el acuerdo, se considera que contiene en sí su propio reequilibrio financiero²⁷. (Líneas fuera de texto).

El contrato 280-2017 data del 30 de mayo de 2017 y su plazo de ejecución, en principio, iba desde el momento de legalización, 21 de junio de 2017, hasta el 30 de septiembre de ese mismo año.

El contrato fue objeto de una adición y prórroga el 13 de septiembre de 2017, momento en el cual se amplió el plazo hasta el 30 de junio de 2018, y se adicionó su valor en \$10.418.520.000 para suministrar 1.400.000 litro de alcohol tafia mínimo con un año de añejamiento.

Se encuentra derecho de petición que data del 18 de septiembre de 2017, mediante el cual la sociedad demandante indicó que para la adición era necesario reevaluar el valor de compra teniendo en cuenta que la oferta enviada en mayo de ese año ya había expirado. Aunado a que al momento de calcular el producto este se cotizó con una partida arancelaria del 5% la cual al momento de ingresar al país fue modificada por la DIAN por un 15%, generando un desbalance del contrato.

El negocio jurídico en junio de 2018 fue objeto de otra prórroga, pero solo en relación con el plazo, para ampliar el mismo hasta el 30 de julio de 2018.

Aunque frente al derecho de petición presentado por la parte demandante no se encuentra una respuesta por parte de la ILC, la Sala considera que Inverproyectos presentó la solicitud que mencionaba el tema del valor de los costos de manera posterior al momento en que se realizó la prórroga y adición nro. 1, que incluso fue la única que modificó el valor del contrato, cuando lo cierto es que esa manifestación la debió hacer en el momento de suscribir esa prórroga y adición, no de manera posterior. Y en el momento en que se firmó la prórroga nro. 2, la cual únicamente tuvo que ver con el plazo, nada mencionó, y solo

²⁷ Cita de cita: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 9 de mayo de 2012, Expediente 22087. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Expediente 27648.

hasta el momento de revisar el acta de fin de cuenta manifestó el tema del desbalance económico del contrato.

En ese orden de ideas, en concepto de esta Sala, y con fundamento en lo estudiado, se considera que no se presentó una ruptura del equilibrio financiero contractual en atención a que la parte actora no alegó que se haya presentado ni la teoría de la imprevisión, ni en el hecho del príncipe, ni en las sujeciones materiales imprevistas; aunado a que la manifestación en torno a un replanteamiento del valor del contrato se realizó luego de suscribirse la prórroga y adición.

Lo anterior conlleva a que se declare probada la excepción de “inexistencia del desequilibrio económico del contrato”.

Como en este caso no se advierte ni un incumplimiento del contrato ni un desequilibrio económico del mismo, por sustracción de materia, no se estudiarán los demás problemas jurídicos, los cuales estaban ligados a la prosperidad de alguno de los supuestos mencionados.

Conclusiones

Lo discurrido hasta el momento lleva a que esta Corporación determine que por la forma en que se presentó la oferta por parte del Grupo Inverproyectos, términos Incoterms DDP, esta sociedad debía asumir todos los costos generados para entregar el producto en el lugar de destino, entre ellos, el arancel y los derechos de explotación y participación; sin que se haya comprobado un incumplimiento del contrato por parte de la ILC o una ruptura del equilibrio económico del negocio jurídico.

En consecuencia, se declararán probadas las excepciones planteadas por la ILC denominadas “inexistencia del desequilibrio económico del contrato”, “derechos de participación y explotación a cargo del contratista”, “contrato celebrado en términos incoterms DDP” e “inexistencia de descuentos o retenciones por parte de la ILC al contratista de derechos de participación, explotación y arancel del producto”, lo que lleva a negar las pretensiones de la demanda.

Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, se condenará en costas a la parte demandante y a favor de la demandada, pero únicamente en lo atinente al rubro de agencias en derecho.

Lo anterior, porque si bien se exponen las normas en que se fundamentan las pretensiones, el supuesto fáctico no concuerda con la hipotética situación que señalan las disposiciones invocadas, según lo analizado por este Tribunal en los considerandos de la sentencia, lo que generó que sus pretensiones fueran negadas.

Ahora, atendiendo al criterio objetivo valorativo, como en este proceso no se advierte que se haya incurrido en expensas, es decir, en gastos durante el trámite del juicio relativos a notificaciones, pruebas, copias, entre otros; pero sí que la ILC se vio en la necesidad de vincular abogado para defender sus intereses, el cual actuó en las diferentes etapas procesales, lo que generó el tener que incurrir en pagos de honorarios, es procedente la condena en costas, pero solo a título de agencias en derecho, las que se tasan en un valor de \$50.923.281 (3% de la cuantía²⁸), de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, a favor de la Industria Licorera de Caldas y a cargo de la parte demandante.

Es por lo expuesto que la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por la **INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS** denominadas “inexistencia del desequilibrio económico del contrato”, “derechos de participación y explotación a cargo del contratista”, “contrato celebrado en términos incoterms DDP” e “inexistencia de descuentos o retenciones por parte de la ILC al contratista de derechos de participación, explotación y arancel del producto”, dentro del proceso de **CONTROVERSIA CONTRACTUAL** interpuesto por **GRUPO INVERPROYECTOS Y CIA S.A.S**, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, según lo expuesto en la parte motiva.

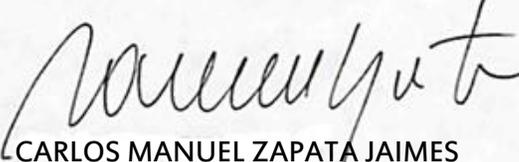
TERCERO: CONDENAR en costas, únicamente en lo atinente a agencias en derecho, al **GRUPO INVERPROYECTOS Y CIA S.A.S** cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$50.923.281 m/cte a favor de la Industria Licorera de Caldas.

²⁸ \$ 1.697.442.717

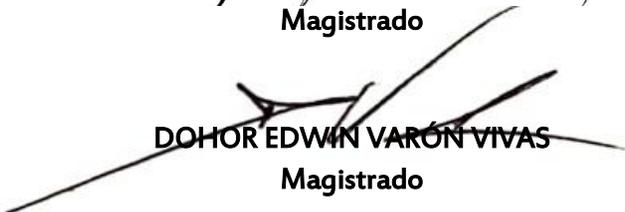
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 13 de abril de 2023, conforme acta nro. 016 de la misma fecha


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 062 del 17 de abril de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17001-33-33-002-2023-00063-02
CLASE	CUMPLIMIENTO DE NORMAS CON FUERZA MATERIAL DE LEY O DE ACTOS ADMINISTRATIVOS
ACCIONANTE	JUAN VICENTE BURITICÁ GRAJALES
ACCIONADO	MUNICIPIO DE RIOSUCIO - CALDAS

Procede la Sala Primera a desatar el Recurso de apelación, interpuesto por la parte accionante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el día 13 de marzo de 2023, dentro del proceso de la referencia, mediante el cual declaró improcedente la protección constitucional invocada por el señor Juan Vicente Buriticá Grajales, contra el municipio de Riosucio - Caldas.

PRETENSIONES

Se solicita por la parte actora se hagan las siguientes declaraciones:

"1) Que se ordene a la Secretaría de Movilidad (Tránsito) de RIOSUCIO (autoridad demandada) el cumplimiento de lo establecido en las normas mencionadas especialmente el artículo 159 del Código Nacional de Tránsito.

2) Que se ordene a la Secretaría de Movilidad (Tránsito) de RIOSUCIO que retire el (los) comparendos de la base de datos del SIMIT y demás bases de datos de infractores en cumplimiento de la prescripción.

3) Que se ordene a la autoridad de control competente, adelantar la investigación del caso para efectos de responsabilidades penales o disciplinarias".

HECHOS

La parte actora indicó que, la Secretaría de Movilidad de Riosucio, Caldas, le impuso el comparendo nro. 9999999000001657080 y luego emitió las resoluciones sancionatorias, pero nunca "inició" mandamiento de pago.

El organismo de tránsito pese a haber transcurrido más de tres años, se negó a aplicar la prescripción contemplada en el artículo 159 de la Ley 769 de 2002.

RESPUESTA A LA DEMANDA:

El municipio Riosucio - Caldas: al contestar la demanda indicó respecto de los hechos que, son ciertos precisando que, no se ha decretado la prescripción en virtud del acuerdo de pago No 0062 por deuda multa de tránsito del 18 de julio de 2018 suscrito entre el ahora accionante y el municipio, lo cual dio lugar a la interrupción del término de prescripción.

Respecto de las pretensiones manifestó que, se opone a todas y cada una de ellas, como razones de defensa propuso como excepciones:

Improcedencia por falta de constitución de renuencia como requisito de la ley 393 de 1997: señala que al accionante se le han respondido las peticiones que ha presentado sin acceder a las mismas, porque no hay fundamento para revocar la orden de comparendo o cesar el cobro coactivo, pues no hay lugar decretar la prescripción.

Improcedencia de la acción de cumplimiento por no encontrarse probado el perjuicio irremediable: la controversia que se plantea es de orden legal y subjetivo que debe resolverse través de otro medio de control; tampoco se configuró un perjuicio irremediable porque se le dio respuesta a la petición presentada.

Oposición a la prescripción: la ley cuyo cumplimiento se reclama, no contiene un mandato imperativo, indudable o inobjetable que sea ordenable cumplir a través de esta acción, pues se trata de una controversia particular.

Deber de recaudo y cartera pública: cita los artículos 140 de la ley 769 de 2002 y 828 del Estatuto Tributario para afirmar que, es deber de las entidades públicas salvaguardar el erario público y llevar a cabo las actividades tendientes a evitar perjuicios económicos y menoscabo patrimonial al Estado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez de conocimiento luego de hacer un recuento de los hechos de la demanda, de la normativa aplicable y la jurisprudencia sobre la procedencia de la acción de cumplimiento, señaló que como lo pretendido por el interesado es que se declare a través de esta acción constitucional el reconocimiento de un derecho a su favor, esto es, de carácter subjetivo y particular, no procede el medio de control de cumplimiento.

IMPUGNACIÓN

La parte actora en su escrito señaló que, la demanda no se encuentra en ninguna de las causales de improcedibilidad del artículo 9 de la Ley 393 de 1997; de igual forma, que no se tuvo en cuenta que, no era procedente recurrir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y al medio de control de nulidad simple, ni a la acción de grupo pues no se estaba pidiendo que se anulara una norma o que se protegieran derechos colectivos sino que precisamente se estaba pidiendo era que se cumplieran unas normas y el medio obvio e ideal para esto es precisamente el medio de control de cumplimiento y no otro.

Es por ello que solicita se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones, teniendo en cuenta que se cumplió con el requisito de renuencia.

CONSIDERACIONES

La acción de cumplimiento se encuentra consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política y desarrolla por la Ley 393 de 1997, la cual tiene como finalidad hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos, que se encuentran a cargo de la autoridad administrativa frente a la cual se reclame su consecución, pero tiene un carácter subsidiario, por lo que no procede cuando el accionante tiene o tuvo otro mecanismo judicial para lograr la materialización la norma o el acto incumplido.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a resolver el siguiente interrogante:

¿Es procedente el medio de control de cumplimiento para ordenar a la autoridad accionada el cumplimiento del artículo 159 de la Ley 769 de 2002 y en consecuencia se declare la prescripción de las obligaciones derivadas del comparendo nro. 9999999000001657080 que fuera impuesto al señor Buriticá Grajales?

Recaudo probatorio

- Al señor Buriticá Grajales se le impuso el comparendo nro. 9999999000001657080 por parte de la Secretaría de Transito del municipio de Riosucio – Caldas.

- Mediante Resolución de mandamiento de pago nro. 1599 se ordenó el pago de una obligación a favor del municipio de Riosucio – Caldas y a cargo del señor Juan Buriticá Grajales, con ocasión del comparendo nro. 9999999000001657080.
- Se aportó el acuerdo de pago nro. 0062 por deuda de una multa de pago celebrada entre el señor Buriticá Grajales y el municipio de Riosucio – Caldas.
- El 14 de febrero de 2023 el señor Buriticá Grajales elevó ante la Secretaría de Tránsito del municipio de Riosucio, Caldas, una petición en la cual puso de presente lo contenido en la Ley 393 de 1997, y señaló sobre la posible instauración de esta demanda ante la renuencia por parte del ente territorial de dar cumplimiento a las peticiones allí contenidas referentes a la aplicación de la prescripción de una infracción de tránsito con sustento en el cumplimiento de lo establecido en la constitución política Colombiana y el artículo 159 del Código Nacional de Tránsito Terrestre.
- Mediante oficio del 16 de febrero de 2023 la secretaria da respuesta al actor informándole que, no es posible aplicar la prescripción solicitada por cuanto el procedimiento se adelantó dentro de los términos indicados en la norma de tránsito, además de existir un acuerdo de pago.

Solución al problema jurídico planteado

Naturaleza de la acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento está instituida en el artículo 87 de la Constitución Política, como un mecanismo para que toda persona pueda *"acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una Ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido"*. En igual sentido, el artículo 1° de la Ley 393 de 1997 precisa que *"Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o actos administrativos"*.

Colombia es un Estado Social de Derecho y dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, teniendo en cuenta lo anterior y que las autoridades de la República están instituidas, entre otras cosas, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2° de la Constitución Política), la acción en estudio permite la realización de este postulado logrando la eficacia material de la ley y de los actos administrativos expedidos por las diferentes autoridades en cumplimiento de sus funciones públicas.

De este modo, la acción de cumplimiento constituye el instrumento adecuado para demandar de las autoridades o de los particulares que ejercen funciones públicas, y ante el inminente incumplimiento la efectividad de las normas con fuerza material de ley y de los actos administrativos.

Como lo señaló la Corte Constitucional *“el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo”*¹

Sin embargo, para que la acción de cumplimiento prospere, del contenido de la Ley 393 de 1997, se desprende que se deben acreditar los siguientes requisitos mínimos:

- Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1º)
- Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas que deba cumplir y frente a los cuales se haya dirigido la acción de cumplimiento.
- Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de formular la demanda, bien sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º).
- El artículo 8º señala que excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito *“cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable”*, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.
- Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo omitido, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia esta que hace procedente la acción. Por tanto, es improcedente la

¹ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1998. Magistrados Ponentes Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

acción que persigue la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela o se pretenda el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9º).

Ahora bien, la norma cuyo cumplimiento se exige establece:

ARTÍCULO 159. CUMPLIMIENTO. <Artículo modificado por el artículo 206 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La ejecución de las sanciones que se impongan por violación de las normas de tránsito, estará a cargo de las autoridades de tránsito de la jurisdicción donde se cometió el hecho, quienes estarán investidas de jurisdicción coactiva para el cobro, cuando ello fuere necesario.

Las sanciones impuestas por infracciones a las normas de tránsito prescribirán en tres (3) años contados a partir de la ocurrencia del hecho; la prescripción deberá ser declarada de oficio y se interrumpirá con la notificación del mandamiento de pago. La autoridad de tránsito no podrá iniciar el cobro coactivo de sanciones respecto de las cuales se encuentren configurados los supuestos necesarios para declarar su prescripción.

Las autoridades de tránsito deberán establecer públicamente a más tardar en el mes de enero de cada año, planes y programas destinados al cobro de dichas sanciones y dentro de este mismo periodo rendirán cuentas públicas sobre la ejecución de los mismos.

PARÁGRAFO 1. Las autoridades de tránsito podrán contratar el cobro de las multas que se impongan por la comisión de infracciones de tránsito.

PARÁGRAFO 2. Las multas serán de propiedad exclusiva de los organismos de tránsito donde se cometió la infracción de acuerdo con su jurisdicción. El monto de aquellas multas que sean impuestas sobre las vías nacionales, por parte del personal de la Policía Nacional de Colombia, adscrito a la Dirección de Tránsito y Transporte, se distribuirá en un cincuenta por ciento (50%) para el municipio donde se entregue el correspondiente comparendo y el otro cincuenta por ciento (50%) para la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional, con destino a la capacitación de su personal adscrito, planes de educación y seguridad vial que adelante esta especialidad a lo largo de la red vial nacional, locaciones que suplan las necesidades del servicio y la construcción de la Escuela de Seguridad Vial de la Policía Nacional.

Como se advierte en la norma en cita, la finalidad de la acción de cumplimiento es hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, pero a través de esta acción no es posible ordenar ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que

contienen prescripciones que se caracterizan como deberes legales -normas- o deberes administrativos -actos administrativos- que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional, que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un mandato "*imperativo e inobjetable*" en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997.

Es decir, que para que proceda la acción de cumplimiento el mandato cuyo cumplimiento se exige debe ser claro en la medida que su obediencia no implique que el juez constitucional tenga que abordar análisis de legalidad de otras normas o actos administrativos a la hora de definir su procedencia, porque dicho estudio escapa a la órbita del juez de cumplimiento, y debe ser expreso porque el mandato que se pide cumplir tiene que constar en una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo y, actualmente, exigible porque se trata de hacer respetar el ordenamiento jurídico, entonces, no podrá el juez constitucional disponer el acatamiento de mandatos que ya no estén vigentes.

Por otro lado, el medio de control de cumplimiento de normas es residual, es decir, solo opera cuando para obtener el derecho reclamado no exista otro medio de control ordinario, a menos que esté de por medio un perjuicio irremediable.

Análisis del caso concreto

En el presente caso, de las pruebas aportadas a la actuación se evidencia que, el trámite administrativo objeto de inconformidad no es posible solucionarlo a través de este medio expedito y residual, en tanto que, el mandato inobjetable frente al término de prescripción en las infracciones de tránsito no se aplica de puro derecho, por el contrario, la decisión de declarar la prescripción de una infracción de tránsito, precisamente expresa la voluntad de la administración, que debe ser revisada a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demanda frente a la cual se puede solicitar medidas cautelares incluso urgentes, por lo que hace que este medio de control sea adecuado y eficiente.

No es posible a través del medio de control de cumplimiento, exigir a una autoridad que haga una declaración de esa naturaleza, frente a cuya petición puede presentarse dos eventos, que no se responda, caso en el cual puede ejercerse una tutela para exigir la respuesta, y si ya se respondió pero negó, el medio de control es el de nulidad y

restablecimiento del derecho, esto es, de ninguna forma cabe este medio de control para pretender se declare la prescripción de la acción de obro de una multa de tránsito.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra esta Sala que la acción de cumplimiento no es la vía idónea para el logro de lo pretendido, puesto que el argumento preponderante de la parte actora conlleva necesariamente a que se estudie el trámite adelantado por la Secretaría de Tránsito de Riosucio - Caldas, para determinar si aplica o no a la particular situación de la accionante y la legalidad de los actos administrativos mediante la cual se impone las sanciones, se libra mandamiento de pago y se establece un acuerdo de pago, con lo cual se presenta una controversia legal entre las partes que no es definible a través del medio de control de cumplimiento.

De suerte que, era dable para el actor cuestionar en sede judicial la actuación de la administración la sanción que le fuera impuesta, el mandamiento de pago librado en su contra y el acuerdo de pago que suscribió con la entidad territorial; circunstancia que automáticamente desplaza la acción de cumplimiento en razón a su carácter subsidiario, impidiendo su ejercicio de primera mano para el logro de propósitos que cuentan con unas herramientas judiciales destinadas para ello.

En este orden de ideas, contrario a lo considerado por el actor en el recurso de apelación, efectivamente el medio de control procedente es el de nulidad y restablecimiento del derecho para discutir lo que pretende por este medio de control, de cara a lo dicho, el actor contaba por excelencia con otro mecanismo de defensa y por tanto la acción de cumplimiento se torna improcedente, especialmente cuando no se demostró el acaecimiento de un perjuicio irremediable el cual debe ser grave, inminente e impostergable que conlleve a la adopción de medidas urgentes.

En conclusión, tal y como lo consideró el juez de primera instancia, no se encuentra cumplida la condición de procedibilidad del medio de control, en tanto, resulta palmario para esta Sala que cuenta con otra vía judicial para ventilar las pretensiones que se presentan en este medio de control.

Todo lo anterior lleva a que esta Sala de Decisión, sin necesidad de mayores elucubraciones, confirme la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 13 de marzo de 2023, dentro de la presente acción de

17001-33-33-002-2023-00063-02 cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos

Sentencia 052
Segunda Instancia

cumplimiento instaurada por Juan Vicente Buriticá Grajales contra municipio de Riosucio - Caldas.

Costas

De conformidad con lo consagrado en el artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas.

Por lo expuesto, La Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, de fecha 3 de marzo de 2023, dentro de la presente acción de cumplimiento instaurada por Juan Vicente Buriticá Grajales contra municipio de Riosucio – Caldas.

SEGUNDO: EJECUTORIADA esta sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 13 de abril de 2023, conforme acta nro. 016 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

17001-33-33-002-2023-00063-02 cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos

Sentencia 052
Segunda Instancia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 062 del 17 de abril de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17-001-33-33-004-2016-00279-02
CLASE	EJECUTIVO
ACCIONANTE	MARGARITA VELÁSQUEZ RAMÍREZ
ACCIONADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Procede la Sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a proferir sentencia de segunda instancia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 05 de mayo de 2021, dentro del proceso ejecutivo de la referencia, que ordenó seguir adelante con la ejecución.

PRETENSIONES

1. Solicitó se libre mandamiento de pago en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, y a favor de la señora Velásquez Ramírez, por la suma \$15.481.248.00, por concepto de reliquidación de pensión de jubilación, teniendo en cuenta los factores salariales del Decreto 1653 de 1977.
2. Se pidió librar mandamiento de pago por valor de \$1.128.119.00, derivado de la indexación correspondiente a los ajustes de valor sobre las sumas que resultaron a favor de la demandante, respecto del periodo comprendido entre el 01 de junio de 2014 (fecha en que se suspendió el pago de mesada) y el 31 de agosto de 2016.
3. De igual manera, se reclamó fuera librado mandamiento de pago por la cantidad de \$4.347.969.00 atribuibles a los intereses moratorios corrientes del espacio temporal que va desde el 01 de junio de 2014 y el 31 de agosto de 2016, en razón a las fechas en que se suspendió el pago de mesada por el FOPEP-UGPP.

4. Que se condene en costas a la demandada.

HECHOS

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

- Mediante sentencia del 13 de diciembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Caldas condenó al extinto Instituto de Seguros Sociales a reliquidar y pagar la pensión tomando como base el promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios.
- El 31 de marzo de 2014 la UGPP da cumplimiento del fallo judicial, con la expedición de resolución que reliquida la pensión de jubilación.
- La resolución dio cumplimiento parcial al fallo base de recaudo, por cuanto no se incluyeron en la reliquidación la totalidad de los factores salariales ordenados por el Tribunal Administrativo de Caldas en el proceso declarativo.
- El 10 de abril de 2015 se presentó ante la UGPP solicitud de revocatoria directa, a fin de que se reliquidara la pensión con el 100% del IBL teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales previstos en el Decreto 1653 de 1977. El 28 de mayo de 2015, se reitera solicitud de revisión de liquidación. Tales peticiones fueron resueltas negativamente el 28 de mayo de 2015, ratificando que la resolución del 31 de marzo de 2014 da cumplimiento al fallo judicial.

EL MANDAMIENTO DE PAGO Y LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante auto del 6 de julio de 2017, libró mandamiento de pago en contra de la demandada, por la suma de \$5.771.551.00 correspondiente a las diferencias pensionales reajustadas desde el 01 de junio de 2014 -fecha en la cual se dejó de pagar la mesada pensional- hasta el 31 de agosto de 2016. De tal resultado, la parte ejecutada debe deducir los factores referentes al valor de los aportes para pensión que no se hubiesen efectuado por la demandada y, a su vez, descontarse lo efectivamente cancelado a la demandante.

De igual manera, se ordenó el pago por la suma de \$125.231,67 por concepto de intereses moratorios derivados desde la fecha en que dejaron de pagar la pensión: 01 de junio de 2014, hasta la fecha solicitada por la ejecutante: 31 de agosto de 2016 (págs. 187 a 206,

documento PDF 01 del expediente digital de primera instancia). La indexación se negó por improcedente.

El apoderado de la ejecutante formuló recurso de reposición. Mediante auto del 27 de julio de 2017, el Juzgado de origen adecuó el recurso formulado al trámite de apelación y, en ese sentido, el proceso fue remitido al Tribunal Administrativo de Caldas. En consecuencia, mediante auto del 07 de febrero de 2018 (documento PDF 07 del expediente digital de primera instancia) este despacho judicial confirmó en todas sus partes el auto que libró mandamiento ejecutivo de pago.

Por su parte, la UGPP se opuso a las pretensiones proponiendo como medios exceptivos los siguientes:

- **Pago:** La UGPP dio cumplimiento a lo dispuesto en el fallo judicial, conforme a las certificaciones obrantes en el expediente pensional de la señora Margarita Velásquez Ramírez. Precisa que si en los actos de reliquidación no se incluyeron los factores salariales expresados en el fallo base de ejecución, ello es atribuible a la parte ejecutante en cuanto no allegó las certificaciones que acreditaran los mencionados emolumentos – pese a haber sido requerida para el efecto-, incumpliendo así la carga de la prueba impuesta por el artículo 177 del CPC.
- **Prescripción extintiva de la acción ejecutiva laboral:** Se peticiona que, se declaren prescritos los derechos en torno a los cuales haya operado el fenómeno jurídico de la prescripción contenido en los artículos 488 del CST y 151 del CPL.
- **Buena fe:** Solicita que, se decrete que el actuar de la parte ejecutada ha sido de buena fe y conforme a las normas y, en especial a aquellas referidas al concepto de salario.
- **Genérica:** Finalmente, peticiona se concedan de oficio, las demás excepciones que resulten probadas en el plenario.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales en la audiencia inicial consagrada en el artículo 372 del Código General del Proceso, de fecha 5 de mayo de 2021, consideró seguir adelante con la ejecución en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, en los precisos términos en que se había librado mandamiento de pago, esto es, ordenando el pago de las

sumas de \$5.771.551.00 correspondiente a las diferencias pensionales reajustadas y de \$125.231,67 por concepto de intereses moratorios.

Respecto a la solicitud de indexar las mesadas correspondientes del 01 de junio de 2014 al 31 de agosto de 2016, el *a quo* señala que no es viable tal pretensión, por cuanto la sentencia cuyo cumplimiento se reclama se limita a indexar las mesadas desde el reconocimiento del derecho hasta la respectiva ejecutoria del fallo, la cual ocurrió el 23 de enero de 2013.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La apoderada de la UGPP al interponer el recurso de apelación recuerda que en torno al reconocimiento de las diferencias pensionales, la entidad dio cumplimiento al fallo emitido por el Tribunal Administrativo de Caldas en sentencia del 13 de diciembre de 2012, emitiendo la Resolución RDP 010623 del 31 de marzo de 2014, liquidando el 75% del IBL incluyendo los factores salariales de asignación básica y bonificación por servicios prestados, estableciendo así una cuantía de mesada por valor de \$857.618.00 efectiva a partir del 01 de octubre de 2006.

También se indicó que previa liquidación del área de nómina, el FOPEP pagaría a la ejecutante las diferencias que resultasen de aplicar lo dispuesto en la Resolución 010623 y las Resoluciones: 1432 del 07 de octubre de 2006, 5449 del 15 de septiembre de 2009, 2657 del 07 de octubre de 2010 y la 0842 del 13 de febrero de 2012; deduciendo lo debidamente pagado por orden judicial o administrativa, con los ajustes ordenados por la ley y, finalmente, respetando el turno de ingreso para pago.

Se precisa que mediante correo electrónico de fecha 01 de octubre 2019, la Subdirección de nómina informa que: la RDP 010623 del 31 de marzo de 2014 por valor de \$857.618.00, no fue aportada en la nómina dado que al efectuar la proyección del pago de la mesada reliquidada a partir del año 2006 no arrojaba diferencias, por cuanto la mesada resultaba ser menor al monto de pensión reliquidada en la resolución 2657 del 07 de octubre de 2010, con valor de mesada de \$1.573.494.00.

Ahora, sobre los intereses reconocidos manifiesta que no existe un saldo pendiente de pago en favor de la ejecutante que faculte a la imposición de ese rubro.

Finalmente, manifiesta que no es procedente la condena en costas, toda vez que la entidad no actuó con mala fe, por lo que deberá revocarse la sentencia de primera instancia en este

aspecto (minutos 16:09 a 21:37 del video obrante en ubicación 14 cuaderno primera instancia).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte actora, la entidad accionada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A fin de desatar el recurso formulado, es menester resolver los siguientes cuestionamientos:

1. ¿La reliquidación efectuada por la UGPP el 31 de marzo de 2014, se ajustó a las órdenes impartidas en el fallo de fecha 13 de diciembre de 2012 emitido por el Tribunal Administrativo de Caldas?

En caso negativo, deberá la sala resolver:

2. ¿El monto señalado en la providencia que ordena seguir adelante con la ejecución expedida por el *a quo*, se ajusta efectivamente a lo adeudado por la UGPP, según la diferencia entre el IBL ordenado en el fallo del Tribunal y lo reconocido en la resolución expedida por la UGPP en cumplimiento del fallo?

3. ¿Se causaron a favor de la parte ejecutante intereses moratorios respecto de las diferencias pensionales que debieron pagarse en el periodo comprendido 01 de junio de 2014 y el 31 de agosto de 2016, con ocasión a la sentencia del 13 de diciembre de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, tal y en el monto señalado en el mandamiento de pago?

4. ¿Se cumplieron los elementos estipulados en la ley y la jurisprudencia para realizar condena en costas a la parte ejecutada en primera instancia?

I. LO PROBADO

- Mediante sentencia proferida el 30 de abril de 2012, el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito negó las pretensiones de la demanda declarativa. La sentencia fue revocada por el Tribunal Administrativo de Caldas mediante fallo del 13 de diciembre de 2012, y condenó al Instituto de Seguros Sociales a reliquidar la pensión de jubilación reconocida a la señora Margarita Velásquez Ramírez, incluyendo los factores

salariales devengados en el último año de servicio, con los reajustes anuales de ley, y haciendo los descuentos respectivos sobre los factores indicados si no se hubieren efectuado. La sentencia quedó ejecutoriada el 23 de enero de 2013 (Página 87, del documento 01 cuaderno de primera instancia del expediente digital).

- A través de Resolución RDP 010623 del 31 de marzo de 2014, se reliquidó la pensión en cumplimiento de la orden emitida en el fallo (Página 88, del documento 01 cuaderno de primera instancia del expediente digital).
- La hoja de liquidación de la Resolución de reconocimiento pensional, da cuenta que a la demandante se le calculó por concepto de mesada un valor de \$857.618.00, de la cual se pagaría el valor de las diferencias que resultaran de aplicar a ese monto los descuentos de las reliquidaciones efectuadas en las Resoluciones No.1432 del 17 de octubre de 2006, No. 5449 del 15 de septiembre de 2009, No. 2657 del 07 de octubre de 2010 y No. 0842 del 13 de febrero de 2012. Lo anterior, teniendo especial cuidado en deducir lo efectivamente cancelado por vía ejecutiva o administrativa, con los reajustes correspondientes y previas las deducciones ordenadas en la ley (págs. 89 a 94, del documento 01 cuaderno de primera instancia del expediente digital).

Solución al primer problema jurídico

Tesis: La Sala estima que la resolución emitida por la UGPP el 31 de marzo de 2014, no cumple totalmente la sentencia base de recaudo del título ejecutivo.

Del título ejecutivo y su debido cumplimiento:

Marco Normativo

El artículo 297 del CPACA establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 297. TÍTULO EJECUTIVO. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.”

Conforme con la anterior disposición, la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Caldas de fecha 13 de diciembre de 2012, constituye un título ejecutivo idóneo para ser reclamado ante esta jurisdicción.

Ahora, a fin de verificar su cumplimiento, resulta pertinente transcribir la orden allí impartida:

“SEGUNDO: DECLARAR la nulidad parcial de la Resolución No. 5449 del 15 de septiembre de 2009 que concedió pensión de jubilación, y de la Resolución No. 5713 del 21 de octubre de 2009 que resolvió un recurso de reposición confirmándola.

En su lugar, **ORDÉNASE** a INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, proceder a expedir nuevo acto en el cual se reliquide la jubilación de la señora MARGARITA VELÁSQUEZ RAMÍREZ con el promedio de la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios, estos son, la asignación básica, prima de vacaciones, prima de servicios, auxilio de alimentación, y auxilio de transporte, de conformidad con la fórmula expuesta en la parte motiva de esta providencia.

La demandada deberán (sic) deducir de los factores a incluir el valor de los aportes para pensión que sobre los mismos no se hubiere efectuado por la demandante. (...)”

De lo que antecede se concluye que, el título ejecutivo impone dos tipos de obligaciones: una de hacer y otra de dar, consistente en pagar una suma de dinero.

En relación a ello, debe precisarse que, la carga impuesta se trasladó a la UGPP con la respectiva liquidación del Instituto de Seguros Sociales, entidad que, dando acatamiento de la orden judicial emitió la Resolución RDP 010623 del 31 de marzo de 2014 y reliquidó la pensión concedida a la demandante.

Considera la Sala, como bien se estableció el *a quo*, que la entidad ejecutada dio un cumplimiento parcial a las órdenes impuestas, pues si bien fue emitido el acto administrativo de reliquidación pensional, en este no se tuvo en cuenta el promedio de emolumentos constitutivos de salarios percibidos en el último año de servicios y, adicional a ello, no se tuvieron en cuenta la totalidad de los factores salariales ordenados en la sentencia.

Así, recuérdese que la sentencia dispuso que se debía hacer la reliquidación de la pensión de la señora teniendo en cuenta en el IBL los siguientes emolumentos: asignación básica, prima de vacaciones, prima de servicios, auxilio de alimentación, y auxilio de transporte. Sin embargo, en la Resolución RDP 010623 del 31 de marzo de 2014, sólo se tuvieron en cuenta los siguientes rubros salariales: asignación básica y bonificación por servicios prestados (pág. 92 el documento 01 del cuaderno de primera instancia).

Por tanto, se evidencia que la ejecución no se cumplió en los estrictos términos de la sentencia base de recaudo, lo que hace procedente indicar la existencia de un cumplimiento parcial del fallo.

Solución al segundo problema jurídico

Tesis: La sala defiende la postura de que, la resolución que ordenó seguir adelante con la ejecución proferida por el *a quo*, efectivamente se ajusta a lo realmente adeudado por la UGPP a la demandada, una vez comparado el IBL ordenado en la sentencia, versus lo reconocido por la UGPP.

II. LO PROBADO

- El Instituto de Seguros Sociales, emitió certificación el 30 de marzo de 2015 (pág. 113 el documento 01 del cuaderno de primera instancia), en la cual constan los emolumentos percibidos por la señora Margarita Velásquez Ramírez en el último año de servicios comprendido entre el 01 de octubre de 2005 al 30 de septiembre de 2006.
- En atención a que se comparte la conclusión efectuada en primera instancia, sólo resta por verificar la liquidación efectuada en el mandamiento de pago¹, teniendo como fundamento la certificación de 30 de marzo de 2015 y, tomando como referente únicamente² los ítems de: asignación básica, prima de servicios y prima de vacaciones, correspondientes al último año de servicios de la ejecutante, de la siguiente manera:

Año	Mes	Días	Pensión Inicial (Colpensiones)	Pensión Final (Liq. Tribunal)	Diferencia	Descuento o Salud	Valor a Pagar	Capital
2014	Junio	30	1.307.343	1.511.333	\$203.990	\$24.479	\$179.511	179.511
2014	Julio	30	1.307.343	1.511.333	\$203.990	\$24.479	\$179.511	359.022
2014	Agosto	30	1.307.343	1.511.333	\$203.990	\$24.479	\$179.511	538.533
2014	Septiembre	30	1.307.343	1.511.333	\$203.990	\$24.479	\$179.511	718.044

¹ Procedimiento efectuado y avalado por el Contador que presta sus servicios a la Corporación, quien concuerda con lo liquidado en el mandamiento de pago respecto del monto de mesada y su actualización (2014 a 2016).

² Toda vez que, en el certificado del 30 de marzo de 2015, se incluye el factor de prima individual por compensación, el cual no fue relacionado en la sentencia que ordenó reliquidación.

2014	Octubre	30	1.307.343	1.511.333	\$203.990	\$24.479	\$179.511	897.555
2014	Noviembre	30	1.307.343	1.511.333	\$203.990	\$24.479	\$179.511	1.077.066
2014	Diciembre	30	1.307.343	1.511.333	\$203.990	\$24.479	\$179.511	1.256.577
2015	Enero	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	1.442.658
2015	Febrero	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	1.628.739
2015	Marzo	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	1.814.820
2015	Abril	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	2.000.901
2015	Mayo	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	2.186.982
2015	Junio	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	2.373.063
2015	Julio	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	2.559.144
2015	Agosto	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	2.745.225
2015	Septiembre	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	2.931.306
2015	Octubre	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	3.117.387
2015	Noviembre	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	3.303.468
2015	Diciembre	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	3.489.550
2016	Enero	30	1.446.938	1.672.710	\$225.771	\$27.093	\$198.679	3.688.228
2016	Febrero	30	1.446.938	1.672.710	\$225.771	\$27.093	\$198.679	3.886.907
2016	Marzo	30	1.446.938	1.672.710	\$225.771	\$27.093	\$198.679	4.085.586
2016	Abril	30	1.446.938	1.672.710	\$225.771	\$27.093	\$198.679	4.284.265
2016	Mayo	30	1.446.938	1.672.710	\$225.771	\$27.093	\$198.679	4.482.943
2016	Junio	30	1.446.938	1.672.710	\$225.771	\$27.093	\$198.679	4.681.622
2016	Julio	30	1.446.938	1.672.710	\$225.771	\$27.093	\$198.679	4.880.301
2016	Agosto	30	1.446.938	1.672.710	\$225.771	\$27.093	\$198.679	5.078.980

De acuerdo a lo anterior, la orden de ejecución debió librarse por la suma de **\$5.078.980.00** y/o por la suma de **\$5.771.551.00** como en efecto lo realizó el Juzgado de conocimiento.

Cabe aclarar que entre ambas cifras se reporta una única diferencia de **\$692.571.00**, atribuible a que, en la liquidación efectuada por el Contador de esta Corporación, se efectúa directamente el descuento de lo que debió pagarse por la ejecutante por concepto de seguridad social en salud; descuento que (se recuerda) se autorizó efectuar a la parte ejecutada en el fallo que presta mérito ejecutivo.

En este sentido, se avala y ratifica la liquidación efectuada por el *a quo* y deberá confirmarse en este punto la sentencia de primera instancia.

Solución al tercer problema jurídico

Tesis: La sala expondrá que, sí se causaron intereses de mora en el periodo comprendido entre el 01 de junio de 2014 y el 31 de agosto de 2016, pero para la Sala, el monto es superior al ordenado por el *a quo*, sin embargo, en aplicación del principio de no reformatio in pejus, no se puede modificar.

Marco Normativo:

Tanto en el antiguo CCA, como en el CPACA, se ha establecido que el pago extemporáneo de las obligaciones que resulten de una sentencia conlleva el pago de intereses moratorios así:

El inciso 5º del artículo 177 del CCA, señalaba:

“Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales y moratorios”.

Por su parte el inciso 3º del artículo 192 del CPACA señala:

“Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código”.

Por lo anterior, es claro que en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se consagra el derecho a reclamar intereses moratorios por pago extemporáneo de una obligación que surge de una sentencia.

Sobre el mismo tema, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, en concepto del 10 de octubre de 2016, Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00087-00, sostuvo lo siguiente:

“Los intereses moratorios son aquellos que se causan cuando la obligación no se cumple en el momento pactado y su objeto es indemnizar los

perjuicios que se ocasionan al acreedor por el incumplimiento de la obligación³.

[...]

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-188 de 1999 precisó que los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia excepto en las que se fija un plazo para su pago⁴.

Según la doctrina de la Sala⁵, los intereses moratorios surgen del cumplimiento tardío de la condena fijada por la sentencia⁶, razón por la cual son accesorios al pago del valor principal, de donde se sigue la aplicación del bien conocido aforismo jurídico según el cual *-lo accesorio sigue la suerte de lo principal-*.⁷

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-188 de 1999, al estudiar la constitucionalidad del artículo 179 del CCA, estableció que los intereses moratorios se causan desde el momento mismo de la ejecutoria de la sentencia, pues de lo contrario daría lugar a una injustificada e inequitativa discriminación, que favorecería la ineficiencia y la falta de celeridad en la gestión pública. En esa oportunidad señaló:

“Es entendido que, en las dos normas sobre cuya constitucionalidad resuelve la Corte, el momento en el cual principia a aplicarse el interés

³ La Corte Constitucional en Sentencia C-604 de 2012, indicó: “Los intereses moratorios son aquellos que se pagan para el resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida. La mora genera que se hagan correr en contra del deudor los daños y perjuicios llamados moratorios que representan el perjuicio causado al acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación”.

⁴ La Corte Constitucional indicó: **“INTERESES MORATORIOS**-Momento a partir del cual se causan. *Es entendido que, en las dos normas sobre cuya constitucionalidad resuelve la Corte, el momento en el cual principia a aplicarse el interés de mora depende del plazo con que cuente la entidad pública obligada, para efectuar el pago. Así, en el caso de la conciliación, se pagarán intereses comerciales durante el término que en ella se haya pactado y, vencido éste, a partir del primer día de retardo, se pagarán intereses de mora. En cuanto al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago -evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales-, los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria.*”

⁵ Conflicto No. 11001-03-06-000-2014-00020-00 del 2 de octubre de 2014.

⁶ Respecto del pago de los intereses moratorios, la Sección Tercera, Subsección B (C.P. Ruth Stella Correa Palacio), del Consejo de Estado, en Sentencia del 30 de abril de 2011 dictada dentro del proceso radicado con el No. 11001-03-26-000-2011-00060-00 (No. Interno 42126) sostuvo lo siguiente: *“(…) la orden de pagar intereses de mora a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera no constituye un asunto ajeno a la controversia ni está por fuera del pronunciamiento de los árbitros ni de su competencia, dado que es aplicación de la ley en materia de pago de obligaciones dinerarias contenidas en condenas judiciales. (...) recuérdese que las expresiones del inciso quinto del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, que establecían un trato diferente para las entidades estatales en el pago de sus condenas del que se aplica según las reglas generales a los particulares, fueron declaradas inexequibles, como consecuencia de lo cual en adelante sean entidades públicas o sean particulares, todos deben someterse a las mismas reglas generales (arts. 1608 y 1617 del Código Civil y el artículo 884 del Código de Comercio, entre otras), esto es, pagar intereses cuando no se cumpla oportunamente con lo dispuesto por la sentencia judicial condenatoria (o por un laudo arbitral). (...) Las cantidades líquidas reconocidas en las sentencias emitidas por esta jurisdicción devengarán intereses a partir de la ejecutoria de la providencia, norma por supuesto aplicable a los laudos proferidos por los jueces arbitrales cuando conocen de asuntos que se ventilan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por virtud de un pacto arbitral.”*

⁷ Consejo De Estado, Sala De Consulta Y Servicio Civil, Consejero Ponente: Oscar Dario Amaya Navas, Bogotá D.C., Diez (10) De Octubre De Dos Mil Dieciseis (2016), Radicación Número: 11001-03-06-000-2016-00087-00(C)

de mora depende del plazo con que cuente la entidad pública obligada, para efectuar el pago. Así, en el caso de la conciliación, se pagarán intereses comerciales durante el término que en ella se haya pactado y, vencido éste, a partir del primer día de retardo, se pagarán intereses de mora. En cuanto al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago -evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales-, los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria”.

Conforme a la anterior jurisprudencia, no solamente son precedentes los intereses moratorios, sino que los mismos, se originan desde la ejecutoria misma de la sentencia.

Está probado que la sentencia base de la ejecución como se ha indicado, quedó ejecutoriada el 23 de enero de 2013, es decir, cuando ya estaba en vigencia el Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, norma que establece en su artículo 192, que las cantidades líquidas reconocidas en las sentencias devengarían intereses moratorios lo cuales se causan desde la ejecutoria de la sentencia.

De conformidad con el material probatorio, es claro que a través de Resolución la RDP 010623 del 31 de marzo de 2014, se reliquidó la pensión dando cumplimiento parcial del fallo, por ello, en sede de primera instancia y conforme a lo indicado previamente, es necesario ordenar una reliquidación de la pensión por el periodo comprendido entre el 01 de junio de 2014 y el 31 de agosto de 2016 (espacio temporal en que se suspendió el pago de mesada) por un valor de: 5.771.551.00, sobre los cuales deben reconocerse además, intereses moratorios.

Conforme a lo anterior, a la demandante efectivamente se le adeudan los intereses moratorios por ese lapso al no haberse dado cabal cumplimiento a la sentencia ejecutoriada.

Ahora bien, a fin de establecer si la suma por intereses que se ordena ejecutar en el fallo está ajustada a la norma, procederá esta Sala a mostrar la liquidación correspondiente, teniendo en cuenta que los intereses se causaron a partir del 01 de junio de 2014 y el 31 de agosto de 2016:

Año	Mes	Días	Pensión Inicial (Colpensiones)	Pensión Final	Diferencia	Descuento Salud	Valor a Pagar	Capital	Tasa Interés Corriente	Tasa Interés 1,5	interés nominal	interés Mes	interés acumulado
-----	-----	------	--------------------------------	---------------	------------	-----------------	---------------	---------	------------------------	------------------	-----------------	-------------	-------------------

2014	Junio	30	1.307.343	1.511.333	\$203.990	\$24.479	\$179.511	179.511	19,63	29,45	2,174%	3.903	3.903
2014	Julio	30	1.307.343	1.511.333	\$203.990	\$24.479	\$179.511	359.022	19,33	29,00	2,144%	7.699	11.601
2014	Agosto	30	1.307.343	1.511.333	\$203.990	\$24.479	\$179.511	538.533	19,33	29,00	2,144%	11.548	23.149
2014	Septiembre	30	1.307.343	1.511.333	\$203.990	\$24.479	\$179.511	718.044	19,33	29,00	2,144%	15.397	38.547
2014	Octubre	30	1.307.343	1.511.333	\$203.990	\$24.479	\$179.511	897.555	19,17	28,76	2,129%	19.105	57.651
2014	Noviembre	30	1.307.343	1.511.333	\$203.990	\$24.479	\$179.511	1.077.066	19,17	28,76	2,129%	22.925	80.577
2014	Diciembre	30	1.307.343	1.511.333	\$203.990	\$24.479	\$179.511	1.256.577	19,17	28,76	2,129%	26.746	107.323
2015	Enero	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	1.442.658	19,21	28,82	2,132%	30.764	138.088
2015	Febrero	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	1.628.739	19,21	28,82	2,132%	34.733	172.820
2015	Marzo	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	1.814.820	19,21	28,82	2,132%	38.701	211.521
2015	Abril	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	2.000.901	19,37	29,06	2,148%	42.986	254.507
2015	Mayo	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	2.186.982	19,37	29,06	2,148%	46.983	301.490
2015	Junio	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	2.373.063	19,37	29,06	2,148%	50.981	352.471
2015	Julio	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	2.559.144	19,26	28,89	2,137%	54.700	407.171
2015	Agosto	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	2.745.225	19,26	28,89	2,137%	58.677	465.848
2015	Septiembre	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	2.931.306	19,26	28,89	2,137%	62.655	528.503
2015	Octubre	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	3.117.387	19,33	29,00	2,144%	66.848	595.351
2015	Noviembre	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	3.303.468	19,33	29,00	2,144%	70.838	666.190
2015	Diciembre	30	1.355.192	1.566.648	\$211.456	\$25.375	\$186.081	3.489.550	19,33	29,00	2,144%	74.829	741.018
2016	Enero	30	1.446.938	1.672.710	\$225.771	\$27.093	\$198.679	3.688.228	19,68	29,52	2,179%	80.364	821.383
2016	Febrero	30	1.446.938	1.672.710	\$225.771	\$27.093	\$198.679	3.886.907	19,68	29,52	2,179%	84.693	906.076
2016	Marzo	30	1.446.938	1.672.710	\$225.771	\$27.093	\$198.679	4.085.586	19,68	29,52	2,179%	89.023	995.099

20 16	Abril	30	1.446.938	1.672. 710	\$225.7 71	\$27.09 3	\$198. 679	4.284. 265	20,54	30,8 1	2,26 3%	96.9 69	1.092.0 67
20 16	Mayo	30	1.446.938	1.672. 710	\$225.7 71	\$27.09 3	\$198. 679	4.482. 943	20,54	30,8 1	2,26 3%	101. 465	1.193.5 32
20 16	Junio	30	1.446.938	1.672. 710	\$225.7 71	\$27.09 3	\$198. 679	4.681. 622	20,54	30,8 1	2,26 3%	105. 962	1.299.4 95
20 16	Julio	30	1.446.938	1.672. 710	\$225.7 71	\$27.09 3	\$198. 679	4.880. 301	21,34	32,0 1	2,34 1%	114. 258	1.413.7 53
20 16	Agosto	30	1.446.938	1.672. 710	\$225.7 71	\$27.09 3	\$198. 679	5.078. 980	21,34	32,0 1	2,34 1%	118. 910	1.532.6 63

VALOR DEUDA	
REAJUSTE MESADAS	5.078.9 80
INTRESES	1.532.6 63
TOTAL	6.611.64 2

De acuerdo a lo anterior, la orden de ejecución en relación con los intereses moratorios debió librarse por la suma de **\$1.532.663.00** y no por la suma de **\$125.231.67** establecida por el Juzgado de conocimiento.

Si bien se adjunta la liquidación efectuada por el Juzgador de primera instancia, de ella se concluye que, se limita a liquidar cada mes de manera independiente, sin tener en cuenta que los intereses de mora se van generando de manera acumulativa.

Frente a este aspecto, es importante precisar que, como la UGPP fue apelante único, se debe aplicar el principio de *no reformatio in pejus*, por lo que se mantendrá el valor determinado por el Juzgado.

Solución al cuarto problema jurídico

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso la condena en costas no se ajustó a derecho, ya la decisión no se fundamentó en el criterio objetivo valorativo.

Al consultar la argumentación que se efectuó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se adujo únicamente, que al ordenarse continuar adelante con la ejecución y no haberse acreditado la excepción de pago, se consideraba procedente condenar en costas a favor de la parte demandante y en contra de la UGPP en los términos del artículo 365 del CGP.

Al momento de formular el recurso de apelación, la UGPP manifestó que la entidad demandada obró amparada en las normas aplicables y en salvaguarda de los dineros públicos y, por tanto, ruega sea revocada la condena en costas. Ello, toda vez que al momento de imponer ese rubro no se tuvieron en cuenta los criterios pertinentes, tales como la conducta de las partes y que las costas se hubieran causado (y estuvieran acreditadas), ya que debía descartarse la apreciación objetiva, esto es, condenar a quien resulta vencido en el proceso.

La juez al momento de condenar en costas no citó ningún artículo del CPACA.

El artículo 188 del CPACA, adicionado por la Ley 2080 de 2021, consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

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

Debe indicarse que las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el proceso, la cual corresponde por una parte a las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuadas por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

De acuerdo a la redacción del artículo, la condena en costas no se condicionó a la forma en que la parte se desarrolló dentro del litigio, simplemente se estableció que la sentencia dispondría lo pertinente, y aclaró que la liquidación y ejecución se ceñirían hoy en día a lo establecido en el Código General del Proceso, norma que reguló el asunto en sus artículos 365 y 366.

El artículo 188 del CPACA, con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, determinó que se dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, pero ello no eliminó, en dado caso que la demanda haya incurrido en ese supuesto, de tener que aplicar el criterio adoptado para su imposición, que es el objetivo valorativo, el cual impone no solo

verificar la parte vencida en juicio, sino además el deber de precisar los motivos por los cuales se considera que procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las mismas.

En atención a lo expuesto, y con fundamento en el criterio objetivo valorativo, en este caso la condena en costas que impuso la juez de primera instancia no se ajustó a derecho, ya que no se argumentó el porqué de la misma, simplemente se indicó que se le imponían a la UGPP, y para esta Sala una condena así le impide a la parte ejercer el derecho de defensa, pues no sabe por qué razón se determinaron, y por ende no puede esgrimir argumentos en contra de la decisión.

Esto conlleva a que la sentencia de primera instancia deba ser revocada en este punto, al evidenciarse una falencia argumentativa de la juez al momento de imponer la condena en costas.

Decisión de segunda instancia.

Considera la Sala que en efecto la UGPP no dio cumplimiento efectivo al fallo base de recaudo emitido por el Tribunal Administrativo de Caldas el 13 de diciembre de 2012, por tanto, sí era procedente ordenar una nueva reliquidación de la pensión de la ejecutante para el periodo comprendido entre el 01 de junio de 2014 y el 31 de agosto de 2016 en que hubo cesación de pago de mesadas; ello por valor de **\$5.771.551.00** correspondiente a las diferencias pensionales reajustadas, tal como se ordenó por el a quo.

De otro lado, se estima que las obligaciones que se originan en sentencias judiciales, conforme a las normas del CPACA y del anterior CCA, causan intereses moratorios desde la ejecutoria de la misma, y como en el caso presente el pago se hizo después de la ejecutoria, deben pagarse a la demandante los intereses moratorios correspondientes.

Sin embargo, pese a que se determinó que el valor de los intereses es superior al ordenado por el *ad quo*, en respeto del principio de *no reformatio in pejus*, se confirmará el monto de los intereses que se ordenan pagar en el ordinal segundo de la sentencia del 05 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales. Finalmente, se deberá revocar el ordinal cuarto de la sentencia recurrida en cuanto a la condena en costas. En lo demás la providencia será confirmada la sentencia.

Costas

Atendiendo que hay necesidad de modificar y revocar un ordinal de la sentencia, no se condenará en costas.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el ordinal segundo de la sentencia proferida en la audiencia del artículo 372 del Código General del Proceso que se realizó el 05 de mayo de 2019, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso ejecutivo promovido por **MARGARITA VELÁSQUEZ RAMÍREZ** contra **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, que ordenó seguir adelante con la ejecución.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal cuarto de la sentencia recurrida en cuanto a la condena en costas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia del 05 de mayo de 2021.

CUARTO: No se condena en costas de la segunda instancia, por lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 13 de abril de 2023, conforme acta nro. 016 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 062 del 17 de
abril de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17-001-33-39-005-2019-00374-02
CLASE	EJECUTIVO
ACCIONANTE	CONSORCIO HI MANIZALES
ACCIONADO	MUNICIPIO DE MANIZALES

Procede la Sala Primera de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a proferir sentencia de segunda instancia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 22 de junio de 2021, dentro del proceso ejecutivo de la referencia, que ordenó seguir adelante con la ejecución.

PRETENSIONES

1. Se solicitó sea librado mandamiento de pago en contra del Municipio de Manizales y a favor del Consorcio HI Manizales, representado legalmente por el señor Héctor Orlando Alarcón Gonzáles, por la suma \$153.586.104.00, por concepto de saldo pendiente de cancelar, tal como se reconoció en acta de liquidación del contrato de obra pública No. 1805180520.
2. De igual forma, se peticona librar mandamiento de pago por los intereses moratorios generados desde la exigibilidad de la obligación.
3. Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

HECHOS

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

- Entre el Municipio de Manizales y el Consorcio HI Manizales se suscribió el contrato de obra pública No. 1805180520, cuyo objeto fue el mantenimiento y adecuación de la planta física de la Institución Educativa Oficial León de Greiff propiedad del Municipio de Manizales. El contrato fue adicionado y prorrogado, conforme se señala en actas No. 01 del 09 de noviembre de 2018 y No. 02 del 12 de diciembre de 2018.
- Las obras fueron ejecutadas y entregadas a satisfacción, por lo cual se presentó una factura correspondiente al momento de suscribir el acta de recibo final de la obra, que culminó el 31 de diciembre de 2018, por un valor de \$139.965.766.oo.
- El 21 de junio de 2019 se realizó la liquidación bilateral del contrato. Allí, se determinó que la obra fue ejecutada por un mayor valor de \$13.620.338.oo; lo anterior, fue avalado por: contratista, interventor, ordenador del gasto y el Secretario de Despacho de Obras Públicas. En ese orden de ideas, en el acta de liquidación se estableció como valor total por pagar la suma de \$153.586.104.oo.
- El 09 de agosto de 2019 la parte demandante radicó solicitud de pago de facturas. Mediante oficio SOPM 2824 GIE 19 del 20 de septiembre de 2019, el Municipio indica que solo se podía solicitar el pago por valor de \$139.965.766.oo y que el mayor valor de obra ejecutada debe ser asumido por el contratista, pese al reconocimiento del mismo efectuado en el acta de liquidación bilateral del contrato.
- Al momento de formular la demanda ejecutiva (09 de diciembre de 2019) no se había efectuado el pago de las sumas adeudadas por el Municipio de Manizales.

EL MANDAMIENTO DE PAGO Y LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante auto del 20 de febrero de 2020 (documento 05, cuaderno primera instancia), libró mandamiento de pago en contra de la demandada, por la suma de \$153.586.104.oo correspondiente al valor establecido como adeudado en el acta de liquidación del contrato de obra pública No. 1805180520.

De igual manera, se ordenó el pago por concepto de intereses moratorios derivados del capital insoluto, de conformidad al artículo 4 de la ley 80 de 1993 y, finalmente, se indicó que se libraba mandamiento por las costas procesales que se causaran en el proceso.

Por su parte, el Municipio de Manizales se opuso a las pretensiones proponiendo como medios exceptivos los siguientes:

- **Disposición de cancelar el valor fijado en el acta de recibo final para contrato de obra pública con fecha 31 de diciembre de 2018:** El ente territorial aduce que en efecto entre las partes se celebró el contrato en mención, el cual fue entregado a satisfacción el 31 de diciembre de 2018, por lo que en el acta de recibo final se indicó como suma adeudada el valor de \$139.965.766.00, respecto de la cual el Municipio realizó la correspondiente apropiación presupuestal para su pago.

Sin embargo, se precisa que no es viable acceder al pago de los \$13.620.3387.00 por valor de mayores cantidades de obra, por cuanto tales cantidades no fueron autorizadas por el interventor del contrato y, adicional a ello, esas labores fueron realizadas fuera del término de duración del contrato, esto es, luego del 31 de diciembre de 2018.

En tal sentido, el ente territorial indica que siempre ha estado dispuesto a pagar en favor del Consorcio HI Manizales el valor de \$139.965.766.00, como saldo pendiente de pago según acta de recibo final del 31 de diciembre de 2018.

- **Cobro de lo no debido por la vía ejecutiva, respecto del valor adicional al fijado en el acta de recibo final para contrato de obra pública con fecha 31 de diciembre de 2018:** Aduce el Municipio que las mayores cantidades de obra por valor de \$13.620.3387.00 no podían ser reconocidas en el acta final de liquidación suscrita el 21 de junio de 2019 por dos razones: fueron ejecutadas fuera del término de duración del contrato que se cumplió el 31 de diciembre de 2018 y, de otro lado, no fueron autorizadas por el interventor de la obra. En este sentido, indica que si el contratista pretende el pago de esa suma debe acudir a un proceso declarativo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

- **Genérica:** Finalmente, peticiona se concedan de oficio, las demás excepciones que resulten probadas en el plenario.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales emitió sentencia el 22 de junio de 2021, luego de despachar negativamente las excepciones formuladas, consideró seguir adelante con la ejecución en contra del Municipio de Manizales, en los precisos términos en que se había librado mandamiento de pago; esto es, ordenando el pago de la suma de \$153.586.104.00 correspondiente al valor establecido como adeudado en el acta de

liquidación del contrato de obra pública No. 1805180520. De igual forma, se reconoció pago por concepto de intereses moratorios generados.

También se condenó en costas y se fijaron agencias en derecho en favor de la parte demandante por la suma de \$6.143.444,16.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

El apoderado del Municipio de Manizales al interponer el recurso de apelación manifiesta que no comparte los argumentos expuestos por el *ad quo*, en cuanto estimó que las excepciones formuladas en la contestación de la demanda debieron efectuarse en la oportunidad prevista para formular recurso de reposición frente al auto que negó mandamiento de pago. Precisa que existe jurisprudencia que indica que el fallador está en el deber de resolver tales excepciones incluso en sede de segunda instancia.

De otro lado, se citó jurisprudencia del Consejo de Estado para fundamentar que en tratándose de mayores cantidades de obra u obras adicionales, para su reconocimiento y pago es necesario la anuencia de la administración o su decisión unilateral, por lo que las mayores cantidades o cantidades adicionales no pueden ser asumidas por la administración cuando fueron fruto de la exclusiva voluntad del contratista. Por tanto, reclama se estudien nuevamente las excepciones formuladas.

Por otra parte, se resaltó que el título ejecutivo derivado de la actividad contractual es de carácter complejo y, por tanto, no se limita al estudio del acta de liquidación. En ese sentido, se indica que la parte ejecutante no cumplió con la carga de allegar todos los documentos contractuales y, por ende, el acta de liquidación no contiene una obligación clara, expresa y exigible, máxime cuando en ella no debió incluirse el mayor valor ejecutado. Finalmente, se solicitó revocar la condena en costas (documento 19, cuaderno primera instancia del expediente digital).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Tanto las partes como el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A fin de desatar el recurso formulado, es menester resolver los siguientes cuestionamientos:

1. ¿En el marco de un proceso ejecutivo, es viable estudiar las excepciones que cuestionan los requisitos del título ejecutivo formuladas en la contestación de la demanda y que no se propusieron mediante recurso de reposición frente al mandamiento de pago?
2. ¿El acta de liquidación bilateral del contrato de obra pública del 21 de junio de 2019, contiene una obligación clara, expresa y exigible?
3. ¿La entidad territorial puede desconocer el pago de mayores cantidades de obra u obras adicionales que fueron enunciadas en el acta de liquidación bilateral de contrato de obra pública?
4. ¿Se cumplieron los elementos estipulados en la ley y la jurisprudencia para realizar condena en costas a la parte ejecutada en primera instancia?

I. LO PROBADO

- Entre el Municipio de Manizales y el Consorcio HI Manizales se suscribió el contrato de obra pública No. 1805180520, cuyo objeto fue el mantenimiento y adecuación de la planta física de la Institución Educativa Oficial León de Greiff propiedad del Municipio de Manizales. El contrato fue adicionado y prorrogado, conforme se señala en actas No. 01 del 09 de noviembre de 2018 y No. 02 del 12 de diciembre de 2018 (Páginas 6 a 34, 486 a 490 y 530 a 542, del documento 04 cuaderno de primera instancia del expediente digital).
- Las obras fueron ejecutadas y entregadas a satisfacción, por lo cual se presentó una factura correspondiente al acta final de la obra, que culminó el 31 de diciembre de 2018, por un valor de \$139.965.766.00.
- El 21 de junio de 2019 se realizó la liquidación bilateral del contrato. Allí, se determinó que la obra fue ejecutada por un mayor valor de \$13.620.338.00; lo anterior, fue acreditado por el contratista, interventor, ordenador del gasto y el Secretario de Despacho de Obras Públicas. En ese orden de ideas, en el acta de liquidación se estableció como valor por pagar la suma de \$153.586.104.00 (Páginas 445 a 461, del documento 04 cuaderno de primera instancia del expediente digital).

- El 09 de agosto de 2019 la parte demandante radicó solicitud de pago de facturas. Mediante oficio SOPM 2824 GIE 19 del 20 de septiembre de 2019, el Municipio indica que solo se podía solicitar el pago por valor de \$139.965.766.00. y que el mayor valor de obra ejecutada debe ser asumido por el contratista, pese al reconocimiento efectuado en el acta de liquidación bilateral del contrato.

Solución al primer problema jurídico

Tesis: En tratándose de procesos ejecutivos, le es dado al juez estudiar las excepciones formuladas en la contestación de la demanda que estén dirigidas a cuestionar los requisitos del título ejecutivo y debieran haberse formulado como recurso de reposición frente al mandamiento de pago.

Le asiste razón al apoderado judicial del municipio de Manizales cuando indica que en virtud a jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia¹, el juez tanto de primera como de segunda instancia no sólo puede, sino que debe analizar las calidades de claridad, expresión y exigibilidad del título ejecutivo, ello a solicitud de parte o de oficio.

Lo anterior, en una interpretación integral del articulado que regula el proceso ejecutivo y particularmente el inciso 1 del artículo 430 del CGP, que le entrega al fallador la facultad de estudiar de oficio la legalidad de la decisión de continuar adelante la ejecución y los precisos términos en que ello deba efectuarse.

Ahora bien, pese a que el apelante reclama que no se estudiaron las excepciones contenidas en la contestación de la demanda por no haberlas formulado vía recurso de reposición frente al auto que libró mandamiento ejecutivo, lo cierto es que en la sentencia emitida por el juzgado de conocimiento se despacharon desfavorablemente las excepciones propuestas luego del estudio de cada una de ellas.

Por lo tanto, el reclamo respecto al momento procesal de presentarlas solo constituyó un dicho al pasar, pues de la lectura juiciosa de la providencia se extrae que, en efecto, el juez de primera instancia analizó que el título ejecutivo complejo si fue aportado de manera completa al expediente. No se probó la disposición del ente territorial de pagar la suma adeudada. No se configura el cobro de lo no debido, dado que se analizó punto por punto

¹ Corte Suprema de Justicia en sentencia: STC18432-2016, 15 dic. 2016, rad. 2016-00440-01 y Sala de Casación Civil, Sentencia STC290-2021, Radicación N.º 05001-22-03-000-2020-00357-01, 27 de enero de 2021. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

los requisitos del título ejecutivo para concluir que es claro, expreso y exigible, tal como se efectuará el estudio en esta providencia en el segundo problema jurídico.

En este sentido, se tiene que sí fueron analizadas en primera instancia las excepciones formuladas en la demanda y, en este momento procesal se ordenará la modificación del ordinal segundo de la sentencia recurrida, para declarar impróspera (y no improcedente) la excepción de cobro de lo no debido.

Solución al segundo problema jurídico

Tesis: La Sala estima que el acta de liquidación bilateral del contrato de obra pública No. 1805180520, contiene una obligación clara, expresa y exigible.

Del título ejecutivo y su debido cumplimiento.

En materia de lo Contencioso Administrativo, el CPACA determina qué se entiende por título ejecutivo:

“Artículo 297. Título Ejecutivo. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

3. Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, **el acta de liquidación del contrato**, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, **en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones (...)**” (Negrillas de la Sala).

Así pues, se parte de la base que un acta de liquidación bilateral de contrato estatal, siempre que en ella se contengan obligaciones claras, expresas y exigibles a cargo de cada una de las partes, constituye un título ejecutivo idóneo para ser reclamado ante esta jurisdicción.

En un primer momento, vale la pena destacar que en el texto mismo del contrato estatal se enunció en la cláusula No. 35 que las partes liquidarían el contrato de mutuo acuerdo y, en caso de no llegar a un consenso o, que el contratista no compareciera a firmar el acta respectiva, la entidad tendría la potestad de liquidar de manera unilateral el negocio jurídico.

En ese sentido, dentro del expediente se verifica que el Municipio de Manizales y el Consorcio Manizales HI suscribieron el 21 de junio de 2019, acta de liquidación en la que se observa el siguiente balance o cierre de cuentas:

CONTROL FINANCIERO						
RESUMEN DEL CONTRATO				RESUMEN DEL ANTICIPO		
VALOR DEL CONTRATO		983.139.660		VALOR DEL ANTICIPO		0
VALOR ACTAS ANTERIORES	1.180.303.276	---		AMORTIZACIÓN ACTAS ANTERIORES	0	
VALOR PRESENTE ACTA	153.586.104	---		AMORTIZACIÓN PRESENTE ACTA	0	
SALDO POR EJECUTAR	25.067.812	---		SALDO POR AMORTIZAR	0	
VALOR ADICIONES		375.767.532				
SUMAS IGUALES	1.358.957.192	1.358.957.192			0	0
VALOR PRESENTE ACTA	153.586.104	---				
AMORTIZACIÓN ANTICIPO	--	---				
VALOR A PAGAR	153.585.104			VALOR A PAGAR EN LETRAS	CIENTO CINCUENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y CINCO CON CIENTO CUATRO PESOS M/C	

Lo anterior fue suscrito por el representante legal del consorcio contratista, el ordenador del gasto, el secretario de despacho de obras públicas y el supervisor y/o interventor de la obra, esto es, tanto las partes contratante y contratista como el tercero auditor tuvieron a bien celebrar el negocio jurídico de liquidación del contrato de obra pública y, tras disgregar el balance financiero, convinieron que estaba pendiente de pago el valor de \$153.585.104.oo.

Sobre la naturaleza jurídica de acta de liquidación del contrato estatal, el H. Consejo de Estado ha señalado:

“(…) La liquidación, como fase conclusiva del acuerdo de voluntades, es la etapa que busca vestir de punto final las relaciones negociales que emergen del contrato estatal, en orden a establecer el estado de ejecución y cumplimiento de las mutuas prestaciones objeto del pacto; por ello, y de cara a la función jurídica y económica atribuida por ley, la liquidación ha sido definida como el corte de cuentas del contrato, cuya capacidad definitoria le ha merecido el carácter de acto jurídico negocial autónomo.

(…)

Bajo esta connotación, el acta de liquidación bilateral del contrato es un negocio jurídico al interior del contrato, mediante el cual las partes,

en perspectiva de lo ejecutado, (i) realizan el arqueo, cotejo y constatación de todos los aspectos que son llevados al balance definitivo del contrato, (ii) valoran sus resultados, y (iii) acuerdan su estado de ejecución final.”²

Sobre el particular se destaca que dentro del texto del acta no se efectuaron salvedades, precisiones, condiciones o demás situaciones que pudieran restar credibilidad al acuerdo de voluntades plasmado, por ello, se considera en esta instancia que la obligación allí contenida es clara, en el sentido que se establece la obligación de pagar una suma de dinero determinada, es expresa, pues se contiene una manifestación inequívoca de la voluntad en un documento idóneo para expresar las obligaciones derivadas de la celebración del contrato de obra pública y, finalmente, es exigible, pues el pago de la suma de dinero enunciada como adeudada no fue sujeta a plazo, condición o modo.

En ese sentido, es claro que el Municipio de Manizales no canceló la suma adeudada que fuere reconocida en favor del Consorcio Manizales HI, por lo que es necesario acceder a la petición de continuar adelante con la ejecución.

Solución al tercer problema jurídico

Tesis: La sala defiende la postura de que no es procedente que el ente territorial desconozca las obligaciones contempladas en el acta bilateral de liquidación del contrato de obra.

Tal como se indicó en los párrafos que anteceden, el acta bilateral de liquidación de un contrato estatal es un negocio jurídico³ y como tal en él se contienen las manifestaciones de voluntad de las partes contratante y contratista – e incluso de terceros intervinientes – en relación con las obligaciones pendientes luego de la ejecución del objeto contractual y el acta de recibo de la obra.

Por tanto, no es dable al Municipio de Manizales desconocer el reconocimiento y pago de mayores cantidades de obra ejecutada cuando en el acta de liquidación lejos de hacer

² Consejo De Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero Ponente: José Roberto Sáchica Méndez Bogotá D.C., sentencia del 8 de junio de 2022. Radicación: 250002326000201101568 01 (53.299) Demandante: Inversiones Paysamay Ltda. y otros Demandado: Bogotá Distrito Capital – Secretaría de Educación.

³ Que en palabras del doctrinante Juan Carlos Expósito Vélez, bien puede encuadrarse dentro de un contrato de transacción: “Lo anterior, pues no podemos perder de vista que como la liquidación bilateral constituye en sí misma una transacción, su contenido hace tránsito a cosa juzgada y en esa medida, en tanto la existencia de una solución definitiva del litigio, impide el acceso a la administración de justicia.” Extraído del texto: La liquidación bilateral de los contratos estatales: un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

alguna reserva sobre el asunto se limitó a consagrar a través de los delegados respectivos una manifestación clara, expresa y exigible de un valor adeudado.

Recuérdese que el artículo 60 de la ley 80 de 1993 previó que en caso de no haber consenso al momento de liquidar el contrato estatal la parte contratante está plenamente facultada para realizar la liquidación unilateral mediante acto administrativo motivado que refiera las diferencias presentadas. En este orden de ideas, si el ente territorial en efecto (como lo alegan los apoderados judiciales a lo largo de la acción ejecutiva) no debió reconocer la mayor cantidad de obra u obra adicional, debió hacer uso de las potestades previstas en la ley para no liquidar el contrato de común acuerdo y, en su lugar, realizar lo propio de manera unilateral.

Sorprender a la parte contratista en proceso ejecutivo discutiendo la certeza de un valor adeudado que fue reconocido en el acta de liquidación bilateral es una conducta que desconoce la buena fe negocial que también ampara los contratos celebrados por la administración pública y que contraría la máxima que predica que el contrato es ley para las partes (artículo 1602 del CC).

Por tanto, para la sala es claro que, si el Municipio de Manizales no advirtió en el momento contractual oportuno sus reparos frente a las sumas adeudadas y, adicional a ello, se abstuvo de ventilar mediante controversia contractual la ocurrencia de un vicio del consentimiento al momento de suscribir la citada acta de liquidación o las demás vicisitudes que pudieran restar valor jurídico a las obligaciones allí contenidas; no le es dable en este escenario procesal desconocer la buena fe contractual que permea las actuaciones desarrolladas entre los partícipes del contrato de obra pública sobre el cual versa este pleito⁴.

Para reforzar lo anterior, es pertinente traer a colación el siguiente aparte de providencia emitida por el Consejo de Estado, en la cual se precisa:

“(…) Ciertamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha recalado que cuando el juicio recae sobre aspectos económicos de un contrato liquidado de manera bilateral, es preciso que la parte interesada haya dejado expresas en dicho instrumento de liquidación, sus inconformidades sobre los conceptos que considera que no le fueron cubiertos y que finalmente reclama por la vía judicial. Ello porque la liquidación bilateral, constituyendo en sí misma un acuerdo de voluntades, reúne los elementos del contrato y se erige, por consiguiente, en ley para las partes, de conformidad con el artículo

⁴ Sobre este punto, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 18 de noviembre de 2021, exp. 43015.

1602 del Código Civil, de suerte que no le es dable a quien expresamente acepta y asume determinadas obligaciones y situaciones jurídicas frente a la otra parte, pretender desconocerlas en el juicio. Por esas mismas razones y bajo esa línea, se ha recalado que es necesario precisar en forma clara, concreta y puntual las razones de inconformidad del contratista, pues solo de esa manera la administración puede advertir el punto de discrepancia y procurar su solución oportuna, o bien, tener certeza sobre los aspectos que definitivamente no pudieron ser objeto de acuerdo, por lo que se prevé su eventual juicio.”⁵

En este orden de ideas, debe concluirse que el Municipio de Manizales, no puede discutir en este momento procesal las obligaciones contenidas en el acta de liquidación bilateral y, por tanto, no está llamado a prosperar el medio exceptivo de cobro de lo no debido por la vía ejecutiva.

Solución al cuarto problema jurídico

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso la condena en costas se ajustó a derecho, ya que la decisión se fundamentó en el criterio objetivo valorativo.

Al consultar la argumentación que se efectuó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se tiene que el *a quo* consideró procedente condenar en costas al Municipio de Manizales en favor de la parte demandante en los términos de los artículos 365 y 366 del CGP.

Al momento de formular el recurso de apelación, el municipio de Manizales se limitó a solicitar la revocatoria de la condena en costas sin debatir a profundidad los razones frente a este punto.

Para resolver este aspecto, se recuerda que el artículo 188 del CPACA, adicionado por la Ley 2080 de 2021, consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A. Consejera Ponente: María Adriana Marín Bogotá D.C., sentencia del 20 de mayo de 2022, radicación número: 250002326000201101015 01 (52360) Demandante: Construcciones CF S.A.S. Demandado: Distrito Capital - Secretaría de Educación Distrital.

condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

Debe indicarse que las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el proceso, la cual corresponde por una parte a las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado, a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuadas por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

De acuerdo a la redacción del artículo, la condena en costas no se condicionó a la forma en que la parte se desarrolló dentro del litigio, simplemente se estableció que la sentencia dispondría lo pertinente, y aclaró que la liquidación y ejecución se ceñirían hoy en día a lo establecido en el Código General del Proceso, norma que reguló el asunto en sus artículos 365 y 366.

El artículo 188 del CPACA, con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, determinó que se dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, pero ello no eliminó, en dado caso que la demanda haya incurrido en ese supuesto, de tener que aplicar el criterio adoptado para su imposición, que es el objetivo valorativo, el cual impone no solo verificar la parte vencida en juicio, sino además el deber de precisar los motivos por los cuales se considera que procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las mismas.

En atención a lo expuesto, y con fundamento en el criterio objetivo valorativo, en este caso la condena en costas que impuso el juez de primera instancia se ajustó a derecho, ya que en relación al criterio objetivo, las costas se impusieron a la parte vencida en juicio e igualmente, se agotó un estudio valorativo al argumentar el porqué de la condena, en especial en relación a la liquidación de las agencias en derecho tomando como criterios de tasación la naturaleza del proceso y la duración del mismo.

Decisión de segunda instancia.

Considera la Sala que en efecto el Municipio de Manizales no ha pagado en favor del Consorcio HI Manizales el valor adeudado según acta de liquidación contrato de obra

pública No. 1805180520 suscrita el 21 de junio de 2019; esto es, se debe continuar adelante la ejecución por la suma de **\$153.586.104.00.**, tal como se ordenó por el a quo.

De igual forma se deberá modificar el ordinal segundo de la sentencia recurrida en el sentido de declarar impróspera la excepción *“COBRO DE LO NO DEBIDO POR LA VÍA EJECUTIVA, RESPECTO DEL VALOR ADICIONAL AL FIJADO EN EL ACTA DE RECIBO FINAL PARA CONTRATO DE OBRA PÚBLICA CON FECHA 31 DE DICIEMBRE DE 2018”*. En lo demás la providencia será confirmada la sentencia.

Costas

Acorde con lo señalado en precedencia, con fundamento en el artículo 188 del CPACA y el artículo 365 del CGP y, en aplicación del criterio objetivo valorativo, no se impondrá condena en costas en esta instancia al no haberse acreditado que la parte actora haya incurrido en gastos procesales o haya intervenido en esta instancia a través de su apoderado judicial.

En mérito de lo expuesto, LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida en la audiencia del artículo 372 del Código General del Proceso que se realizó el 22 de junio de 2021, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso ejecutivo promovido por el **CONSORCIO HI MANIZALES** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES** en el siguiente sentido:

“SEGUNDO: DECLÁRASE IMPRÓSPERO, el medio exceptivo de: *“COBRO DE LO NO DEBIDO POR LA VÍA EJECUTIVA, RESPECTO DEL VALOR ADICIONAL AL FIJADO EN EL ACTA DE RECIBO FINAL PARA CONTRATO DE OBRA PÚBLICA CON FECHA 31 DE DICIEMBRE DE 2018”*, formulado por la entidad ejecutada.”

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la providencia del 22 de junio de 2021.

TERCERO: No se condena en costas de la segunda instancia, por lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

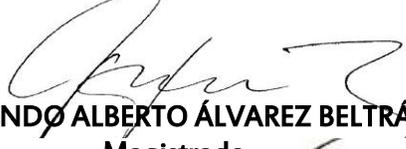
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 13 de abril de 2023 conforme acta nro. 016 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 062 del 17 de abril de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, trece (13) de abril de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17001-33-39-007-2021-00055-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUZ JANETH SOLARTE GARCÍA
ACCIONADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en virtud de recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, contra la sentencia que accedió a pretensiones, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 14 de septiembre de 2022.

PRETENSIONES

La parte accionante solicita:

“1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 27 DE NOVIEMBRE DE 2020, frente a la petición presentada el día 27 DE AGOSTO DE 2020, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los SETENTA (70) DÍAS hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

*2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la **NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los SETENTA (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

CONDENAS

*1. Condenar a la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-**, a que se le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día retardo, contados desde los **SETENTA (70) días hábiles** después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

*2. Que se ordene a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** 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 dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.)*

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

*4. Condenar a la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-** 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 la **SANCIÓN MORATORIA** reconocida en esta sentencia.*

HECHOS

- La demandante solicitó el 29 de noviembre de 2019 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de sus cesantías.
- Mediante Resolución No. 7856-6del17de diciembre de 2019 la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del FOMAG ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías reclamadas.
- Las cesantías fueron pagas a través de entidad bancaria el 16 de abril de 2020.
- El actor solicitó el 27 de agosto de 2020al FOMAG que reconociera y pagara la sanción por mora debido al pago tardío de las cesantías reclamadas.

- La entidad demandada no dio respuesta a lo solicitado configurándose acto ficto o presunto el 27 de noviembre de 2020.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Consideró que el acto administrativo cuya nulidad se pretende infringe los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Expuso la parte actora que, las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 regularon el pago de las cesantías a los servidores públicos, estableciendo un plazo perentorio para el pago de esta prestación conformado por los 15 días contados a partir de la radicación de la solicitud y los siguientes 45 días para proceder al pago al servidor una vez expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Esgrimió que, pese a que la jurisprudencia ha sido clara en la forma como debe ser interpretado el sentido del término entre el reconocimiento y pago, la entidad demandada ha venido cancelando la prestación reclamada por fuera del término establecido en la Ley, lo que conlleva la sanción deprecada a su cargo, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, el cual se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de los 65 días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de las cesantías y hasta cuando se hizo efectivo el pago de las mismas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: al contestar la demanda sostuvo que si bien las altas cortes determinaron que la sanción por mora sí es aplicable al pago de cesantías del FNPSM, a pesar que no esté previsto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005 , no en menos cierto que, la existencia de problemas operativos en las entidades territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas Resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al FNPSM.

Alegó que, en este caso es el fondo quien tiene la función del pago de prestaciones, sin embargo, la expedición del acto corresponde a las Secretarías de Educación y es en virtud de ello, que no solo debe analizarse la conducta del ente pagador o del Ministerio de

Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino del ente territorial quien es el encargado de expedir el acto de reconocimiento de la prestación a que haya lugar.

Que si en gracia de discusión, existiere mora en el pago de las cesantías, lo cierto es que esta deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial, pues emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica. Aunado al hecho que ese Fondo no cuenta con partida presupuestal o con dinero que sea destinado a este tipo de pretensiones, a contrario sensu, solo es responsable del pago de las prestaciones económicas de los docentes, razón por la que no es dable establecer condena en su contra, conforme lo consagrado en el inciso cuarto y el párrafo primero del artículo 57 de la ley 1755 de 2019.

Como excepciones propone las que denominó:

Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para el pago de la sanción moratoria, cobro de lo no debido: que conforme a la modificación introducida en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la entidad solo se encuentra autorizada a pagar de sus recursos únicamente en aquellos casos en los cuales el docente demuestre de forma efectiva que no le fueron pagadas las cesantías.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 14 de septiembre de 2022 el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, tras plantearse como problema jurídico la procedencia de la sanción moratoria por concepto de no consignación oportuna de cesantías contemplada en la Ley 244 de 1994 y modificada por la Ley 1071 de 2006, accedió a pretensiones.

Explicó que, si bien los docentes del sector público tienen una regulación en materia de cesantías prevista en la Ley 91 de 1989, esta norma no contempla dentro de su articulado la sanción que reclama la actora, y que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, sí fijan los términos del pago oportuno de la prestación para los servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política, entre los que se encuentran los docentes.

Apoyada entonces en las anteriores normas, resaltó que, a partir del momento de radicación de la solicitud, la entidad dispone de un término de 15 días hábiles para emitir

el acto administrativo, más 10 días de ejecutoria, y una vez en firme el mismo, tiene un plazo de 45 días adicionales para realizar el pago, so pena de causar la sanción moratoria.

Concluyó el *A quo* que, la entidad deberá cancelar a la demandante la indemnización moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006; en cuanto a la prescripción, afirmó que no se configura la misma, teniendo en cuenta que entre la fecha en que se hizo el pago y la fecha de radicación de la petición de reconocimiento no transcurrieron más de tres años.

De otro lado establece que, la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el 12 de marzo de 2020 al 15 de abril de 2020, inclusive.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La parte accionada apeló la sentencia señalando que dentro de las competencias por el Decreto 2831 de 2005, se encuentra la atención a las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del Magisterio, que se realizará a través de las Secretarías de Educación certificadas a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el solicitante; estas Secretarías de Educación a su vez al momento de expedir los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas, deben atender al turno de radicación de las solicitudes de pago y a la disponibilidad presupuestal que haya para tal fin.

Por esa razón, el trámite administrativo respecto de las cesantías de los docentes implica la participación de diferentes actores, tales como, el ente nominador o la entidad territorial y la Fiduprevisora en su calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Que, por lo tanto, el fallo atacado omitió estudiar que la obligación se desprende de plazos que cada entidad debe cumplir, por lo que, bajo la teoría de la descentralización de los entes territoriales, deberán ser llamados a responder por el interregno que incurrió en mora en el caso en concreto.

Que, en el presente caso, la reclamación judicial del docente busca el pago de la sanción moratoria, no obstante, las cesantías fueron pagadas efectivamente, momento hasta el cual llega su responsabilidad. Por consiguiente, no existe legitimación en la causa por pasiva del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que la modificación normativa introducida, traslada cualquier obligación de pago derivada del retardo en el

pago de las cesantías a la entidad territorial certificada y a la Fiduciaria administradora y vocera del patrimonio autónomo.

Que, en caso de existir mora en el pago de las cesantías, deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial, pues emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica, aunado al hecho que no existe una partida presupuestal en el FNPSM destinada a asumir el pago de la sanción por mora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 05 del expediente digital de segunda instancia las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES.

Cuestión previa.

Para el Tribunal Administrativo de Caldas resulta importante indicar, que conforme a la sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018**¹, relacionada con el pago tardío de cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso sub – examine:

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

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

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

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el

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

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

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

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

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

Problema jurídico.

Teniendo en cuenta el recurso de apelación el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

¿Cuál es la entidad obligada a responder por el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?

Tesis del Tribunal: la tesis que defenderá la Sala es que en el presente asunto corresponde a la Nación - Ministerio de Educación – FNPSM responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia que es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019.

² Artículos 68 y 69 CPACA.

Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

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

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

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado³ sostuvo que: "*será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo*".

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019⁴ y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

ARTÍCULO 57º. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

⁴ Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales? FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

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

En cuanto al responsable del pago de la sanción moratoria

La parte demandada en su apelación afirma que, la responsable es la entidad territorial por cuanto emitió de forma extemporánea el acto administrativo de reconocimiento de tales prestaciones y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica.

Al respecto la Sala, de acuerdo con las pruebas allegadas, encuentra acreditado que, la demandante el 29 de noviembre de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva⁵, y su solicitud fue atendida mediante Resolución 7856-6 del 17 de diciembre de 2019 expedida por la Secretaría de Educación, esto es, dentro del término de los 15 días que contempla la norma.

Adicionalmente se encuentra acreditado que, el pago debió efectuarse a más tardar el 11 de marzo de 2020, pero la entidad realizó el pago el 16 de abril de 2020 según consta en la certificación de pago de cesantía. Por lo tanto, se concluyen que existió mora del 12 de marzo de 2020, inclusive, al 15 de abril de 2020, inclusive, al haberse superado el plazo que disponía para el pago, tal como lo señaló en *a quo* en la sentencia apelada.

Por lo tanto, no se evidencia una mora en la secretaria de Educación territorial en el reconocimiento y notificación del acto de reconocimiento de las cesantías, y tampoco se encuentra acreditado el incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la secretaria de Educación territorial al FNPSM.

Lo que se evidencia es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual resulta imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – FNPSM en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*.

En consecuencia, es claro que, en el presente asunto, la entidad responsable del pago de la sanción por mora causada le corresponde a la Nación – Ministerio de Educación

⁵ Archivo: 01DemandayAnexos.pdf

Nacional, por lo tanto, no prosperan los argumentos expuestos por la demandada en cuanto afirma una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Conclusión

Al haberse causado la mora después del reconocimiento de las cesantías reclamadas la Nación - Ministerio de Educación – FNPSM es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

Costas

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

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

FALLA

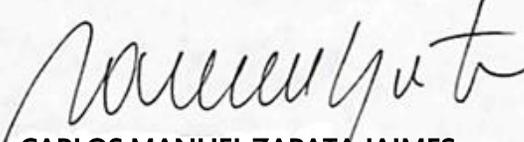
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el día 14 de septiembre de 2022 en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **LUZ JANETH SOLARTE GARCÍA** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 13 de abril de 2023,
conforme acta nro. 016 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 062 del 17 de
abril de 2023.