

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 236

Manizales, veinte (20) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-33-004-2014-00278-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: María Amparo Álzate Álzate, Sandra Liliana Rojas Álzate, Jorge Wilmar Rojas Álzate, Juan Carlos Rojas Álzate
Demandados: E.S.E Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu, Caldas
Cafesalud E.P.S. (Liquidado)
Vinculados: La Previsora Compañía de Seguros S.A.¹

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la E.S.E demandada, la llamada en garantía y la parte actora, contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones formuladas en la demanda.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicitó en síntesis, declarar responsables a las demandadas por los perjuicios causados por el fallecimiento del señor José Orlando Rojas Buitrago -en adelante JORB- al no haber garantizado la atención médica que este requería, de manera oportuna, adecuada y eficiente, situación que fue determinante en su deceso. Como consecuencia de lo anterior, se condene a las demandadas al pago de los perjuicios materiales² y morales³ causados.

1.2. Fundamento fáctico

El 18 de diciembre de 2012 el señor JORB -afiliado a la E.P.S. Cafesalud- acudió a la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul, de Aránzazu, Caldas, con ocasión de un desmayo que sufrió ese mismo día y síntomas identificados en la historia clínica como “Disnea” y “dolor en la espalda”, siendo dejado en observación hasta el día siguiente, sin que le fuese practicado ningún examen o protocolo para descartar evento coronario.

¹ Llamada en garantía por la E.S.E. demandada.

² Por concepto de lucro cesante en cuantía de \$ 288.316.893 en favor de la cónyuge del fallecido.

³ La suma de 100 s.m.m.l.v. para cada uno de los demandantes en atención a su condición de cónyuge e hijos del fallecido.

Que el 19 de diciembre de 2012 en horas de la tarde, el señor JORB al continuar sintiendo dolencias le solicitó a su familia lo llevaran de vuelta al Hospital San Vicente de Paul, donde al momento del reingreso se anotó nuevamente “*dolor de espalda*” y si bien se realizaron otros exámenes y rayos x, ninguno fue dirigido a descartar evento coronario.

Para el 21 de diciembre de 2012, el señor JORB reingresó el paciente por tercera vez, al centro hospitalario, nuevamente se le practicaron otros exámenes de tipo diagnóstico, diagnosticándose una “*enfermedad pulmonar obstructiva crónica*” y “*cólico renal, no especificado*” siendo dado de alta el 22 de diciembre de 2022, sin realizarse electrocardiograma para descartar o confirmar cardiopatía.

Que el 24 de diciembre de 2012, por cuarta vez ingresa JORB al hospital San Vicente de Paul de Aránzazu en cumplimiento de una cita de consulta externa, siendo despachado para su casa con posible diagnóstico de “*cálculos renales*”. El 25 de diciembre el paciente pasó todo el día en su residencia en la vereda El Roble, con terribles dolores a la altura del pecho y espalda, con evidente dificultad respiratoria y vómito, razón por la cual entrada la tarde fue llevado nuevamente al servicio de urgencias de la E.S.E., donde se realizó la práctica de un electrocardiograma atendiendo a que presentó un paro cardiorrespiratorio.

Que finalmente, el señor JORB falleció el 25 de diciembre de 2012, a las 19:10 horas, en el Hospital San Vicente de Paul, debido a un infarto agudo de miocardio, según se reportó en la historia clínica del paciente.

2. Contestación de la demanda⁴

2.1. E.P.S. Cafesalud

Se opuso a las pretensiones planteadas, especialmente en relación a la solicitud de establecer responsabilidad solidaria frente a la EPS debida a que, los actos médicos cuestionados por la parte actora, no estaban bajo su competencia, pues esta no fue la entidad que directamente proporcionó los servicios médicos al paciente, ya que estos fueron llevados a cabo por el Hospital San Vicente de Paul.

Explicó que la EPS no interviene de manera directa en la prestación de servicios de atención médica a los pacientes, ya que esta función recae exclusivamente en la IPS, por lo que, en consecuencia, la EPS no tiene conocimiento sobre los detalles del tratamiento médico proporcionado a su afiliado.

Que según la historia clínica, el paciente inicialmente consultó debido a síntomas de sensación de ahogo (disnea), dificultad para expulsar secreciones y no mencionó otros

⁴ No se hará referencia las contestaciones emitidas por las demandadas I.P.S. Clínica San Rafael e I.P.S. Clínica La Sagrada Familia, atendiendo al desistimiento de pretensiones frente a aquellas.

síntomas relacionados con dolor en el pecho, y que durante el examen físico, se identificó dificultad para respirar debido al aleteo nasal (movimiento de la nariz para abrir las fosas nasales), se detectaron ruidos respiratorios gruesos en ambos pulmones y ruidos obstrusivos (silbidos) con disfunción en la región toracoabdominal al respirar, con una frecuencia respiratoria de 80, lo que llevó a los médicos a establecer un diagnóstico de enfermedad pulmonar, además, menciona como existen múltiples los factores y causas que pueden llevar a una persona a experimentar dolor de espalda como los comentados por el paciente a los galenos.

En relación a las reclamaciones por perjuicios, mencionó que no se dispone de información sobre el dolor emocional experimentado, la estructura del grupo familiar ni los ingresos de los afiliados al sistema de seguridad social en salud de la EPS.

Con base en lo anterior, propuso las excepciones que denominó *“Cumplimiento contractual”, “Pertinencia de la aplicación de las obligaciones de medio”, “Inexistencia de solidaridad entre EPS e IPS” y “Excesiva tasación de pretensiones”*.

2.2. E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante. Señaló que el paciente recibió atención médica basada en los síntomas que presentó, y no se le remitió a otro nivel de atención, ya que esto se reserva para casos graves o cuando se necesitan exámenes adicionales. Además, el paciente consultó por problemas respiratorios el 19 de diciembre de 2012, y se identificó una historia familiar de patologías similares, y antecedentes de tabaquismo lo que aumentaba los riesgos de afecciones respiratorias siendo esta la primera conclusión diagnóstica que se emitió por los galenos de la institución.

Agrega que, las atenciones médicas brindadas en el Hospital de Aránzazu fueron adecuadas, considerando la prioridad del paciente en el triaje y las anotaciones de la historia clínica reflejan la atención brindada y la evaluación clínica, que incluyó la orden de radiografías de tórax que mostraron congestión hiliar bilateral.

Que por lo anterior, el paciente fue dado de alta, porque no se consideraba un riesgo para su salud en ese momento, indicando que si continuaba experimentando dolor, debía buscar atención médica nuevamente, registrándose así que en su siguiente atención arribó consciente y orientado, sin cianosis y con signos vitales estables, identificándose síntomas que conllevaron al diagnóstico de neumonía bacteriana y enfermedad pulmonar obstructiva no especificada, decisiones médicas basadas en protocolos estándar y en su evaluación clínica, sin que se observe evidencia de negligencia médica que empeorara su condición.

Que no se ordenó un electrocardiograma al ingresar, ya que no se justificaba médicamente y que no hay registros de presión arterial en la historia clínica y los dolores en el tórax fueron interpretados como cólicos renales debido a su ubicación y a la mejora

constante de los síntomas. El protocolo para el dolor torácico agudo se aplica cuando los síntomas son intensos y claros, lo que no se observó en este caso.

Que si bien la causa principal de la muerte del paciente fue la cardiopatía hereditaria, para cuando se ordenó un electrocardiograma antes del paro cardiorrespiratorio que resultó en su fallecimiento, su salud ya estaba muy deteriorada, y su deceso se atribuye a causas naturales debido a su salud debilitada y a un infarto fulminante que no respondió a los intentos de resucitación.

Con base en los referidos argumentos propuso las excepciones que denominó "*Acción Judicial inadecuada para tramitar reclamación de perjuicios e inepta demanda*", "*Falta de legitimación por pasiva e inepta demanda en relación con la Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu Caldas*", "*Inexistencia del elemento daño*", "*Imposibilidad de imputación*" y "*Ausencia del nexo causal*".

Finalmente, formuló llamamiento en garantía frente a La Previsora S.A. con fundamento en la póliza de seguro de responsabilidad expedida por dicha aseguradora, por la cual considera se respaldó la responsabilidad patrimonial que en asuntos como el *sub examine*.

2.3. La Previsora Compañía de Seguros S.A.

Dio respuesta a la demanda, arguyendo que la atención brindada en la E.S.E. demandada se ajustó a la ciencia médica siendo oportuna y brindada por profesionales de la ciencia médica sin que se acreditara por los demandantes la real existencia de un nexo de causalidad entre el fallecimiento del señor JORB y la atención brindada por la llamante en garantía.

Respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía advirtió que la póliza que da base a su vinculación dispone en su clausulado que el asegurador no cubriría bajo ninguna circunstancia reclamaciones que el asegurado tenga que pagar como consecuencia directa o indirecta de culpa grave en el ejercicio de la prestación de los servicios de salud.

De otra parte, señaló que en este caso la póliza aportada tenía vigencia temporal específica, por lo cual, al no haberse efectuado la reclamación pertinente durante dicha vigencia de la póliza, según el clausulado pertinente no hay lugar a disponer condena alguna a cargo de la aseguradora, y que, en todo caso de hacerse, este deberá limitarse al monto asegurado.

Así, propuso las excepciones que tituló "*Inexistencia del nexo de causalidad entre el daño alegado en la demanda y la atención prestada por el hospital San Vicente de Paul de Aranzazu*", "*Inexistencia de la cobertura de la póliza de responsabilidad civil para los hechos de la demanda*", "*Ausencia de amparo bajo la póliza de responsabilidad civil, ante la no notificación oportuna del siniestro*", "*Inoperancia de la póliza base del llamamiento, como formula indemnizatoria respecto de los hechos de la demanda*", "*límite del valor asegurado*".

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora y, condenó a la ESE Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu a pagar los perjuicios morales a los demandantes atendiendo a sus calidades de cónyuge e hijos de la víctima, perjuicios extrapatrimoniales que fijó en 50 smmlv para cada uno de los demandantes -tras aplicar las tablas señaladas en sentencia de unificación del Consejo de Estado sobre la liquidación de este tipo de perjuicios, cuyos valores redujo en un 50%-; igualmente dispuso el reconocimiento de lucro cesante, computado con base a la expectativa de vida del fallecido y al salario mínimo legal mensual vigente, igualmente reducidas en dicho porcentaje.

Para fundamentar su decisión, luego del análisis jurídico y probatorio concluyó que: “... *el daño que se evidencia es la pérdida de la oportunidad de salvar la vida del paciente, pues por la falta de atención debida y aplicación de los protocolos de urgencias, falleció el paciente, ante la falta de un diagnóstico preciso, debiéndose guardar la debido (sic) prudencia con un paciente multiconsultante que no presentaba mejoría...*”.

Así las cosas, consideró que la conducta médica y administrativa desplegada por la E.S.E. demandada no fue la adecuada, dada la no aplicación de la *lex artis* que indica -según prueba técnica recaudada- que, ante una sintomatología como la presentada por el paciente, el protocolo básico impone la realización de procedimientos que permitan descartar la presencia de eventos coronarios, lo cual no se hizo por parte del personal del Hospital San Vicente de Paul, situación que le impidió acceder a una expectativa seria, verídica, actual y real, frente a la recuperación de la salud, que si bien no era la mejor, se le hubiera garantizado el chance de acceder al tratamiento adecuado con una observación continúa en el centro hospitalario, con la realización de otros exámenes complementarios determinantes a fin de verificar su padecimiento o en su defecto la remisión intrahospitalaria a un nivel superior de atención.

Señaló que no se vislumbró responsabilidad en cabeza de Cafesalud E.P.S. pues no se acreditó ningún tipo negativa de índole administrativo por parte de dicha accionada en cuanto sus funciones propias de gestión del aseguramiento en salud que haya impedido el acceso al tratamiento y diagnóstico que el paciente requería.

Finalmente, impuso la obligación a la llamada en garantía La Previsora, de cancelar directamente a cada uno de los beneficiarios y hasta el límite del valor asegurado de conformidad con la póliza No. 1002131, las sumas reconocidas por concepto de indemnización, advirtiéndole que en todo caso los valores no cubiertos por dicha póliza deben ser asumidos por el Hospital San Vicente de Paul.

4. Recursos de apelación

4.1. Parte demandante

Afirmó que, no debió aplicarse la figura de la pérdida de oportunidad, que finalmente concluyó con una disminución del valor de las condenas, pues la conducta desplegada por la entidad accionada, no se limitó a impedir el acceso al tratamiento adecuado y al chance de recuperación, sino que fue de tal magnitud que en verdad conllevó al fallecimiento del paciente; agregando que, el uso de dicha figura tal como el *a quo* la aplicó en este caso, se convertiría en regla, que conllevaría a que todo evento en que el servicio médico haya fallado al atender a una persona enferma, de suyo se convertiría en un caso de “*pérdida de una oportunidad*” para recuperar la salud, lo cual no puede ser, en especial porque al perder la vida una persona no pierde “*una*” oportunidad, sino “*todas*” las oportunidades que tenía.

Señala que dejar de practicar el electrocardiograma y el examen de troponinas, junto con las varias otras conductas constitutivas de falla que se presentaron en este caso, no dan cuenta de una pérdida de oportunidad, sino de un craso evento de falla en el servicio, pura y dura, que por omisión de haber hecho lo que para la autoridad era «*obligación*» y era «*posible*», dio lugar a la causación de daños antijurídicos nítidos de tipo material e inmaterial, sin que en justicia quepa hacer algún descuento a las víctimas, pues no es posible suponer que el paciente de todos modos se iba a morir por infarto agudo de miocardio, pues no es eso lo que ha de suceder en este siglo cuando un paciente consulta por urgencias cuatro días antes de sufrir su infarto y refiere a los médicos, con claridad rotunda, que cuenta con todos los síntomas que son consistentes con enfermedad coronaria.

4.2. E.S.E. Hospital San Vicente de Paul

Solicitó revocar el fallo al argüir que, el actuar médico al momento de la atención fue eficiente, oportuna, suficiente y adecuada, según las anotaciones existentes en la historia clínica, pues los síntomas reflejados por el paciente a su ingreso sobre dolor abdominal y dificultad para respirar denotaban un cuadro clínico diferente para una enfermedad cardio vascular, donde se reitera que esta entidad cumplió sus protocolos médicos para el ingreso, recepción y diagnóstico del paciente, para aquel momento, prueba de todo esto es la historia clínica con todas sus anotaciones.

Adujo entonces que, con la primera atención que se le dio, bajo los síntomas que presentaba de “*estar asfixiado*” se le dejó en observación y se le formularon medicamentos que hicieron efecto y por eso se pudo dar de alta, siendo esa la actuación que debía asumir el hospital pues el actuar del médico de turno fue acorde con las circunstancias del momento y sintomatología del paciente para la ocasión.

Agregó que, el dictamen presentado por la parte demandante y que fue sustento de la sentencia condenatoria, fue realizado por un médico particular al cual hay que hacerle varios cuestionamientos y hay que hacerle serias observaciones, pues se trató de un médico internista que ya estaba retirado desde hace más de 12 años de su vida profesional, sin procesos de actualización tal y como lo reconoció en el interrogatorio

que le fue realizado, aunado a que no basó su concepto en guías médicas o en documentos del sector de la cardiología con contenido científico como lo ordena la ley, sólo se limitó a decir que lo hacía con base en su experiencia.

Señaló que, que las guías médicas que ha diseñado el Ministerio de Salud y que fueron aducidas en el fallo recurrido no dejan de ser lineamientos o recomendaciones las cuales no son obligatorias, respetando la autonomía y experiencia médica y dependen de distintos escenarios incluso de los contextos sociales y culturales del país, pese a lo cual el Juzgado les da la categoría de ser un imperativo legal para el galeno que atendió el caso y para el hospital, basando su responsabilidad en gran parte del contenido de las mismas, que ni siquiera están adoptadas en un acto administrativo, bien por la institución o por el Ministerio de Salud.

Afirmó que, para que exista responsabilidad medica al tenor de nuestra jurisprudencia, la deficiente atención hospitalaria debe ser la causa del daño, es decir que el daño debe ser efecto y resultado de la conducta médica y debe ser la causa próxima y determinante para que este se produzca, o cuando menos que esa atención haya contribuido en un mayor grado a la producción del resultado manera que, si no hubiese sido por ese actuar, el daño no se hubiere producido.

4.3. La Previsora Compañía de Seguros S.A.

Manifestó que la decisión adoptada resulta incongruente, pues el *a quo* se alejó de la imputación que fue efectuada por la propia parte actora quien alegó la existencia de una falla en el servicio, para encaminarse a imputar un daño a título de pérdida de oportunidad, lo cual excede las facultades extra y ultra petita con que cuenta el fallador, lo cual vulnera el artículo 281 del C.G.P.

Que la figura de pérdida de oportunidad no puede ser utilizada para construir una presunción artificial y parcial de responsabilidad y condenar haciendo uso de esta técnica de facilitación probatoria en asuntos donde la parte demandante -quien tenía la carga de la prueba- no logró acreditar la relación de causalidad entre el daño y la actuación de las instituciones prestadoras de servicios médicos, mucho menos cuando en todas las oportunidades procesales pertinentes la parte actora deprecó una indemnización consistente en el daño la muerte del señor JORB y nunca en la pérdida de oportunidad que finalmente resolvió indemnizar el *a quo*.

Que el *a quo* sin fundamento probatorio o fáctico alguno, desconoció que la muerte del paciente se produjo por un infarto agudo de miocardio que se produjo de manera fulminante, imprevisto e imprevisible, desconociendo que la E.S.E. demandada brindó la atención necesaria para el diagnóstico de enfermedad pulmonar que inicialmente fue determinado.

Alega que, el actuar de los médicos, al momento de la atención entre el 19 y el 25 de diciembre de 2012, con la información suministrada por los familiares y el paciente fue

eficiente, oportuna, suficiente y adecuada, según las anotaciones existentes en la historia clínica y los síntomas reflejados por el paciente a su ingreso, donde se reitera que esta entidad cumplió sus protocolos médicos para el ingreso, recepción y diagnóstico del paciente.

Que en el hipotético evento de no atenderse las súplicas del presente recurso, debe modificarse el fallo en cuanto a la indebida aplicación de las reglas de liquidación referentes a los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

Respecto a las decisiones adoptadas frente al llamamiento en garantía advirtió que, no debió generarse una obligación directa o siquiera solidaria a cargo de la compañía de seguros, pues las fuentes de las obligaciones resarcitorias suscitadas a raíz de la acción de reparación directa no se relacionan a las emanadas del contrato de seguro, obligación que sólo corresponde a título de reembolso y siempre limitada a los valores asegurados.

Agregó que, en el evento de que se revocare el fallo o se modificara con fundamento en una hipotética condena frente al asegurado con fundamento en dolo o culpa grave, no debe haber lugar a la obligación de reembolso, en razón a que este riesgo no es de obligatoria aceptación por parte del asegurador y el clausulado de la póliza señala como una exclusión expresa del aseguramiento los daños que puedan ser causados por dolo y/o la culpa grave del tomador/asegurado.

II. Consideraciones

1. Cuestión previa – congruencia del fallo recurrido

Previo a descender al análisis de los cargos de apelación planteados, la Sala analizará lo referente a la vulneración al principio de congruencia por parte de la sentencia recurrida según fue alegado por la llamada en garantía al considerar que, el *a quo* profirió un fallo extra petita al analizar la responsabilidad endilgada a la demandada desde la óptica de un daño por pérdida de oportunidad y no desde el daño antijurídico expresamente alegado por la parte demandante consistente en la muerte del señor JORB.

Al respecto la Sala precisa que, una interpretación lógica y racional de la demanda permite advertir que la causa petendi no se circunscribió exclusivamente al fallecimiento del señor JORB, sino que se expuso, como configurativo del mismo, los derivados de las omisiones en que incurrieron las entidades demandadas en la prestación de los servicios de salud.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado para aquellos asuntos en que la falla en el servicio radica en no permitir al paciente el acceso a los medios necesarios para tratar sus padecimientos, ha expuesto⁵:

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 29 noviembre del 2017, radicación número: 05001-23-31-000-2003-01057-01 (38725).

*“la pérdida de oportunidad o pérdida de chance se configura en todos aquellos casos en los que una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.”*⁶

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

Corolario, la Sala no evidencia vulnerado el principio de congruencia por el análisis del daño consistente en la pérdida de oportunidad; en consecuencia, procederá al análisis de los demás cargos de apelación propuestos contra la sentencia.

2. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, esta instancia se centrará en establecer si *¿El daño consistente en el fallecimiento del señor JORB o por la pérdida de oportunidad, es imputable a la ESE Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu?*

¿Los perjuicios morales y los materiales en la modalidad de lucro cesante fueron debidamente liquidados en el fallo?

¿La Previsora podía ser obligada al pago directo de las indemnizaciones a las víctimas, o solo podía ser obligada al reembolso; además, acaeció una causal de exclusión por tratarse de un daño causado a título de dolo o culpa grave?

⁶ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593.

3. Primer problema jurídico

3.1. Tesis del tribunal

El daño consistente en la pérdida de oportunidad padecido por el señor JORB, de ser valorado y tratado adecuadamente, se encuentra acreditado y es imputable a la ESE demandada, en razón de las falencias en que incurrió en la atención del paciente. De otra parte, los elementos probatorios no son suficientes para imputar el daño consistente en la muerte del señor JORB a las entidades demandadas.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: i) el fundamento jurídico de la imputación; ii) la pérdida de oportunidad como tipo de daño antijurídico autónomo; iii) los hechos acreditados relevantes para resolver el problema jurídico, y iv) el caso concreto.

3.2. Fundamento jurídico

3.2.1. 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 procesales⁷.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado 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

⁷ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva o morigerar dicha carga probatoria.

Tratándose de supuestos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad con ocasión de actividades médico-asistenciales, según jurisprudencia constante del Consejo de Estado, la responsabilidad patrimonial que le incumbe al Estado se debe analizar bajo el régimen de la falla probada del servicio, a lo cual se ha agregado que, en atención al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello conlleva, el nexo de causalidad puede acreditarse de diversas maneras, en especial mediante la utilización de indicios, que no en pocas ocasiones constituye el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla endilgada⁸.

Para analizar la existencia del nexo causal, la doctrina y la jurisprudencia han propuesto diferentes teorías, entre las cuales se encuentran la de equivalencia de condiciones y la de causalidad adecuada, ésta última acogida por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado para resolver los asuntos relativos a la responsabilidad extracontractual civil y del Estado, respectivamente.

La teoría de equivalencia de condiciones señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, es decir, que todas las situaciones que anteceden a un resultado tienen la misma incidencia en su producción y, en consecuencia, todas son jurídicamente relevantes. Dicha teoría fue reemplazada por la de causalidad adecuada, que apunta a que será el hecho eficiente y determinante para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, esto es, el que resulte idóneo para su configuración⁹.

3.2.2. Pérdida de oportunidad – daño antijurídico autónomo

Sin perjuicio del título jurídico de imputación es decir de régimen de responsabilidad a cuyo estudio haya lugar, la Jurisprudencia Contencioso Administrativa ha desarrollado el análisis de la pérdida de oportunidad es una categoría de daño antijurídico de contenido autónomo en asuntos de responsabilidad por la prestación de servicios de

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2008. M.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp 15.563. "(...) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño". Al respecto consultar también: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16.085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2017, exp. 38.515, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico (E), entre otras.

⁹ Al respecto puede verse: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 30 de julio de 2020. C.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación nro. 25 000 23 41 000 2013 02729 01.

salud, al advertir que en algunos asuntos, si bien no es posible endilgar a las demandadas directamente la consecuencia final presentada en cada asunto (muerte, lesiones definitivas, entre otras), si existen escenarios en que es posible imputar a estas la existencia de un daño entendido como el menoscabo definitivo a haber obtenido el resultado de recibir el tratamiento pertinente para el manejo de las diferentes patologías presentadas por los pacientes.

En efecto el H. Consejo de Estado ha destacado que¹⁰:

“14.1. Esta postura jurisprudencial al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisa que la pérdida de oportunidad es un daño en sí mismo con identidad y características propias, diferente de la ventaja final esperada o del perjuicio que se busca eludir y cuyo colofón es la vulneración a una expectativa legítima, la cual debe ser reparada de acuerdo al porcentaje de probabilidad de realización de la oportunidad que se perdió. Al respecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 11 de agosto de 2010 , señaló:

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

La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”, para su determinación (...). En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 05 de abril del 2017, Rad. Int, 25706, MP. Ramiro Pazos Guerrero.

privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.(...) En cuanto corresponde a esta clase perjuicios, dado que ninguna incompatibilidad existe entre el reconocimiento de los perjuicios ocasionados por el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad que aquí se ha detallado y la aflicción, angustia y congoja que en el plano puramente moral o inmaterial les generó la mencionada pérdida de oportunidad –que no los perjuicios morales por la muerte de la víctima directa– se hará un reconocimiento por este específico concepto -se subraya-

14.2. *Por otra parte, esta decisión señaló los requisitos que estructuran la pérdida de oportunidad como daño autónomo indemnizable, así: (i) la certeza de la oportunidad que se pierde; (ii) la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y (iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la obtención del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado se encontraba en condiciones fácticas y jurídicas idóneas para alcanzar el provecho por el cual propugnaba o evitar el mal del cual buscaba escapar.*

...

15.1. *En la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010, se trajo a colación los requisitos para estructurar el daño de pérdida de oportunidad, a saber: i) certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; ii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.*

...

15.3. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. *En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado.*

...

15.3.1. *En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad*

...

15.4. Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar, se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que, de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.

15.5. Pérdida definitiva de la oportunidad. En tercer lugar, se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.” (Se resalta)

3.3. Hechos acreditados

- El señor JORB, recibió atención médica en la ESE Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu los días 19, 20, 22, 24 y 25 de diciembre de 2012¹¹.
- Como se extrae de las referidas historias clínicas, la atención brindada al señor JORB por parte de la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul puede compendiarse así:
 - Ingreso al servicio de urgencias el 19 de diciembre de 2012, a las 07:36 pm, atención en la cual se registra:

“...PACIENTE MESTIZO MASCULINO DE 62 AÑOS DE EDAD, CON ANTECEDENTES DE EPOC, ASÍ COMO DE SER EXFUMADOR INVETERADO Y COCINAR CON LEÑA EN CASA, ES TRAÍDO AL SERVICIO DE URGENCIAS POR SUS HIJOS YA QUE DESDE HORAS DE LA TARDE PRESENTA UN EPISODIO AGUDO DE DISNEA, CON DIFICULTAD PARA EXPULSAR SECRECIONES A PARTIR A HABER ESTADO EXPUESTO AL MEDIO Y BAJO LLUVIA, EL PACIENTE LLEGA EN CONDICIÓN DE IRRITABILIDAD Y DESESPERO EN EL CURSO DE SU DISNEA, ASÍ COMO AQUEJÁNDOSE DE UN FUERTE DOLOR DE ESPALDA...

EL PACIENTE ES RECIBIDO EN FRANCO ESTADO DE DISTRES RESPIRATORIO, CON FR 30 POR MIN Y SATURACIÓN INICIAL DE 70%, POR LO CUAL SE LE APLICA EV2 AMPOLLAS DE HIDROCORTISONA, BB100 MG, MÁS NEBULIZACIONES CON 10 GOTAS DE BROMURO DE IPRATROPIO, EL MISMO REFIERE LEVE MEJORÍA, Y SE QUEJABA PRINCIPALMENTE DEL DOLOR DE ESPALDA, POR LO CUAL LE APLICAMOS 1AMP DE DICLOFENACO SÓDICO,

¹¹ Ver historia clínica, *Ibidem* folios 28-33.

CONTINUABA EL MISMO CON SATURACIÓN DE 80% Y DISNEA POR LO TANTO LE APLICAMOS MEDIA AMPOLLA DE EPINEFRINA SC, POR LA MISMA DIFICULTAD DE MOVILIZACIÓN DE SECRECIONES Y DESHIDRATACIÓN SUBSECUENTE A LA POLIPNEA SE DECIDE CANALIZAR CON VENA Y PASAR 500 CC DE SSF 0.9% MÁS 1 AMP DE HIDROCORTISONA, EN EL TRANSCURSO DEL CUADRO Y PARA MEJOR EL NIVEL DE ESTRÉS QUE DIFICULTA DE POR SI EL BUEN PROCESO DE VENTILACIÓN SE DECIDIÓ DAR 8 GOTAS DE CLONAZEPAM.

DIAGNÓSTICOS:

J449. ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA, NO ESPECIFICADA.

R060. DISNEA.”

- Ingresó al servicio de urgencias el 20 de diciembre de 2012, a las 12:53 am, atención en la cual se registra:

“...ENFERMEDAD ACTUAL: PTE B.M DE 62 AÑOS DE EDAD, CON APP DE EPOC, QUE LLEVA TTO CON SALBUTAMOL INH 2 PUFF C/6H; BROMURO DE IPRATROPIO 2 PUF C/8H, Y BETAMETASONA INH 2, PUFF C/8H, QUE ACUDE AL SERVICIO REFIRIENDO DOLOR INTENSO EN REGIÓN ABDOMINAL QUE SE IRRADIA EN REGIÓN LUMBAR, Y SE ACOMPAÑA DE ORINAS OSCURAS, NO REFIERE OTROS SÍNTOMAS COMO FIEBRE O ARDOR AL ORINAR.

CONDUCTA: SE ADMINISTRA (NEBULIZACIONES, DICLOFENACO, RAYOS X DE TÓRAX, CUADRO HEMÁTICO, PARACLÍNICOS) SE OBSERVA CONGESTIÓN HILIAR BILATERAL, EL PACIENTE SE ENCUENTRA EN BUEN ESTADO GENERAL, NO DIFICULTAD RESPIRATORIA, SE DAN RECOMENDACIONES Y SIGNOS DE ALARMA, SE INDICA (MEDICAMENTOS) X 10 DÍAS Y 3 DÍAS, SEGUIMIENTO POR CONSULTA EXTERNA EN 10 DÍAS.

DIAGNÓSTICOS:

J159. NEUMONÍA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA

J449. ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA, NO ESPECIFICADA.”

- Ingreso al servicio de urgencias el 22 de diciembre de 2012, a las 1:19 pm, atención en la cual se registra:

“...PACIENTE DE 62 AÑOS DE EDAD, CON ANTECEDENTES DE EPOC, EL CUAL TIENE DIAGNÓSTICO DE NEUMONÍA BACTERIANA A GERMEN NO ESPECIFICADO Y QUE LLEVA EN TRATAMIENTO CON, Y QUE ACUDE EN LA MAÑANA DE HOY REFIRIENDO DOLOR A TIPO CÓLICO EN REGIÓN ABDOMINAL, ESTE REFIERE QUE INICIA EN LA REGIÓN LUMBAR Y QUE SE LE CORRE HACIA ADELANTE A LA REGIÓN DE AMBAS FOSAS ILIACAS Y QUE LE DIFICULTA EL ORINAR, POR PRESENTAR DISURIA Y GOTEÓ POST MICCIONAL. SE CONSTATA DOLOR A PUÑO PERCUSIÓN Y DOLOR EN AMBAS FOSAS ILIACAS E HIPOGASTRIO

CONDUCTA: SE LE INDICAN COMPLEMENTARIOS TALES COMO HEMOGRAMA, REVELANDO (...), ASÍ COMO PARCIAL DE ORINA CON ORINAS TURBIAS, AMARILLA CON

LEUCOCITOS, COLOR AMARILLO, SIN SANGRE, NI CILINDROS. AL MISMO SE LE ADMINISTRAN (MEDICAMENTOS), ASÍ COMO LA INGESTA DE ABUNDANTES LÍQUIDOS Y DIURESIS FRECUENTE, SE EXPLICA SU PATOLOGÍA, ASÍ COMO POSIBLES COMPLICACIONES Y SIGNOS DE ALARMA DE LAS MISMAS.

DIAGNÓSTICO:

N23X. CÓLICO RENAL, NO ESPECIFICADO

J449. ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA, NO ESPECIFICADA...”

- Ingresó al servicio de consulta ambulatoria el 24 de diciembre de 2012, a las 09:27 am, atención en la cual se registra:

“...PACIENTE DE 62 AÑOS DE EDAD, CON ANTECEDENTES DE EPOC, EL CUAL TIENE DIAGNÓSTICO DE NEUMONÍA BACTERIANA A GERMEN NO ESPECIFICADO, SEGÚN HISTORIA CLÍNICA DEL 17/12/2012, PACIENTE QUIEN CONSULTA POR PERSISTENCIA DE DOLOR A TIPO CÓLICO EN REGIÓN ABDOMINAL, ESTE REFIERE QUE SE INICIA EN REGIÓN LUMBAR Y QUE SE CORRE HACIA ADELANTE A LA REGIÓN DE AMBAS FOSAS ILIACAS Y QUE DIFICULTAD ORINAR, POR PRESENTAR DISURIA Y GOTEO POST MICCIONAL. SE CONSTATA DOLOR A PUÑO PERCUSIÓN Y DOLOR EN AMBAS FOSAS ILIACAS E HIPOGASTRIO, PACIENTE QUIEN HA TOMADO MÚLTIPLES MEDICAMENTOS ENVIADOS EN FARMACIA DEL PUEBLO.

PACIENTE DE 62 AÑOS DE EDAD, CLÍNICAMENTE ESTABLE SIN SIRS CLÍNICO O PARACLÍNICO, TOLERANDO LA VÍA ORAL, SE LE REVISAN PARACLÍNICOS COMPLEMENTARIOS, SOLICITADOS EN CITAS PASADAS TALES COMO (...). PACIENTE MULTICONSULTANTE CON DOLOR ABDOMINAL EN EL MOMENTO SIN SIGNOS DE IRRITACIÓN PERITONEAL, QUE NO RESPONDE A MÚLTIPLES MANEJOS INSTAURADOS EN LA SEMANA. SE REMITE PARA VALORACIÓN POR CIRUGÍA.

DIAGNÓSTICO:

R104. OTROS DOLORES ABDOMINALES Y LOS NO ESPECIFICADOS...”

- Ingreso al servicio de urgencias el 25 de diciembre de 2012¹², atención en la cual se registra:

“...PACIENTE DE 62 AÑOS, CON ANTECEDENTES DE EPOC, EL CUAL ES TRAÍDO EN HORAS DE LA TARDE 6:30 PM POR SU HIJO, A NUESTRO SERVICIOS POR CRISIS DISNEICA, EL MISMO ES INGRESADO A LA SALA DE URGENCIAS, EN DONDE SE CONSTATA AUSCULTATORIAMENTE DISMINUCIÓN DEL MURMULLO VESICULAR, SIN LA PRESENCIA DE ESTERTORES CREPITANTES, NI SUBCREPITANTES, INMEDIATAMENTE SE LE

¹² Frente a las anotaciones de este día se advierte, inconsistencia en la historia clínica dado que la misma tiene fecha de realización del 26 de diciembre, sin embargo, se advierte que el fallecimiento del paciente se dio en el marco de su última atención en la E.S.E efectuada el 25 de diciembre según se constata con el registro civil de defunción.

CONSTATAN SIGNOS VITALES CON TA: 148/96MMHG, CON FC:72 SA02, 63 FR:26 XMIN, POR LO CUAL SE DECIDE ADMINISTRAR (...), REFIERE DOLOR EN LA ESPALDA POR LO CUAL SE DECIDE ADMINISTRAR (...). SE SOLICITA EKG EN EL MOMENTO EN QUE SE REALIZA EL MISMO EL PACIENTE ENTRA EN PARO CARDIORESPIRATORIO, POR LO CUAL SE DECIDE ENTUBAR AL PACIENTE CON TUBO ENDOTRAQUEAL Y REALIZAR MANIOBRAS DE RESUCITACIÓN, ASÍ COMO LA ADMINISTRACIÓN DE ADRENALINA 1 AMP EV, SIN OBTENER RESPUESTA, SE QUEDARON CARGADAS OTRAS 2 A LA ESPERA DE ADMINISTRACIÓN.

DIAGNÓSTICO:

I219. INFARTO AGUDO DE MIOCARDIO, SIN OTRA ESPECIFICACIÓN.

J449. ENFERMEDAD PULMONAR OBSTRUCTIVA CRÓNICA, NO ESPECIFICADA

EL ELECTRO MUESTRA CAMBIOS SUGESTIVA IMA, PERO EL MISMO POR LAS CONDICIONES DEL PACIENTE Y DE LOS ELEMENTOS ALREDEDOR MUESTRA MUCHAS INTERFERENCIAS. SE DECLARA AL PACIENTE MUERTO E IRRESUCITABLE, A LAS 7:17 PM...

- Frente a la atención médica que debió brindarse al señor JORB conforme a la *lex artis* para el manejo de patologías como la padecida por aquella, el perito Evelio Gallo Santa¹³, en dictamen pericial¹⁴ explicó:

"1. Se trata de un hombre de 62 años con antecedentes de enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC).

2. Su primera consulta de urgencia al Hospital San Vicente de Paul se realiza por un cuadro agudo cuyos síntomas predominantes son disnea, irritabilidad y desespero y un fuerte dolor de espalda, según consta en la historia clínica, los cuales por sí mismos son indicadores de atención de emergencia.

3. El cuadro clínico manifestado en el numeral 2 podría haber sido producido por diferentes causas, que ameritaban desde el primer momento ser investigadas con estudios básicos y especializados con el paciente hospitalizado en observación hasta encontrar la causa que lo llevo a consultar por urgencia.

*4. Ante la persistencia de su dolor abdominal y de espalda (Torácico Posterior), y ante la posible carencia de recursos especializados, ha debido ser **remitido con carácter urgente a un Centro Hospitalario de nivel superior.***

¹³ Médico Cardiólogo de la Universidad Autónoma de México, con tarjeta profesional del Ministerio de Salud de Colombia N° 281, quien informó como antecedentes profesionales haber fungido como "Miembro de número asociado de la Sociedad Colombiana De Cardiología", "Miembro asociado de la Sociedad Colombiana De Medicina Interna", "Cofundador de Cuidado Intensivo del Hospital Universitario San Jorge de Pereira", "Ex-jefe de Servicio de Cardiología del Hospital Universitario San Jorge de Pereira", "Ex-jefe del Cuidado Intensivo del Hospital Universitario San Jorge de Pereira", "Ex-profesor de Cardiología de la Facultad de Medicina de la Universidad Tecnológica De Pereira" y "Cardiólogo Clínico de la Clínica del Seguro Social de Pereira".

¹⁴ Expediente digital, archivo: "C03PruebasComunes" - "02MemorialAportaDocumentos".

5. Es necesario hacer claridad que, ante las características clínicas de este caso era indispensable practicar desde el primer ingreso un **ELECTROCARDIOGRAMA**, y evaluación lo más pronto posible por un Internista, Neumólogo o Cardiólogo.

6. Al no existir evaluación clínica y paraclínica especializada para este caso, hay que concluir que este paciente presentó desde su inicio un cuadro clínico agudo que estuvo ligado a la causa de su muerte...”

- En audiencia de sustentación al dictamen el perito expuso¹⁵:

“PREGUNTADO: De los síntomas con los que consultó el paciente en su primera visita a la ESE era posible determinar la existencia de una enfermedad cardiovascular.
CONTESTÓ: Por supuesto haciendo los estudios del protocolo diagnóstico era la forma y manera de hacer el diagnóstico de la enfermedad cardiovascular de primera instancia, es que debía pensar el médico que recibe el paciente estaba haciendo un síndrome coronario agudo, el cual se divide en dos enfermedades angina inestable e infarto agudo de miocardio.

PREGUNTADO: Bajo lo manifestado por el paciente y lo concluido por los médicos tratantes, en sus consultas, era posible remitir al paciente a otro nivel de atención.
CONTESTÓ: Desde la segunda consulta cuando los médicos observan que el paciente continuaba con el dolor agudo, debió haber sido remitido a la ciudad más cercana que tuviera la institución de un tercer nivel de atención médico, donde le pudieran brindar los recursos técnicos, físicos, humanos y médicos para el caso.

PREGUNTADO: Dado la gravedad que presentó el paciente para el 25 de diciembre de 2012, en su respectiva consulta, cuál era el tratamiento médico a realizar en estos casos.
CONTESTÓ: Los procedimientos para ese caso una vez se necesita confirmar si los estudios iniciales para llegar al diagnóstico, que logren determinar qué tipo de enfermedad cuál es la que está cursando el paciente, de acuerdo a la primera enfermedad, y los primeros estudios diagnósticos es que se decide a donde se dirige uno en la investigación subsiguiente y con qué procedimientos debe continuar, en resumidas cuentas, no se podía hacer en Aránzazu, debía hacerse lo más cercano en Manizales...”(Sic)

- Frente a la atención médica brindada al señor JORB el galeno Rodrigo Gómez Muñoz, quien brindó atención médica al paciente en la E.S.E. demandada, en su declaración relató¹⁶:

¹⁵ Ver expediente digital, archivo “39TestigoDocumentalReferenciaCruzadaCDoDVD” audiencia de pruebas: <https://apigestionaudiencias3.ramajudicial.gov.co/public/detail/3059889>.

¹⁶ Médico Cardiólogo de la Universidad Autónoma de México, con tarjeta profesional del Ministerio de Salud de Colombia N° 281, quien informó como antecedentes profesionales haber fungido como “Miembro de número asociado de la Sociedad Colombiana De Cardiología”, “Miembro asociado de la Sociedad Colombiana De Medicina Interna”, “Cofundador de Cuidado Intensivo del Hospital Universitario San Jorge de Pereira”, “Ex-jefe de Servicio de Cardiología del Hospital Universitario San Jorge de Pereira”, “Ex-jefe del Cuidado Intensivo del Hospital Universitario San Jorge de Pereira”, “Ex-profesor de Cardiología de la Facultad de Medicina de la Universidad Tecnológica De Pereira” y “Cardiólogo Clínico de la Clínica del Seguro Social de Pereira”.

- **PREGUNTADO:** Dígame al Despacho si en ese momento bajo la consulta realizada era procedente determinar algún síntoma relacionado con la enfermedad cardiovascular.

CONTESTÓ: Lo que le puedo decir que, en mi actuación del 24, por lo que me consultó el paciente no, por un dolor abdominal persistente, y al examen físico de ese día por lo que estaba sintiendo no, el 24 que valoro el paciente no tenía. Cuando uno hace un examen físico lo está valorando en el momento, no puede decir que tuvo algo o lo va tener, puede que al examen físico los signos vitales pueden estar en 120/80 de presión, y a los 3 minutos estar en 40/20 y entrar en un estado de shock, o en 2 minutos sangró el paciente perder 4 litros de sangre y termina falleciendo, en el momento en que yo lo valoro el paciente presentaba ritmos cardíacos rítmicos, sin soplo, en ese momento el corazón latía ese momento del examen rítmico, sin tener en cuenta que es un examen físico, no es un electrocardiograma que uno valora la función cardíaca del paciente. Si yo quería ver exactamente como estaba funcionando ese corazón debía haber hecho un ecocardiograma, pero físicamente el corazón en ese momento estaba rítmico, es decir. No había soplos sugestivos de alguna patología cardíaca, fue en ese momento, no le puedo decir si antes estuvo o luego lo va estar.

PREGUNTADO: Nos puede decir cuáles son los síntomas antes o previos al infarto.

CONTESTÓ: El paciente se quejaría de dolor precordial, puede haber dolor de espalda, disnea (dificultad para respirar) o lipotimias que el paciente se desvanezca porque hace una arritmia, y cuando se valora habría que hacer un electrocardiograma y unas troponinas que son las que confirman el diagnóstico.

PREGUNTADO: En el momento en que usted lo atendió era necesario hacer un electrocardiograma.

CONTESTÓ: En el momento en que lo atendí no, porque lo atendí por el dolor abdominal, pero al momento en que se hace la remisión, **los pacientes que están para remisión se debía hacer electrocardiograma diariamente.**

...

PREGUNTADO: Recuerda en qué estado se encontraba el ecógrafo en el hospital, o si estaba en mantenimiento.

CONTESTÓ: Tenía que estar en buen estado porque electrocardiografías se hacían todos los días, inclusive tanto era así, que si nosotros teníamos pacientes en consulta externa que tuviera algo que nos llamará la atención o un dolor que nos causaba duda, lo hacíamos pasar a urgencias y le hacían el electrocardiograma, lo del mantenimiento no le podría decir. De las pocas cosas que teníamos era el electrocardiograma y exámenes de laboratorio.

PREGUNTADO: En el laboratorio podía hacerse examen de encimas.

CONTESTO: No recuerdo, pero troponinas no se hacía, que es la prueba específica para un infarto agudo de miocardio, esa se hacía en un segundo nivel, lo digo porque remitíamos los infarto con el electro y el dolor agudo de miocardio”.

3.4. Análisis del caso concreto

El *a quo* indicó que, el daño es imputable al Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu, *“pues por la falta de atención debida y aplicación de los protocolos de urgencias, falleció el paciente, ante la falta de un diagnóstico preciso, debiéndose guardar la debido (sic) prudencia con un paciente multiconsultante que no presentaba mejoría...”*.

La parte demandante en su recurso de apelación insistió en que el daño es el fallecimiento de JORB derivado de una falla del servicio imputable al Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu. Por su parte las entidades demandadas, en términos generales señalaron que, el daño no les es imputable, además que el *a quo* no realizó una adecuada valoración de las pruebas.

De acuerdo a las posiciones esbozadas por las partes, pasará la Sala a analizar si el daño es imputable o no el Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu, para tal efecto se estudiará la atención médica brindada y si esta fue la causa del daño.

3.4.1. De la atención suministrada en el Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu

La parte demandante alegó que, el fallecimiento del señor JORB, provino de la omisión en el cumplimiento del deber de prestar el servicio de manera adecuada, que circunscribió a dos estadios: *(i)* no haber realizado en ninguna de las 5 oportunidades sucedáneas en que el paciente asistió a los servicios de salud de la E.S.E. demandada un electrocardiograma que permitiera detectar la existencia o no de afecciones cardiacas, pese a que sus síntomas y condiciones médicas eran indicativos de la necesidad de dicho examen; y *(ii)* no haber efectuado una remisión intrahospitalaria del paciente a un servicio con mayor nivel de atención, a pesar de que consultó durante 5 días con síntomas de gravedad tales como fuertes dolores en su espalda y pecho, dificultad para respirar entre otros.

El *a quo* atribuyó responsabilidad al Hospital San Vicente de Paul, no por el fallecimiento, sino por la pérdida de oportunidad de recibir tratamiento, aduciendo que, *“...de haberse realizado la remisión del paciente a otro nivel de atención, o haberle practicado el EKG, habría contado con la posibilidad de tratar a tiempo su problema cardiaco, solo con la práctica de algunos exámenes idóneos para ello, lo que a su vez le habría permitido tener, al menos una expectativa seria, de recuperar su salud...”*.

Al respecto, la Sala encuentra acreditado que, el fallecimiento del señor JORB ocurrió el 25 de diciembre de 2014, de acuerdo con el registro civil de defunción, obrante a folio 1 del archivo digital *“05AnexosDemanda”*.

En cuanto a la atención médica suministrada, el galeno Rodrigo Gómez Muñoz, quien brindó atención medica al paciente en la ESE demandada, en su declaración indicó que, algunos de los síntomas indicativos de un posible diagnóstico de infarto agudo de miocardio atienden a que *“El paciente se quejaría de dolor precordial, puede haber dolor de espalda, disnea (dificultad para respirar) o lipotimias”*.

Visto el contenido de las historias clínicas, entre los días 19 y 25 de diciembre de 2012 observa la Sala que, en cada una de las atenciones brindadas al paciente, este adujo alguno de dichos síntomas, incluso en algunas de ellas relató, tanto la existencia de dolores en su zona superior -pecho, espalda, abdomen- y dificultades para respirar.

Al respecto, advierte esta Colegiatura que, si bien síntomas como los referidos por el galeno Rodrigo Gómez Muñoz podrían ser indicativos de otro tipo de dolencias como de hecho se consideró por parte de los profesionales de la E.S.E. demandada, cabe destacar que según el criterio técnico que fue expuesto por el perito Evelio Gallo Santa, *“ante las características clínicas de este caso era indispensable practicar desde el primer ingreso un electrocardiograma...”* aunado a que *“Ante la persistencia de su dolor abdominal y de espalda (Torácico Posterior), y ante la posible carencia de recursos especializados, ha debido ser remitido con carácter urgente a un Centro Hospitalario de nivel superior”*.

En este orden de ideas, las prueba técnica -dictamen pericial- recaudada permite concluir que, conforme a la *lex artis*, los síntomas auscultados en el paciente ameritaban la realización cuando menos de un electrocardiograma que permitiese confirmar o descartar la existencia de un evento de tipo coronario e incluso ante las reiteradas visitas del paciente a los servicios médicos y la insistencia en los síntomas que relataba, ello imponía su remisión a un servicio de mayor complejidad.

Remisión que como se probó en el expediente, se limitó por parte de los galenos tratantes a una orden de remisión externa o ambulatoria para consulta por especialista en medicina general, imponiendo al mismo paciente la obligación de gestionar administrativamente la respectiva atención.

Debe destacarse que, contrario a lo señalado por la entidad recurrente, la pertinencia del electrocardiograma que se echa de menos no fue denotada solo por el perito, pues el propio galeno que prestó servicios en la ESE demandada al señor JORB destacó que, *“...Cuando uno hace un examen físico lo está valorando en el momento, **no puede decir que tuvo algo o lo va tener...** en ese momento el corazón latía ese momento del examen rítmico, sin tener en cuenta que es un examen físico, no es un electrocardiograma que uno valora la función cardiaca del paciente. **Si yo quería ver exactamente como estaba funcionando ese corazón debía haber hecho un ecocardiograma, pero físicamente el corazón en ese momento estaba rítmico...**”*.

Nótese como el referido galeno igualmente agregó *“En el momento en que lo atendí no, porque lo atendí por el dolor abdominal, pero al momento en que se hace la remisión, los pacientes que están para remisión se debía hacer electrocardiograma... electrocardiografías se hacían todos los días, inclusive tanto era así, que **si nosotros teníamos pacientes en consulta externa que tuviera algo que nos llamará la atención o un dolor que nos causaba duda, lo hacíamos pasar a urgencias y le hacían el electrocardiograma”***.

En tal sentido se destaca que, según la historia clínica los servicios de la ESE demandada a pesar de haber atendido en múltiples oportunidades al señor JORB únicamente vinieron a practicar un electrocardiograma cuando este presentó el evento de urgencia el día de su deceso -25 de diciembre de 2012-, data donde finalmente este falleció con un diagnóstico ahora sí, de *“infarto agudo de miocardio”*.

Corolario, no son de recibo los argumentos de la parte demandada en cuanto pretende desvirtuar las conclusiones a las que arribó el *a quo* y la suficiencia del dictamen rendido por el perito Evelio Gallo Santa, quien cabe destacar se trata de un galeno con especialidad en cardiología, pues en primer lugar, esta intención del apoderado de desvirtuar las conclusiones del dictamen se limita a una mera consideración acerca de que dicho profesional *“...estaba retirado desde hace más de 12 años”* empero, sin aportar ningún tipo de prueba técnica o criterio científico que pueda evidenciar errores, omisiones o contradicciones en la experticia rendida.

No puede pretenderse por la parte demandada alegar la insipiencia del dictamen pericial, sin aportar algún tipo de prueba de las mismas o similares características técnicas que desvirtuó lo allí expresado, aunado a que, como se indicó, muchas de las consideraciones efectuadas por el perito, guardan relación con los dichos del testigo Rodrigo Gómez Muñoz, quien fue el galeno que prestó atención al paciente al servicio de ESE demandada.

Así las cosas, respecto de la no prestación de servicios de salud tales como la realización de un electrocardiograma o una remisión intrahospitalaria del paciente a una institución de mayor capacidad, esta Colegiatura comparte lo concluido en la sentencia recurrida, se itera, con base a las pruebas documentales y técnicas recaudadas en el expediente.

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos de alzada expuestos por las demandadas en cuanto insisten en que, la atención medica fue la idónea y pertinente, pues no solo a partir de las pruebas ya mencionadas se puede concluir que no lo fue, sino porque además, se hace evidente que el paciente acudió de manera constante y puntual al servicio de urgencias durante varios días consecutivos sin experimentar mejoría y en cada una de estas visitas, recibía únicamente la administración de medicamentos y algunos exámenes médicos, pero no se lograba identificar la causa subyacente de su afección, sin que se suministraran servicios básicos como la realización de un electrocardiograma.

3.4.2. Relación causal entre la atención suministrada en el Hospital San Vicente de Paul y el daño

El *a quo* indicó que, *“el daño que se evidencia es la pérdida de la oportunidad de salvar la vida del paciente”*, el cual se causó por la falla del servicio en que incurrió el Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu. La parte actora en su recurso de apelación insistió en que el daño es el fallecimiento del señor JORB y no la perdida de oportunidad.

La Sala, de acuerdo con lo previamente expuesto evidencia que, si bien el paciente contaba con una oportunidad de acceder al diagnóstico y tratamiento de su afección de *“infarto agudo de miocardio”*, por modo alguno, se acreditó que esto evitaría con toda certeza su fallecimiento, por tanto, en el caso de marras nos encontramos ante el elemento identificado por el Consejo de Estado para los casos de pérdida de oportunidad, como la *“Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado”*.

Así las cosas, no se encuentra acreditado que el fallecimiento del paciente haya sido un efecto o resultado directo de las acciones u omisiones de las entidades demandadas, siendo pertinente recordar que, de pretenderse tal imputación, recaía sobre la parte actora la carga de demostrarlo.

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que los elementos probatorios obrantes en el plenario no son suficientes para imputar el daño consistente en la muerte del señor JORB a las entidades demandadas, empero sí un daño por concepto de pérdida de oportunidad en cabeza de la ESE Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu, en razón de las falencias en que incurrió en la atención del paciente.

3.5. Conclusión

En este orden de ideas, este Tribunal acoge lo concluido por el *a quo* al señalar que, el señor JORB fue privado de la posibilidad de obtener una oportunidad de diagnóstico y tratamiento para el padecimiento que solo vino a ser identificado con su deceso; así mismo la prueba técnica recaudada permite entrever que el tratamiento pertinente para el paciente deprecaba cuando menos la realización de un electrocardiograma y su remisión intrahospitalaria a una institución de mayor capacidad, por lo que este sí contaba medicamente con la certeza de la existencia de una oportunidad de diagnosticar y tratar su padecimiento, más aún si observamos como sus síntomas se extendieron durante más de 6 días sin que se brindase el chance de acceder al diagnóstico y tratamiento de su afección de *“infarto agudo de miocardio”*, oportunidad que se perdió definitivamente con su fallecimiento.

Corolario, el daño consistente en la pérdida de oportunidad padecido por el señor JORB de ser valorado y tratado adecuadamente se encuentra acreditado y es imputable a la ESE demandada, en razón de las falencias en que incurrió en la atención del paciente. De otra parte, los elementos probatorios no son suficientes para imputar el daño consistente en la muerte del señor JORB a las entidades demandadas. Por lo tanto, en este aspecto se confirmará la sentencia.

4. Segundo problema jurídico *¿Los perjuicios morales y los materiales en la modalidad de lucro cesante fueron debidamente liquidados en el fallo?*

4.1. Tesis del tribunal

Los perjuicios morales fueron liquidados por el *a quo* en los términos desarrollados por el H. Consejo de Estado, esto es con base a los criterios fijados por la sentencia de unificación de dicha corporación sobre montos indemnizatorios¹⁷, empero reducidos en un 50% según los criterios que ha desarrollado para asuntos de daño por pérdida de oportunidad.

Ahora bien, el daño por pérdida de oportunidad como categoría de daño autónomo no admite en asuntos como el *sub lite* la tipología de perjuicio referente al lucro cesante, pues la reparación de este tipo de daño únicamente indemniza la falta de acceso a un alea que podría o no obtenerse con el tratamiento médico, siendo la falta de certeza sobre el resultado la característica esencial del daño por pérdida de oportunidad.

En tal sentido, mal podrían reconocerse sumas indemnizatorias por concepto de lucro cesante pues esta tipología de perjuicio ampara el reconocimiento de ingresos o ganancias que se habrían percibido de no haberse verificado el acto dañoso, es decir parten de un escenario de certeza sobre **lo devengado** de tales sumas.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: i) el fundamento jurídico del lucro cesante como tipología del perjuicio de índole material; y ii) el caso concreto.

4.2. Fundamento jurídico – lucro cesante

Sobre la noción de los perjuicios materiales, el artículo 1614 del Código Civil, dispone:

“Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”

Del análisis de dicho canon normativo el H. Consejo de Estado ha señalado que *“De acuerdo con lo anterior, el daño emergente supone un menoscabo sufrido al patrimonio de la víctima. Por su parte, el lucro cesante hace referencia a la ganancia que deja de percibirse, o la expectativa cierta económica de beneficio o provecho que no se realizó como consecuencia del daño*¹⁸

Así, el lucro cesante implica la certeza de que se producirá una ganancia y su reparación indemnizará precisamente la disminución de dicho ingreso o ganancia que deja de percibirse o de impedir una expectativa cierta de producirlo.

4.3. Análisis del caso concreto

¹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Consejero ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, 28 de agosto de 2014, Radicado: 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988).

¹⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: William Hernández Gómez, proveído del 21 de abril de 2016, Rad. No.: 25000-23-25-000-2002-00526-01(1726-08).

El *a quo* condenó a la ESE. Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu a pagar los perjuicios morales para cada uno de los demandantes, atendiendo a sus calidades de cónyuge e hijos de la víctima e igualmente dispuso el reconocimiento de lucro cesante, computado con base a la expectativa de vida del fallecido y al salario mínimo legal mensual vigente; ambos componentes indemnizatorios reducidos en un 50% por encontrarse ante un daño por pérdida de oportunidad.

La parte actora señaló en su recurso su oposición al uso de la figura de “*pérdida de oportunidad*” como una forma de “*reducir*” el reconocimiento indemnizatorio. La Previsora señaló que, no debió otorgarse reconocimiento alguno por concepto de lucro cesante al tratarse esto de una situación indeterminada, pues no se contaba con ningún tipo de certeza sobre la percepción a futuro de dichos ingresos por parte del señor JORB.

La Sala, respecto a la cuantificación de los perjuicios generados por el daño en razón de la pérdida de oportunidad de que fue privado el señor JORB evidencia que, no obran en el plenario elementos técnicos que permitan aseverar con criterios de certeza, el porcentaje de participación que pudo tener la actuación de la ESE demandada en la disminución en la mortalidad o mejoría en la calidad de vida del paciente.

En estos eventos, el Consejo de Estado¹⁹ ha señalado:

“El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina²⁰, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) , acudir a criterios de equidad, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998- a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados.

Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, en un 50%, el cual se aplicará para la liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohijarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 05 de abril del 2017, Rad. Int, 25706, MP. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁰ **Cita de cita:** TAMAYO JARAMILLO, Tratado de Responsabilidad Civil, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.”

Por lo anterior, la Sala comparte la conclusión del *a quo* al reducir la condena indemnizatoria en un 50% por encontrarse ante un daño por pérdida de oportunidad y que no es posible tasar con criterios técnicos un porcentaje concreto de indemnización.

En cuanto a la indemnización por lucro cesante, este Tribunal²¹ ha señalado que, en casos de daño por pérdida de oportunidad en asuntos de atención médica no es posible indemnizar el lucro cesante, pues el origen de la indemnización no radica en la muerte de la paciente, sino en la pérdida de la oportunidad de acceder al chance que se podría obtener de un tratamiento o diagnóstico médico determinado, empero del cual se desconoce su resultado.

El Consejo de Estado, en sentencia de 2 de junio de 2023²² en similares términos ha señalado:

“6.2. Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante

Teniendo en cuenta la reducción del 90%, en la sentencia de primera instancia se otorgó por este concepto un total de \$9'138.952 en favor de la señora Gloria Elena Monsalve Pulgarín.

La Sala revocará este reconocimiento, pues este perjuicio deviene de la muerte del señor Darío de Jesús Villegas Muñoz y, en este caso, el daño que se indemniza es la pérdida de oportunidad que se le cercenó a dicha persona para que pudiera prolongar su vida; por tanto, se trata de una pretensión que resulta improcedente”. (Resalta la Sala)

Así, debe diferenciarse el objeto de reparación en casos de daños por pérdida de oportunidad, del lucro cesante ,pues este último busca indemnizar las ganancias que con certeza o cuando frente a una expectativa legítima habría percibido el afectado de no haber ocurrido el acto dañoso, mientras que la pérdida de oportunidad va un poco más atrás, tratando de proteger las oportunidades de obtener un chance del que se privó al agraviado, el cual para el caso de asuntos de prestación del servicio médico

²¹ Ver entre otras, sentencia del 21 de julio de 2023, Sala Tercera de Decisión, radicado 17-001-33-33-001-2016-00106-02.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 2 de junio de 2023. Exp. 60719. C.P. María Adriana Marín En este sentido ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 30 de agosto de 2017, exp. 43646. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera; sentencia de 1o de marzo de 2018, exp. 43269. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

corresponde, se itera, a la oportunidad de acceder a un tratamiento o diagnóstico pero, por modo alguno, a una recuperación asegurada que posteriormente garantizase la percepción de ingresos laborales como los que fueron reconocidos por el *a quo* como lucro cesante.

En este orden de ideas, el daño que precisamente aquí fue hallado corresponde al denominado como pérdida de oportunidad de recibir un tratamiento adecuado, el cual, por su característica esencial de carencia de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, no puede indemnizarse a través de la tipología de lucro cesante -menos aún frente a la recepción de futuros ingresos laborales-, pues se itera, no existía o cuando menos no se demostró por modo alguno una certeza sobre la recuperación definitiva del señor JORB que permita aseverar que debe indemnizarse la referida tipología de perjuicio.

4.4. Conclusión

Así las cosas, se confirmará lo referente a las sumas otorgadas por el *a quo* con respecto a los perjuicios morales con base a los criterios fijados por la sentencia de unificación del Consejo de Estado sobre montos indemnizatorios²³, empero reducidos en un 50% según los criterios señalados por dicha Corporación para asuntos de pérdida de oportunidad; empero, se revocará el ordinal quinto de la sentencia estudiada²⁴ en lo que respecta al reconocimiento de perjuicios materiales por lucro cesante.

5. Tercer problema jurídico *¿La Previsora podía ser obligada al pago directo de las indemnizaciones a las víctimas, o solo podía ser obligada al reembolso; además, acaeció una causal de exclusión por tratarse de un daño causado a título de dolo o culpa grave?*

5.1. Tesis del tribunal

La Previsora, como llamada en garantía solo puede ser obligada al reembolso -no al pago directo- de las sumas que sean pagadas por la ESE Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu, a las víctimas, en virtud de la condena de responsabilidad, con observancia del límite asegurado y los deducibles pactados en el clausulado de la póliza. En tal sentido, se modificará el contenido del ordinal quinto de la sentencia estudiada.²⁵

De otra parte, la situación por la cual se impuso responsabilidad al Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu, se encuentra amparada por la póliza de responsabilidad civil

²³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena, Sección Tercera, Consejero ponente: Ramiro De Jesús Pazos Guerrero, 28 de agosto de 2014, Radicado: 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988).

²⁴ El cual señaló: “CONDÉNASE a la ESE SAN VICENTE DE PAUL DE ARANZAZU CALDAS a pagar por concepto de perjuicios materiales, en la calidad de lucro cesante a favor de la señora MARÍA AMPARO ALZATE (cónyuge del señor JOSE ORLANDO ROJAS BUITRAGO) la suma de \$30.817.450...”

²⁵ El cual en su inciso segundo señaló: “... Las sumas anteriores deberán ser canceladas directamente por La COMPAÑÍA DE SEGUROS LA PREVISORA S.A, a cada una de las beneficiarias, hasta el límite del valor asegurado de conformidad con la póliza No. 1002131 con vigencia desde el 24 de diciembre de 2012 al 23 de diciembre de 2013. El valor no cubierto por la póliza será asumido directamente por el HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE ARANZAZU CALDAS.”

extracontractual 1002131 expedida por La Previsora S.A., sin que se evidencie que, acaeció una causal de exclusión por tratarse de un daño causado a título de dolo o culpa grave.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: i) el fundamento jurídico de la figura de llamamiento en garantía; ii) los hechos acreditados relevantes para resolver el problema jurídico, y iii) el caso concreto.

5.2. Fundamento jurídico – responsabilidad de la Aseguradora y llamamiento en garantía.

El artículo 225 del CPACA regula la figura del llamamiento en garantía en los medios de control adelantados ante esta jurisdicción en los siguientes términos:

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

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.” (Subrayado y negrilla de la Sala)

Teniendo en cuenta entonces que la relación legal alegada como fundamento del llamamiento en garantía formulado en el *sub lite* corresponde a la existencia de un contrato de seguro entre los extremos de este hilo jurídico procesal accesorio, cabe recordar que, sobre la naturaleza de la relación derivada del contrato de seguro la Corte Suprema de Justicia²⁶ ha destacado lo siguiente:

“... la Sala, de entrada, afirma la rotundidad que ciertamente no existe solidaridad legal ni convencional entre el demandado condenado al pago de perjuicios, llamante en garantía y la aseguradora llamada en garantía, pues la figura del llamamiento en garantía no establece en modo alguno la solidaridad que predica la sentencia recurrida, como quiera que, tal figura tiene una estructura y finalidad distinta a la entendida por la juzgadora a quo.

En efecto, en primer lugar, póngase de presente que en la ocurrencia del hecho dañoso escrutado en el proceso - accidente de tránsito que causó las lesiones corporales de la víctima directa - no existe participación de la aseguradora que permitiera deducir la responsabilidad solidaria en la materialización del daño, caso en el cual, surgiría la

²⁶ Sala de Casación Civil Sentencia de Tutela STC2491-2019 del 1° de marzo de 2019. Magistrada Ponente, Margarita Cabello Blanco, Radicado: 11001-02-03-000-2019-00433-00.

solidaridad entre los partícipes del delito o culpa cometido, según las voces del artículo 2344 del Código Civil...". (Negrilla extra texto)

5.3. Hechos acreditados

La compañía de seguros La Previsora S.A. expidió la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional clínicas y hospitales No. 1002131 vigente desde el 24 de diciembre de 2012 al 23 de diciembre de 2013, la cual señaló en sus apartados respectivos²⁷:

“AMPAROS

Responsabilidad civil profesional médica.

Indemnizar al asegurado por cualquier suma de dinero que este deba pagar a un tercero en razón a la responsabilidad civil en que incurra exclusivamente como consecuencia de cualquier acto médico derivado de la prestación del servicio profesional de atención de la salud de las personas por eventos que sean reclamados y notificados por primera vez durante la vigencia de la póliza y hasta los límites establecidos en la caratula de la póliza.

El asegurador se obliga a cubrir la responsabilidad civil del asegurado, que provenga de sus acciones u omisiones de sus empleados y/o de los profesionales y/o auxiliares intervinientes, con relación “al acto médico”, en relación con la dependencia o no con el asegurado legalmente habilitados, cuando tales acciones u omisiones resulten en un siniestro que de acuerdo con las condiciones generales de la póliza produzca para él.

EXCLUSIONES

(...)

La provocación intencional del daño (dolo) y/o culpa grave en el ejercicio de la prestación del servicio de salud.

(...)

Pagos de responsabilidad civil para daños a bienes de terceros.

AMPAROS CONTRATADOS

<i>- COBERTURA RC CLÍNICAS Y HOSPITALES....</i>	<i>\$ 400.000.000</i>
<i>- DEDUCIBLE 10% DEL VALOR DE LA PÉRDIDA (MÍNIMO)...</i>	<i>\$ 4.000.000</i>
<i>- ERRORES U OMISIONES PROFESIONALES...</i>	<i>\$ 400.000.000</i>
<i>- DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES...</i>	<i>\$ 120.000.000</i>
<i>...”</i>	

5.4. Análisis del caso concreto

El *a quo* impuso a La Previsora, la obligación de cancelar directamente a cada uno de los beneficiarios de la sentencia condenatoria y hasta el límite del valor asegurado de conformidad con la póliza No. 1002131, las sumas reconocidas por concepto de indemnización.

²⁷ Expediente digital, archivo: “16SolicitudLlamamientoGarantia”, Fls. 12-18.

La Previsora en su apelación indicó que, no debió generarse una obligación directa o siquiera solidaria a cargo de la compañía de seguros, pues las fuentes de las obligaciones resarcitorias suscitadas a raíz de la acción de reparación directa no se relacionan a las emanadas del contrato de seguro, obligación que sólo corresponde a título de reembolso y siempre limitada a los valores asegurados. Agregó que, en el evento de que se revocare el fallo o se modificara con fundamento en una hipotética condena frente al asegurado con fundamento en dolo o culpa grave, no debe haber lugar a la obligación de reembolso, en razón a que este riesgo no es de obligatoria aceptación por parte del asegurador y el clausulado de la póliza señala como una exclusión expresa del aseguramiento los daños que puedan ser causados por dolo y o la culpa grave del tomador asegurado.

En cuanto a la condena impuesta a la llamada en garantía, la Sala evidencia que, la sentencia recurrida impuso a La Previsora la obligación de pagar en forma directa a los demandantes las sumas objeto del reconocimiento indemnizatorio, con lo cual se incurre en un yerro por dos situaciones:

- En primer lugar, resulta necesario destacar que el fallo recurrido carece por completo de cualquier motivación fáctica y jurídica que dé sustento a la orden dada referente a que La Previsora cuente con la obligación de pagar en forma directa la condena impuesta en favor de los demandantes, pues sin ningún tipo de argumentación sobre ello el *a quo* pasó por alto lo señalado por el artículo 225 del CPACA el cual indica que la figura del llamamiento en garantía opera para que la parte que considere tener un fundamento legal o contractual pueda exigir de un tercero el *“reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia”*.

- En segundo lugar, analizando el fondo de la situación advertida, en el marco de la relación contractual derivada por el aseguramiento otorgado por las compañías aseguradoras de responsabilidad patrimonial es claro que no existe solidaridad alguna entre el llamante y el llamado, dado que la compañía aseguradora que participa en esta *litis* como extremo pasivo de la relación jurídico procesal generada únicamente por la figura del llamamiento en garantía no intervino en forma directa en la causación del daño.

Por lo tanto, teniendo claro que no existe solidaridad alguna en la responsabilidad de indemnizar a la víctima, la aseguradora, quien no fue demandada sino llamada en garantía, no puede ser obligada al pago directo de la condena, sino al *“reembolso total o parcial del pago que [el llamante] tuviere que hacer como resultado de la sentencia”*, como lo indica el artículo 225 del CPACA.

En cuanto al acaecimiento de una causal de exclusión por tratarse de un daño causado a título de dolo o culpa grave -según se aduce por la recurrente-, la Sala evidencia que, la llamada en garantía ni en su contestación a la demanda o al llamamiento en garantía, ni siquiera en su alzada arguyó cuales son las razones fácticas o jurídicas por las cuales

afirma que el actuar del tomador de la póliza fue desarrollado a título de dolo o culpa grave.

Tampoco se presentaron elementos probatorios o tan siquiera argumentativos para concluir que el daño por pérdida de oportunidad tuvo como causa, conductas calificables a título de dolo o culpa grave, limitándose esto a una mera mención realizada por el apoderado sin sustento alguno.

Por lo tanto no son de recibos los argumentos -no fundamentados- que fueron planteados por dicha aseguradora y reiterados en su recurso de alzada, referentes al acaecimiento de una causal de exclusión por encontrarnos ante un daño causado por el tomador a título de dolo o culpa grave.

5.5. Conclusión

La Previsora, como llamada en garantía solo puede ser obligada al reembolso de las sumas que sean pagadas por la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu, a las víctimas, en virtud de la condena de responsabilidad, con observancia del límite asegurado y los deducibles pactados en el clausulado de la póliza. En tal sentido, se modificará el contenido del ordinal quinto de la sentencia estudiada.²⁸

De otra parte, la situación por la cual se impuso responsabilidad al Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu, se encuentra amparada por la póliza de responsabilidad civil extracontractual 1002131 expedida por La Previsora S.A., sin que se evidencia que, acaeció una causal de exclusión por tratarse de un daño causado a título de dolo o culpa grave.

5. 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,

RESUELVE:

²⁸ El cual en su inciso segundo señaló: “... Las sumas anteriores deberán ser canceladas directamente por La COMPAÑÍA DE SEGUROS LA PREVISORA S.A, a cada una de las beneficiarias, hasta el límite del valor asegurado de conformidad con la póliza No. 1002131 con vigencia desde el 24 de diciembre de 2012 al 23 de diciembre de 2013. El valor no cubierto por la póliza será asumido directamente por el HOSPITAL SAN VICENTE DE PAUL DE ARANZAZU CALDAS.”

Primero: Modificar el ordinal 5° de la sentencia proferida el 08 de noviembre de 2022 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon María Amparo Álzate Álzate y otros contra la E.S.E Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu, Caldas. En su lugar:

*“**QUNITO:** Denegar las pretensiones formuladas por concepto de lucro cesante.*

CONDÉNASE a la COMPAÑÍA DE SEGUROS LA PREVISORA S.A a reembolsar las sumas que sean pagadas por la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Aránzazu, Caldas, con observancia del límite asegurado y los deducibles pactados en el clausulado de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1002131.

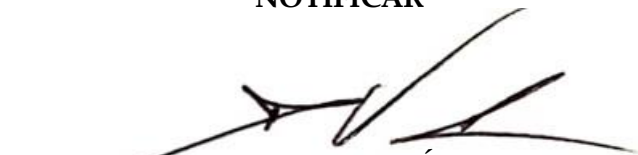
Segundo: Confirmar en lo demás el fallo recurrido.

Tercero: Sin condena en costas.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 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 TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de octubre dos mil veintitrés (2023).

A.I. 209

Radicación:	17001 33 39 005 2018 00600 02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones
Demandado:	José Omar Valencia Rendón
Vinculada:	Central Hidroeléctrica de Caldas, CHEC S.A. E.S.P.

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 GNR 370247 de 15 de octubre de 2014, proferida por Colpensiones, a través de la cual, le fue reconocida una pensión de vejez ordinaria al señor Valencia Rendón, a partir de 12 de octubre de 2014, de conformidad con el Decreto 758 de 1990. A título de restablecimiento del derecho, se ordene el estudio de la pensión de vejez de carácter compartida a favor del demandado, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 y se exija la devolución de la diferencia que resulte entre lo pagado por concepto de pensión de vejez de carácter ordinario y lo que en derecho corresponda.

2. Solicitud de medida cautelar

La actora solicita la suspensión provisional del acto demandado aduciendo que, en el expediente pensional del señor Valencia Rendón, obra acta de conciliación. 006 de 1° de octubre de 2001, celebrada entre el demandado y la Central Hidroeléctrica de Caldas, CHEC S.A. E.S.P., sociedad que reconoce calidad de empleador, otorgando pensión de vejez con carácter de compartibilidad en el momento de cumplir los requisitos legales para su respectiva causación. Agregó que la omisión de compartibilidad, elevó injustificadamente el valor de la mesada pensión, señalando que existe un perjuicio inminente en contra de la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

3. Oposición a la medida cautelar

El demandado se opuso a la medida cautelar señalando que, los eventuales errores en el reconocimiento de pensión de vejez, sin la respectiva compatibilidad pensional no puede ser trasladado al pensionado, aclarando que la medida debe ser proporcional y congruente con la pretensión de distribución del monto pensional.

La Central Hidroeléctrica de Caldas CHEC S.A. E.S.P. no se pronunció sobre el traslado de medida.

4. Providencia recurrida

El *a quo* negó la medida cautelar argumentando que, al realizar la confrontación del acto acusado con las normas invocadas como violadas en la demanda, no se advierte vulneración directa de las citadas disposiciones, pues en esta oportunidad debe concluirse que el objeto de controversia no recae sobre la procedencia del derecho pensional como tampoco descende en el monto pensional asignado, como si lo hace, respecto del eventual carácter de compatibilidad, caso en el que se garantizaría por parte del Fondo Pensional y de la CHEC, el derecho prestacional a favor del pensionado.

5. Recurso de apelación

La **actora** solicitó se decrete la medida cautelar argumentando que, con el reconocimiento de la prestación económica pensional de vejez que goza de la compatibilidad pensional, se incurrió en error en el acto administrativo que se demanda la pensión de vejez ordinaria, debido a que no se tuvo en cuenta la compatibilidad pensional, en razón a que, al tomar la pensión de vejez como ordinaria y no como compartida se elevó injustificadamente el valor de la mesada pensional, percibiendo el demandado para 2015 una asignación pensional de \$2.459.579, cuantía que supera lo que debería percibir por valor \$2.459.400

Que las mesadas pagadas al demandado bajo al amparo de un acto ilegal, ha causado un detrimento significativo al erario público, por el postulado de la estabilidad financiera del sistema. Además, sin obviar que estamos frente a un asunto de pleno derecho, continuar con el pago reconocido en el acto acusado, enriquece sin justa causa al accionado, por lo que, al momento de tomar decisión favorable a las pretensiones del presente medio de control, será de difícil probanza jurídica para la entidad demandante la mala fe del demandado para la devolución de los dineros entregados hasta tanto se declare la nulidad pretendida, por estar protegida por el artículo 134 No 1 literal C, ídem.

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, en el reconocimiento de la pensión de vejez que goza de la compartibilidad pensional, se incurrió en error, en razón a que, al tomar la pensión de vejez como ordinaria y no como compartida, lo que elevó injustificadamente el valor de la mesada pensional del demandado.

Al respecto, el artículo 18 del Decreto 758 de 1990² señala:

“ARTÍCULO 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales”.

Ahora, en el acto demandado, esto es, la Resolución GNR 370247 de 15 de octubre de 2014, proferida por Colpensiones, se dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: Convertir la pensión de INVALIDEZ A VEJEZ y en consecuencia, reconocer y ordenar el pago de una Pensión de VEJEZ a favor del señor VALENCIA RENDON JOSÉ OMAR, ya identificado (a), de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución y en los siguientes términos y cuantías:

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).

² Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios

Valor mesada a 12 de Octubre de 2014 2,372,737

...

ARTÍCULO SEGUNDO: La presente prestación junto con el retroactivo si hay lugar a ello, será ingresada en la nómina del periodo 201411 que se paga en el periodo 201412 en la misma entidad donde el asegurado viene recibiendo actualmente su pensión en la entidad BBVA ABONO A CUENTA MANIZALES CENTRO.

Al respecto se tiene que, mediante Resolución 563 de 2004, el ISS concedió al pensión de invalidez al demandado a partir del 7 de agosto de 2003.³

Además, fue aportada acta de conciliación 006 de 1° de octubre de 2001, celebrada entre el demandado y la CHEC, para terminar de mutuo acuerdo un contrato de trabajo, reconociendo *“una Bonificación Diferida Mensual ... Equivalente al 65,45% de su salario promedio mensual vigente al momento de su retiro .. hasta tanto el trabajador retirado cumpla con la totalidad de los requisitos plenos para optar por su pensión de vejez, que le sea otorgada por el Sistema de Seguridad Social...”*.

En cuanto a las obligaciones con la seguridad social se estipuló que: *“atendiendo lo señalado en la ley 100 de 1993... el trabajador retirado manifiesta su pleno y total acuerdo sin que ello en manera alguna implique subsistencia de relación laboral o una nueva relación laboral y para tal efecto otorga su autorización para que la CHEC S.A. E.S.P. lleve a cabo en nombre del trabajador afiliado independiente, los correspondientes pagos a la seguridad social en materia de pensiones y salud a partir de su retiro y hasta llegar a obtener su pensión de vejez, o de sobreviviente... Por su parte el trabajador retirado se compromete a suscribir los correspondientes formatos de afiliación y liquidación de aportes a la seguridad social”*.⁴

Así las cosas, de la confrontación del acto administrativo que se solicitan suspender, con las disposiciones invocada como vulneradas, así como del acta de conciliación referida, -en la cual se dice que lo que se reconoció fue una bonificación mensual y no una pensión-, la Sala no evidencia de forma clara en esta etapa, una irregularidad que amerite la adopción de la medida cautelar, pues los aspectos referentes a la procedencia o no de la compartibilidad pensional, así como sus efectos del acuerdo en el cálculo de la base de liquidación pensional, requieren un análisis jurídico profundo, el cual no puede ser abordado en esta etapa inicial del proceso⁵.

Por lo anterior, tampoco es evidente que el acto demandado este causando un detrimento significativo al erario público, como lo señala la entidad demandante.

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

³ Fl. 26-27 AD 04

⁴ Fl. 30-31 AD 04

⁵ 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 5 de septiembre 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 José Omar Valencia Rendón.

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. 62 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Medio de Control: Popular
Radicación: 170012333000 2019-00499-00
Accionante (s): Pablo César Calderón Aguirre
Accionado: Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías – INVIAS, Autopistas del Café, Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS- Municipio de Manizales
Vinculado(s): Ministerio del Ambiente- ANI – ANLA – Departamento de Caldas
Llamado en garantía: Seguros Suramericana SA
Coadyuvante: SEBASTIAN GOMEZ CARBONELL, SOFIA GALLEGO OSORIO, LUISA FERNANDA BENAVIDES JARAMILLO
Acto judicial: auto de sustanciación 187

Síntesis: Concede adhesión recurso de apelación

Asunto

Consideraciones

Por auto del 3 de octubre de 2023, se concedió el Recurso de Apelación presentado por las entidades Nación Ministerio de Transporte, Municipio de Manizales, Sociedad Autopistas del Café S.A, y la parte Coadyuvante señora Sofía Gallego Osorio, frente la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2023, que negó las pretensiones de la demanda.

Conforme a la constancia secretarial visible en el expediente digital, se vislumbra que el 29 de septiembre de 2023, se allega escrito de Adhesión al Recurso de Apelación que interpuso la empresa Autopistas del Café S.A, allegado por parte del Instituto Nacional de Vías – INVIAS. (Visible archivo 181 del E.D).

En virtud del artículo 37 de la Ley 472 de 1998, señala que contra las sentencias de primera instancia procede el recurso de apelación en la forma prevista en Código General del Proceso; 322 ibidem.

Que conforme a la constancia secretarial que la sentencia fue notificada a través de correo electrónico el 25 de septiembre de 2023. Y el término de traslado transcurrió desde el 26 y 27 de septiembre del 2023.

Los tres días para impugnar se surtieron desde el 28 y 29 de septiembre al 2 de octubre de 2023. Entonces, conforme a la constancia secretarial, se tiene interpuesta dentro del término la adhesión al recurso de apelación propuesta por el Invías presentada por la Entidad Autopistas del Café.

Atendiendo que el recurso cumple con los requisitos de procedencia y oportunidad previstos en las normas que rigen la materia, el despacho procederá a su concesión en el efecto

suspensivo de conformidad con el artículo 67 de la Ley 472 de 1998, para ser resuelto ante el Honorable Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: Aceptar la adhesión al recurso de apelación propuesta por el Instituto Nacional de Vías Inviás presentada por la Entidad Autopistas del Café S.A.

SEGUNDO: EJECUTORIADA esta providencia, remítase el proceso al HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, para los efectos del recurso concedido.

TERCERO: Notifíquese y cúmplase la presente providencia, y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No.
FECHA: 24/10/2023 Secretario(a)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 237

Manizales, veinte (20) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-33-02-2020-00055-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: José Gerardo Murillo Montoya
Demandado: E.S.E. Hospital Departamental San Cayetano de Marquetalia

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

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Solicitó se declare la nulidad del oficio del 04 de febrero de 2019, por medio del cual la demandada negó el reconocimiento de la existencia de un contrato laboral; que en consecuencia se declare que existió un contrato laboral entre ellos, entre el 01 de noviembre de 2011 hasta el 30 de junio de 2016 y que sean reconocidos, los salarios, prestaciones sociales y demás indemnizaciones.

1.2. Hechos

Señaló en síntesis que, fue vinculado a la entidad demandada mediante contratos de trabajo bajo la modalidad de prestación de servicios sin solución de continuidad entre el 01 de noviembre de 2011 al 30 de junio de 2016; cumpliendo funciones como técnico auxiliar en enfermería. Que dichas labores eran prestadas cumpliendo un horario de trabajo y recibiendo como contraprestación un salario mensual; en la forma y bajo los parámetros encomendados y señalados por el jefe superior o gerente, como también por las personas delegadas por el superior para estos efectos.

Que el 31 de diciembre de 2018, fue notificado de la terminación injusta del contrato a través de un acta de liquidación bilateral.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señaló como vulnerados, la Constitución artículos 13, 25,53; La Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año; Ley 74 de 1968; Decretos 2158 de 1948 y 2663, 3743 de 1950, Ley 244, decreto 797 de 1949. Decreto 3135 de 1968 Aclarado por el art. 1, Decreto Nacional 3193 de

1968, capítulo II artículo 5° y siguientes, y demás normas concordantes. (Sentencia C-579 de 1996)

Sostuvo que, se desconoció el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, ya que a manera de una presunción de jure se descarta la posibilidad de que el contratista reclame judicialmente la declaratoria de la existencia de una relación laboral, así como los principios de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las mismas normas laborales y estabilidad del empleo, da la temporalidad de los mismos.

Que al negarse la posibilidad de que los contratos u órdenes de prestación de servicios puedan generar una relación laboral, cuando en la práctica es frecuente, se desconocen los principios de superior jerarquía consagrados en el artículo 53 de la misma Constitución, por cuanto sería ignorar la presencia de un "paralelismo nocivo" en las plantas de cargos de la entidad demandada para contratar los mismos servicios y funciones que cumplen los servidores públicos de ésta, negando a los contratistas como a los actores en este caso, los derechos laborales que surgen de una verdadera relación laboral que se configura con la respectiva entidad violando así su derecho a la igualdad.

2. Contestación de la demanda

La **E.S.E. Hospital Departamental San Cayetano de Marquetalia** contestó la demanda de manera extemporánea.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró la nulidad del Oficio del 04 de febrero de 2019 expedido por el gerente de la E.S.E. Hospital Departamental San Cayetano de Marquetalia, en consecuencia, declaró que entre ambos extremos procesales existió una relación laboral por el lapso comprendido entre el 01 de noviembre de 2011 a 30 de junio de 2016.

A título de restablecimiento del derecho, condenó a la demandada a reconocer y pagar a favor del actor, la suma equivalente a las prestaciones sociales legales ordinarias que perciben los empleados públicos de planta de personal de la entidad, tomando en cuenta para tal efecto la remuneración pactada en los contratos de prestación de servicios, por el lapso comprendido entre el 01 de noviembre de 2011 al 30 de junio de 2016. Así mismo, el ente demandado deberá pagar los valores que por concepto de cotizaciones, debió efectuar al Sistema General de Seguridad Social (Pensión), en el porcentaje que le corresponde a la entidad empleadora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y durante el lapso comprendido entre el 01 de noviembre de 2011 a 30 de junio de 2016 y que deberá consignar al fondo de pensiones que aquél señale. Las sumas acá reconocidas serán reajustadas con fundamento en la fórmula expuesta en la parte motiva de la sentencia. Finalmente condenó en costas a la demandada.

Para dar base a lo anterior señaló que, se demostraron los elementos de una verdadera relación laboral, específicamente en cuanto a la subordinación señaló que, el demandante se desempeñó como auxiliar de enfermería, como puede observarse en el objeto contractual de los documentos aportados a la demanda; que además, las funciones señaladas en los

contratos dejan entrever la subordinación del demandante en la realización de las actividades para las cuales fue contratado ya que en primer lugar estas hacen referencia explícita a figuras como “jefe inmediato” y “superior jerárquico”, así mismo, que los elementos de trabajo eran proporcionados por su superior; de igual forma la obligación contractual de asistir a las capacitaciones brindadas por la entidad al personal del planta de la E.S.E., también la realización de turnos en las condiciones de horario determinadas por la demandada.

Que lo anterior desborda completamente la coordinación normal que existe entre contratante y contratista, y la reemplaza por subordinación basada esencialmente en las directrices que por la naturaleza de las actividades debía atender el demandante y que refutan la autonomía que debe guiar al contratista en esta tipología contractual, así como el cumplimiento de horario de trabajo de acuerdo con lo establecido por la entidad. Que no concibe que las labores desempeñadas por el demandante puedan ejercerse de manera autónoma, en tanto que son labores meramente operativas dentro del objeto misional de la entidad sujetas a los horarios de atención al público de la entidad en muchos casos.

4. Recurso de apelación

La E.S.E. **Hospital Departamental San Cayetano de Marquetalia** solicitó revocar el fallo y negar las pretensiones. Para ello señaló que, la sentencia desconoció el principio de justicia rogada, teniendo en cuenta que, el actor solicitó la declaración de la existencia de un contrato de trabajo, no de una relación legal y reglamentaria, como la decretada por la providencia y desconoció el sustento jurídico que de las pretensiones expuso el actor, que básicamente eran normas propias de la prestación del servicio de empleados privados y no las propias del trabajo oficial o del empleo público.

Que además, la sentencia dio por probada, sin estarlo, la subordinación, que no le era dable como lo hizo, presumir dicho requisito, cuando de conformidad con el precedente jurisprudencial predicable de estos casos, era necesaria la pleno probanza de este elemento por parte del demandante, con prueba conducente, esto es, las manifestaciones directas de quienes hayan visto su presentación personal del servicio, como para auscultar, que la misma estaba revestida de subordinación. Que no se comparte la valoración que se hizo de los cuadros de turnos y de la lista de asistencia a reuniones.

Señaló que la condena en costas era improcedente entendiendo los actuales parámetros jurisprudenciales de esta jurisdicción especializada, y por demás que no se encuentran acreditados.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto, se considera necesario establecer: *¿La sentencia desconoció el principio de justicia rogada, teniendo en cuenta que, el actor solicitó la declaración de la existencia de un contrato de trabajo, no de una relación legal y reglamentaria?*

¿Fue demostrada la subordinación en la relación que sostuvo José Gerardo Murillo Montoya con la E.S.E. Hospital Departamental San Cayetano de Marquetalia?

¿Procedía la condena en costas en primera instancia?

2. Primer problema jurídico

Para resolverlo, se hará referencia i) al marco jurídico sobre el principio de justicia rogada en especial en asuntos donde se ventilen derechos laborales; y ii) el caso concreto.

2.1. Marco normativo y jurisprudencial - Principio de justicia rogada en especial en asuntos donde se ventilen derechos laborales

Uno de los principios fundamentales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es el de justicia rogada, que limita la actividad del juez a lo pedido en la demanda, esto es, impide que el juez vaya más allá de lo solicitado por el demandante. El principio de justicia rogada implica una carga procesal para quien pretenda demandar un acto administrativo, pues el artículo 163 del CPACA señala que *“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión”*. En el mismo sentido, el artículo 164 ibidem indica que las demandas contra actos administrativos deben dar cuenta de las normas violadas y del concepto de violación.

El principio de justicia rogada es complementado por el de congruencia, que exige coherencia entre lo pedido en la demanda y lo tramitado y decidido en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. La congruencia tiene sustento en lo previsto en el artículo 281 del Código General del Proceso, que señala: *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”*.

Sobre el principio de congruencia, la Corte Constitucional¹ explicó:

“El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto que durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados.

La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia “como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, “en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó”.

Por su parte, el Consejo de Estado² ha señalado:

¹ T-455 de 2016

² Sección segunda, subsección B, en fallo de 17 de octubre de 2017 (expediente: 66001-23-33-000-2012-00161-01 [3605-14]),

“[...] 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 todo caso, la Corte Constitucional ha establecido límites a los principios de justicia rogada y congruencia, frente a casos en los que se evidencie la vulneración de derechos fundamentales. Así, en sentencia T-553 de 2012, consideró que *“si bien es cierto que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es rogada, ello no impide que en aquellos casos en los que se vean comprometidos derechos fundamentales que obliguen al juez a desplegar medidas para su protección, deba guardar silencio, puesto que es deber del operador jurídico hacer uso de las facultades oficiosas para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia”.*

En tratándose de derechos laborales y de la seguridad social, el Consejo de Estado ha precisado, además:³

“... si bien es cierto que la justicia contencioso administrativa es rogada, es decir, que el demandante tiene la carga procesal de individualizar las pretensiones condenatorias o declaratorias (diferentes a la anulación del acto) con claridad y precisión en el texto de la demanda respecto de las cuales el juez deberá pronunciarse en la sentencia (principio de congruencia), también lo es que este mandato legal debe ceder a los postulados superiores, cuanto más respecto de los derechos constitucionales a la vida en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social, puesto que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” (artículo 48 de la C.P.), como extremo débil de la relación laboral, que imponen a las autoridades estatales la obligación de adoptar medidas tendientes a su protección efectiva, ya que sería mayor el menoscabo para la persona cuando llegare a acceder a un derecho pensional (sea por vejez o invalidez) con un monto que no reconoce la fuerza laboral que entregó a su empleador, frente a los demás que sí obtuvieron todos los beneficios a los que se tiene derecho en un contrato de trabajo (principio de proporcionalidad)”. (Resalta la Sala)

Por lo tanto, si bien en principio, el Juez solo puede referirse a las pretensiones planteadas por el demandante y conforme a las normas violadas y del concepto de violación indicados, en asuntos en los que se vean comprometidos derechos constitucionales irrenunciables, es deber del operador jurídico hacer uso de las facultades oficiosas para garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia

2.2. Análisis del caso concreto

En el caso concreto, la entidad demandada señaló que, la sentencia desconoció el principio de justicia rogada teniendo en cuenta que, el actor solicitó la declaración de la existencia de un contrato de trabajo, no de una relación legal y reglamentaria, como la decretada por la providencia y desconoció el sustento jurídico que de las pretensiones expuso el actor, que

³ Sección Segunda. Sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

básicamente eran normas propias de la prestación del servicio de empleados privados y no las propias del trabajo oficial o del empleo público.

Al respecto la Sala evidencia que, el actor pretendió que se declarara que existió un contrato laboral y en el acápite de normas y concepto de la violación, invocó, entre otras, la vulneración de la Constitución, artículo 13, 25,53; Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año; Ley 74 de 1968; Decretos 2158 de 1948 y 2663, 3743 de 1950, Ley 244, Decreto 797 de 1949. Decreto 3135 de 1968 Aclarado por el art. 1, Decreto Nacional 3193 de 1968, capítulo II artículo 5° y siguientes, referentes en general a las relaciones laborales y los derechos derivados de ellas.

En la sentencia el *a quo* declaró que *“entre ambos extremos procesales existió una **relación laboral**”* señalando en síntesis que, el vínculo a través de contratos de prestación de servicios, *“deviene en precario e ilegal ante el franco desconocimiento de las formas sustanciales del derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la ley para el ingreso al servicio público y, aún más, las garantías laborales y los derechos fundamentales de quienes así resultan vinculados -artículos 13 y 53 de la Carta Política”*.

De acuerdo a lo anterior, es claro que, el *a quo* no declaró la existencia de una relación legal y reglamentaria entre las partes procesales como lo indica el apelante, pues lo que declaró fue la existencia de una relación laboral y ello lo hizo con fundamento principalmente en las normas constitucionales - artículos 13, 25 y 53- que fueron invocadas y desarrolladas por el actor en la demanda.

Si bien lo solicitado por el actor fue la declaratoria de un contrato de trabajo, ello no es razón suficiente para señalar vulnerado el principio de justicia rogada o de congruencia de la sentencia, pues el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo tiene fundamento en las normas constitucionales, que consagran derechos tales como el de la igualdad, y el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

“Lo anterior, teniendo en cuenta que toda relación jurídica que implique conductas o actividades laborales, incluidas, claro está, aquellas en las que el Estado es el empleador, deberá ser analizada en consideración de los derechos fundamentales de los trabajadores previstos en el señalado artículo 53 de la Constitución y en los convenios internacionales sobre el trabajo, debidamente ratificados por el Estado”.⁴

Además, al Juez le correspondía, de acuerdo con los hechos probados, declarar la existencia de la relación laboral en la modalidad que realmente correspondía, independiente de la forma que señalaron los contratantes o que reclame la parte actora, más aún si se tiene en cuenta que, se encuentran comprometidos derechos laborales de carácter irrenunciables, como son entre otros, los aportes pensionales.

2.3. Conclusión

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: William Hernández Gómez. Sentencia de 14 de julio de 2022. Rad.: 25000-23-42-000-2016-04522-01 (2833-2019)

Por lo expuesto se concluye que, el *a quo* no desconoció el principio de justicia rogada o de congruencia de la sentencia al declarar la existencia de una relación laboral, a pesar de que, el demandante hubiese reclamado la declaración de la existencia de un contrato trabajo. Por lo anterior, no prospera el argumento expuesto por la entidad demandada.

3. Segundo problema jurídico *¿Fue demostrada la subordinación en la relación que sostuvo José Gerardo Murillo Montoya con la E.S.E. Hospital Departamental San Cayetano de Marquetalia?*

Para resolverlo, se hará referencia i) al marco normativo y jurisprudencial sobre la primacía de la realidad sobre las formalidades; los elementos de la relación laboral; ii) los hechos acreditados relevantes para la resolución del asunto; y iii) el análisis del caso concreto.

3.1. Marco normativo y jurisprudencial⁵

3.1.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades

El artículo 53 de la Constitución consagró el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado.

La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)⁶, expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT⁷ al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

Dicho Convenio en Colombia es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: *“los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”*, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Constitución.

3.1.2. Elementos propios de la relación laboral

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

⁵ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)

⁶ Aprobada en 1919

⁷ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País”; y iii) un salario como retribución del servicio.

Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021⁸ retomando los desarrollos jurisprudenciales previos sobre estos elementos, los condesó bajo los siguientes parámetros:

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio señaló que, el mismo puede ser identificado, en tanto “Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este⁹; 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”.¹⁰

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

“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.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

⁹ **Cita de cita:** Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

¹⁰ **Cita de cita:** Al respecto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

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”.*

Finalmente, sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas precisó que *“Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.”*

De conformidad con lo expuesto, se concluye que la denominada figura del contrato realidad en aplicación del principio de realidad sobre las formas debe ser aplicada en aquellos asuntos en que se presenten los tres elementos esenciales de la relación laboral (prestación personal, remuneración y subordinación o dependencia).

3.3. Hechos acreditados relevantes para la resolución del asunto

- La relación jurídica que sostuvo José Gerardo Murillo Montoya con la E.S.E. Hospital Departamental San Cayetano de Marquetalia, se acreditó con los siguientes contratos, los cuales todos tuvieron como objeto la *“Prestación de servicios de apoyo a la gestión como TÉCNICO AUXILIAR EN ENFERMERÍA ...”*¹¹:

Contrato	Fecha de inicio	Fecha terminación
01112011-31	01 de noviembre de 2011	31 de diciembre de 2011
01012012-17	01 de enero de 2012	31 de diciembre de 2012
01012013-16	01 de enero de 2013	30 de junio de 2013
01082013-2	01 de agosto de 2013	30 de noviembre de 2013
01012014-18	01 de enero de 2014	31 de diciembre de 2014
01012015-18	01 de enero de 2015	31 de diciembre de 2015
01012016-14	01 de enero de 2016	30 de junio de 2016

- El señor José Gerardo Murillo Montoya prestó sus servicios con auxiliar de enfermería para la entidad demandada, en turnos los cuales eran programados de lunes a domingo, ello se desprende de los cuadros de turnos de la entidad.¹²
- El señor José Gerardo Murillo Montoya, el 17 de enero de 2019 solicitó, el reconocimiento de la relación laboral que mantuvo con la entidad en virtud a los contratos de prestación de servicios como auxiliar de enfermería¹³.

¹¹ Fl. 1-65 AD 02

¹² Fl. 96-124 AD 49.

¹³ Fl. 131-133 AD 02.

- La entidad demandada por medio Oficio del 04 de febrero de 2019, negó la solicitud.¹⁴
- Se recibió el testimonio de Jessica Magnolia Quintero Ospina, quien simplemente afirmó que sabía que el señor José Gerardo Murillo Montoya se desempeñó como auxiliar de enfermería en el Hospital Departamental San Cayetano de Marquetalia, porque él se lo comunicó ¹⁵.

3.4. Análisis del caso concreto

Dado que no existe discusión en lo que respecta a los extremos de la relación, la efectiva prestación personal del servicio y la consecuente remuneración del mismo, la Sala descenderá al análisis del elemento de la relación laboral que ha sido objeto de litigio por medio del recurso vertical, esto es, la existencia de subordinación en el desarrollo de las funciones del demandante al servicio de la entidad demandada, lo cual se hará a partir del análisis de los indicios de existencia de este elemento como fueron esbozadas en la líneas atrás citada sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021.

Adicionalmente, cabe resaltar que el Consejo de Estado hapreciado que: *“es ínsita al objeto misional de una entidad prestadora de servicios de salud que, además, constituye una función pública a cargo y/o bajo la vigilancia del Estado, genera que sea menos exigente la demostración del elemento subordinación, tal y como acontece con el servicio docente, más aún cuando el servicio no ha sido contratado de manera transitoria o excepcional”*.¹⁶

3.4.1. Indicios respecto al lugar de desarrollo de las actividades y la existencia de un horario de trabajo

Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista, o un sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades no implican necesariamente, que exista subordinación laboral, pero pueden ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, lo cual deberá ser valorado en función del objeto contractual convenido.

En el caso concreto, uno de los aspectos comunes a los contratos celebrados entre Assbasalud y el señor Henao Rojas es que el objeto consistía en: *“Prestación de servicios de apoyo a la gestión como TÉCNICO AUXILIAR EN ENFERMERÍA en la E.S.E. Hospital San Cayetano de Marquetalia, Caldas ...”*.

En los contratos 01112011-31, 01012012-17, 01012013-16 se pactó que las actividades a desarrollar eran: *“la prestación de servicios de manera integral, por parte del contratista y a favor de la E.S.E. Hospital San Cayetano de Marquetalia Caldas y por ende a su comunidad EN TODA SU ÁREA DE INFLUENCIA, incluyendo las diferentes áreas de la sede principal (Consulta Externa, Urgencias, Vacunación, Sala de Partos, Hospitalización, Disponibilidad para remisionar en traslado Asistencial Básico, Central de Materiales y esterilización; como en los diferentes puestos*

¹⁴ Fl. 139 AD 02.

¹⁵ AD 61

¹⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 24 de junio de 2015, Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00067-01 (3038-13).

de salud del área rural (sic), cuando a ello hubiere lugar, y específicamente en cuanto hace referencia a: (...)”

En los contratos 01082013-2, 01012014-18, 01012015-18 y 01012016-14 se pactó que las actividades a desarrollar eran: *“la prestación de servicios de manera integral EN SALUD PÚBLICA EN EL ÁREA DE VACUNACIÓN, por parte del CONTRATISTA y a favor de la E.S.E. Hospital San Cayetano de Marquetalia Caldas y por ende a su comunidad EN TODA SU ÁREA DE INFLUENCIA, incluyendo las diferentes áreas de la sede principal, puestos de salud y específicamente en cuanto hace referencia a: (...)*”

Así mismo, el demandante debía prestar sus servicios de conformidad a unos turnos, como consta en los cuadros de las siguientes fechas: - febrero 2012. - marzo 2012, -abril 2012, - mayo 2012, - junio 2012, - julio 2012, - enero 2014, - febrero 2014, - marzo 2014, - abril 2014, - mayo 2014, - junio 2014, - julio 2014, - agosto 2014, - septiembre 2014, - octubre 2014, - noviembre 2014, - diciembre 2014, - enero 2015, - febrero 2015, - abril 2015, - junio 2015, - julio 2015, - agosto 2015, - octubre 2015, - noviembre 2015.¹⁷

De conformidad con lo expuesto, se encuentra acreditado que el contratista cumplió las funciones del objeto contractual, en las instalaciones de la contratante y en el lugar y horario indicado por la entidad contratante, lo cual era necesario atendiendo la naturaleza de las funciones realizadas por el contratista, como auxiliar de enfermería.

Lo anterior, si bien no implica necesariamente que exista subordinación, constituye un indicio de su existencia, por lo cual se hace necesario analizar las demás circunstancias que rodearon la ejecución de los referidos contratos.

3.4.2. Indicios referentes a la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar más allá de la simple coordinación

Al respecto el Consejo de Estado¹⁸ ha precisado que, 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 del elemento de la subordinación, en la medida en que se demuestre que, la contratante ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que se llevó a cabo el cumplimiento del objeto contractual.

Ahora, frente al principio de coordinación, en contraposición a la subordinación, el Consejo de Estado sostuvo:

“Se aclara que el principio de coordinación, ínsito en los contratos de prestación de servicios, consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz del contrato, por lo que es indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel cumple su contrato con

¹⁷ Fl.. 95-124, AD 49

¹⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021.

independencia, en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito.

Diferente es la subordinación, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador y, en tal sentido, este cuenta en todo momento con la posibilidad de disponer del servicio de aquel, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecerle. En efecto, el empleador impone las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos, para que el trabajador desarrolle sus labores, sin que le asista ningún tipo de independencia.”¹⁹

De acuerdo a lo anterior, se analizarán los medios probatorios arribados para establecer la existencia o no de actividades de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad contratante que se alejen de un ejercicio normal de coordinación entre contratante y contratista, ello en aplicación de criterios de sana crítica.

En los referidos contratos se establecieron unas obligaciones a cargo del contratista, que constituyen indicios de dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar por parte de la entidad contratante, que van más allá de la simple coordinación de actividades, como por ejemplo:

En los contratos 01112011-31, 01012012-17, 01012013-16 se pactó que el contratista debía:

“ACTIVIDADES GENERALES

...

*3. Ejecutar las actividades de enfermería orientadas a la recuperación y rehabilitación de los usuarios que estén bajo su cuidado, de acuerdo con las órdenes médicas **y bajo la supervisión de la enfermera jefe.***

...

*7. Participar en los programas de inducción y re inducción orientados (sic) **sus superiores.** (...).*

...

ACTIVIDADES EN EL SERVICIO DE CONSULTA EXTERNA

...

*6. **Colaborar con el médico** en la realización de actividades o procedimientos asistenciales cuando este así se lo solicite y proveer el material necesario para la consulta.*

...

ACTIVIDADES EN EL SERVICIO DE VACUNACIÓN

...

*5. Mantener al tanto **a su jefe inmediato** sobre cómo se desarrolla el programa y es la existencia de los biológicos controlando a diario cantidad, vigencia de la fecha límite de uso y número de lote utilizado.*

*6. Solicitar oportunamente al **jefe inmediato** los elementos de trabajo necesarios para la prestación de sus servicios.*

*7. Informar al **jefe inmediato** sobre sus observaciones acerca de la presentación de síntomas que puedan indicar la presencia de enfermedades transmisibles e inmunoprevenibles y colaborar con las tareas que se tracen para controlar tales situaciones...*

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de 18 de marzo de 2021. Rad.: 23001-23-33-000-2016-00147-01(2420-19)

ACTIVIDADES EN EL SERVICIO DE REMISIÓN PACIENTES (T.A.B.) TRASLADO ASISTENCIAL BÁSICO.

...

- Acatar las **órdenes**, sugerencias, recomendaciones de parte del profesional en lo relacionado con el traslado del paciente.

...

ACTIVIDADES EN EL SERVICIO DE HOSPITALIZACIÓN

...

11. Asistir a los programas de inducción, reinducción programados por la Coordinación respectiva como de Talento Humano y a las reuniones convocadas por sus superiores jerárquicos...".²⁰

En similar sentido, en los contratos 01082013-2, 01012014-18, 01012015-18 y 01012016-14 se pactó que el contratista debía:

"ACTIVIDADES GENERALES

...

- Mantener al tanto a su **superior inmediato** sobre cómo se desarrolla el programa y cual es la existencia de biológicos, controlando a diario cantidad, vigencia de la fecha límite de uso y número de lote utilizado.

- Solicitar oportunamente **al jefe inmediato** los elementos de trabajo necesarios para la prestación de sus servicios.

- Informar **al jefe inmediato** sobre sus observaciones acerca de la presentación de síntomas que puedan indicar la presencia de enfermedades transmisibles e inmunoprevenibles y colaborar con las tareas que se tracen para controlar tales situaciones. (...).

(...). - Las demás que le sean asignadas por norma legal o autoridad competente y que estén acordes con la naturaleza del cargo, cuando a ello hubiere lugar y el Hospital San Cayetano así lo requiera para cumplir de manera oportuna con la misión institucional en pro de la comunidad, como: **Realizar turnos** de efectividad en las áreas de Urgencias, hospitalización, traslado asistencial básico y disponibilidad en sala de esterilización, sala de material, vacunación puestos de salud, laboratorio clínico, actividades extramurales, demanda inducida, entre otras. (...)"

Como puede verse, existen bastantes elementos indicativos de que la entidad contratante realizaba constantes y permanentes actividades de control, vigilancia, imposición o seguimiento a las actividades desarrolladas por el contratista a través del "jefe inmediato" y "superior jerárquico", circunstancias que sobrepasan lo que podría catalogarse como una simple coordinación de actividades entre contratante y contratista.

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

Al respecto el Consejo de Estado²¹ ha señalado que, si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro

²⁰ (Pág. 1, AD 02

²¹ Entre otras: Consejo de Estado, sentencia de 3 de marzo de 2011. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad 15001-23-31-000-1999-02528-01(0693-10). Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección "A" M.P.: Alfonso Vargas Rincón Rad.: 68001231500020020210401 (0233-08)

ordinario de la administración y si la tarea acordada no corresponde a actividades nuevas, que no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, se desdibuja la relación contractual.

El Hospital Departamental San Cayetano de Marquetalia es una Empresa Social del Estado cuyo objeto es la prestación de servicios de Salud, de conformidad con el artículo 83 de la Ley 489 de 1998.

En los contratos suscritos entre el Hospital Departamental San Cayetano de Marquetalia y el accionante, arriba referenciados, el objeto pactado consistía en prestar los servicios como *auxiliar de enfermería*, y en cuanto a las actividades desarrolladas por el contratista, es claro que ellas consistían en la prestación de servicios de salud a los usuarios de la ESE demandada, incluyendo las diferentes áreas como: *consulta externa, urgencias, vacunación, sala de partos, hospitalización, disponibilidad para remisiones en traslado asistencial básico, central de materiales y esterilización*.

Aunado a lo anterior, no se presenta justificación alguna para que el Hospital Departamental San Cayetano de Marquetalia vinculara al contratista para la ejecución de esas actividades misionales y permanentes, mediante contratos de prestación de servicios, en forma continua entre el 1º de noviembre de 2011 y el 30 de junio de 2016; contratos que, como se advirtió líneas arriba, deben apuntar es al desarrollo de labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional.

Así, se tiene que, la contratación del demandante a través de continuos contratos de prestación de servicios para la ejecución de actividades misionales y permanentes de la contratante, que se extendieron por cerca de cinco años, desvirtúa esta vocación transitoria o accidental que debe caracterizar al contrato de prestación de servicios.

3.5. Conclusión

Se encuentran acreditada la subordinación y dependencia del accionante respecto de la entidad demandada; aunado a la existencia de una prestación del servicio y una remuneración -elementos que no fueron objeto de discusión- por lo que se concluye que existió una verdadera relación laboral entre el señor José Gerardo Murillo Montoya y el Hospital Departamental San Cayetano de Marquetalia, en la ejecución de los múltiples contratos de prestación de servicios suscritos entre el 1º de noviembre de 2011 y el 30 de junio de 2016.

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos propuestos por la entidad accionada al señalar que, el simple cumplimiento de un horario o la coordinación de funciones no son indicativos de la existencia de la subordinación, pues confluyen otros elementos que, analizados en conjunto, permiten aseverar la existencia de dicho elemento constitutivo de la relación laboral, tal y como se declaró la sentencia recurrida.

Corolario, se confirmará la decisión adoptada por la sentencia de primera instancia

4. Tercer problema jurídico ¿Procedía la condena en costas en primera instancia?

Para resolverlo, se hará referencia i) al marco jurídico sobre la condena en costas; y ii) el análisis del caso concreto.

4.1. Marco jurídico – condena en costas

La Corte Constitucional²² ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

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

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

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

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

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

- 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.
Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.*
- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
- 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*
- 4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
- 5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

²² C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.
7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.
8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.
9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”

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

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8 del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que “en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En efecto, la aludida corporación²³ ha señalado:

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

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA.
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así

²³ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

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

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

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

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

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

4.2. Análisis sustancial del caso concreto

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

En la sentencia apelada se indicó que, se condena en costas procesales a la demandada por ser la parte vencida en el proceso, además fijó agencias en derecho por el equivalente al 4% del valor de las pretensiones solicitadas, en atención a que el demandante debió asumir los costos de un profesional del derecho que lo representara, quien intervino en todas las etapas del proceso.

Por lo tanto, se atendió el criterio objetivo en tanto, la condena en costas se impuso a la parte demandada, quien fue la parte vencida en el proceso, además se aplicó el criterio valorativo, pues se precisó que, se evidenció la actividad del abogado de la parte accionante realizada dentro del proceso, como en efecto se constató con la formulación de la demanda y su subsanación, compareció a la audiencia inicial y de pruebas, además, la presentación oportuna de los alegatos de conclusión.

4.3. Conclusión

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, y al atender y acoger el criterio objetivo valorativo, procedía la condena en costas impuesta a la parte demandada en primera instancia, por ser la parte vencida en el proceso; además de estar acreditada la causación de las mismas. Por lo tanto, en este aspecto también se confirmará la sentencia.

5. Costas en esta instancia

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el Consejo de Estado respecto a la imposición de costas, no se condenará en costas de segunda instancia advirtiendo que no se encuentran acreditadas, toda vez que las partes no incurrieron en gastos procesales, ni efectuaron actuación alguna en esta instancia.

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

Resuelve

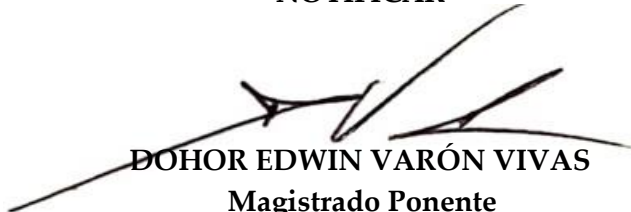
Primero: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales el 19 de julio de 2023 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por José Gerardo Murillo Montoya contra la E.S.E. Hospital Departamental San Cayetano de Marquetalia.

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 Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 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 TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 235

Manizales, veinte (20) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-39-008-2020-00186-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Andrea Gallego Rojas
Demandado: ESE Hospital San Félix De La Dorada

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

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Solicitó se declare la nulidad del oficio o Resolución 12984 del 31 de marzo de 2020, firmado por el gerente de la demandada; que en consecuencia se declare que existió una relación laboral entre ellos y que sean reconocidos los salarios, prestaciones sociales y demás indemnizaciones.

1.2. Hechos

Señaló en síntesis que, prestó sus servicios a la ESE Hospital San Félix de La Dorada entre el 06 de marzo de 2018 hasta el 30 de junio de 2019, desempeñando el cargo de *Auxiliar de Enfermería*, a través de diferentes contratos de prestación de servicios.

Que mediante Oficio 12984 del 31 de marzo de 2020 el Gerente del Hospital San Félix negó la solicitud elevada por la accionante para que se declarara la existencia de relación laboral.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señaló como vulnerados, el preámbulo y los artículos 1, 2, 25, 53, 55, 93, 94, 121, 122, 123, 125 y 209 de la Constitución Política; y Decretos 1042 y 1045 de 1978. Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y demás normas reglamentarias, entre otros.

Sostuvo que, se encuentra frente a un contrato realidad puesto que, se celebraron varios contratos de prestación de servicio de forma continua, siempre bajo las estrictas ordenes de dicha entidad, así como el acatamiento absoluto de horarios de trabajo, actuando bajo las mismas calidades de un servidor público, utilizaba los elementos asignados por la institución, tenía identificación, recibían ordenes de trabajo e instrucciones específicas, estaba sujeto a requerimientos verbales y escritos, recibía memorandos, tenía un sitio de trabajo específico y concreto, en otras palabras, la demandante en ningún momento tenía la autonomía e independencia que identifica a los contratos de prestación de servicio, antes por el contrario, su labor era idéntica a la de un empleado de carrera administrativa, ya que estaba completamente dependiente y subordinada a las órdenes de sus superiores inmediatos, y de los demás servidores públicos de la ESE demandada.

2. Contestación de la demanda

La **ESE Hospital San Félix de La Dorada** se opuso a las pretensiones de la demandante; para ello manifestó que, el acto administrativo demandado fue una decisión administrativa proferida en armonía con el ordenamiento jurídico y el cual goza de presunción de legalidad, con plena observancia de las formalidades legales, por funcionario competente y sin desviación de las atribuciones que le son propias.

Explicó que, la contratación de la demandante se ajustó siempre a la necesidad del servicio y a la condición *"sine qua non"*, que indica que las actividades a desarrollarse no puedan ser ejecutadas con el personal de planta y dentro de su naturaleza se encuentre imperante la autonomía e independencia del servicio. Que cada uno de los contratos celebrados estuvo justificado con el principio de planeación, como quiera que éste comporta la estructuración del negocio jurídico, no solo en términos técnicos y económicos, sino también jurídicamente; esto es, la selección o elaboración de una tipología contractual acorde a las necesidades y el interés público que se debe satisfacer al interior de la entidad.

Con fundante en ello presentó las excepciones de mérito: *"VULNERACIÓN DEL ACTO PROPIO"*; *"INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN POR PARTE DE LA E.S.E HOSPITAL SAN FÉLIX FRENTE A LA DEMANDANTE"*; *"INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL ENTRE LAS PARTE"*; *"EJECUCIÓN DE CONTRATOS EN APLICACIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD"*; *"EJECUCIÓN DE CONTRATOS EN EJERCICIO DEL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA"*; *"NADIE ESTÁ OBLIGADO A LO IMPOSIBLE"*; *"PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO"*; *"BUENA FE"*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró imprósperas las excepciones formuladas por la demandada; en consecuencia, declaró la nulidad parcial del oficio 12984 del 31 de marzo de 2020 y ordenó a título de restablecimiento del derecho a la ESE Hospital San Félix de La Dorada el reconocimiento y pago de las sumas que resulten de la liquidación por

concepto de prestaciones sociales en el periodo del 06 de marzo de 2018 hasta el 30 de junio de 2019 que correspondan a una persona que dentro del personal de la entidad demandada cumpla labores similares a la demandante (cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otras) teniendo en cuenta los honorarios pagados para la época.

De igual manera, la condenó a pagar a la demandante los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes durante el período comprendido entre el 06 de marzo de 2018 hasta el 30 de junio de 2019 y declarar que el tiempo laborado se debe computar para efectos pensionales. Aclaró que, el pago de los aportes no releva a la accionante de efectuar el porcentaje que le corresponda como trabajadora sobre los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones.

Para dar base a lo anterior señaló que, la prestación personal del servicio de la demandante se desprende de los contratos suscritos entre la señora María Andrea Gallego Rojas y la entidad accionada. También se tiene que la demandante recibió una contraprestación económica, tal como se desprende de las órdenes de pago presupuestal y de los contratos de prestación de servicios suscritos, en los que se pactó unos honorarios mensuales.

En cuanto a la subordinación continuada indicó que, la demandante estuvo sujeta de manera inmediata y necesaria a la subordinación, pues, tenía que cumplir con las funciones asignadas y con un horario de trabajo, además de seguir ordenes de los médicos debía atender la ordenes que le diera su jefe inmediato, en este caso la enfermera jefe que se encontrara en turno. También se logró determinar que la demandante efectivamente desempeñaba labores como auxiliar de enfermería, las cuales se enmarcan dentro del objeto misional de la demandada.

Que así las cosas, se encuentran probados los elementos de una verdadera relación laboral, siendo incuestionable que (i) existió ánimo permanente de contratar a la demandante por parte de la entidad accionada al reflejarse la continuada contratación descrita, atendiendo a que las funciones desarrolladas son de (ii) la naturaleza y objeto “resorte” de la entidad demandada, y fueron desarrolladas de forma (iii) subordinada, tal como se desprende de la prueba testimonial y documental aportados.

4. Recurso de apelación

La **ESE Hospital San Félix de La Dorada** solicitó revocar el fallo y negar las pretensiones. Para ello señaló que, no considera demostrados los elementos indispensables para la existencia de un contrato realidad, por cuanto, se incurrió en una indebida aplicación del juicio valorativo al analizar las pruebas.

Que la juzgadora de instancia se basó en un testimonio que no tenía la suficiencia probatoria o la vocación para llevar a decisiones concluidas y, además, tanto los elementos documentales como la declaración de parte debían ser confrontados con el testimonio de Luis Álvaro Castaño y Antonio María Gómez, los cuales llevarían a una conclusión totalmente diferente a la adoptada en primera instancia.

Que dentro de la sentencia se puede apreciar que, la prueba central para tomar la decisión del fallo es la declaración de parte de la señora demandante, siendo pertinente señalar que dado que la declaración de parte se diferencia de la confesión, en que aquella no implica reconocer hechos que favorezcan a la contraparte o perjudiquen al declarante, debe concluirse que tal medio de prueba debe valorarse como lo que es: *un relato sobre las circunstancias atinentes a la situación problemática que se busca resolver con el proceso.*

Que entre la demandante y la ESE Hospital San Félix existieron verdaderos contratos de prestación de servicio que fueron ejecutados en todas sus fases, conforme al ordenamiento jurídico y gozan de una presunción de legalidad que no logró ser desvirtuada. Que el despacho no tuvo en cuenta el planteamiento de la necesidad del Hospital para celebrar cada uno de los contratos de prestación de servicios con la hoy demandante, los cuales se encuentran plasmados y consolidados en cada uno de los estudios previos que soportan cada proceso contractual adelantado.

Que lo anterior, no implicó que la demandante ejecutará sus obligaciones bajo subordinación de la contratante, lo que realmente se configuró es una coordinación de actividades, lo cual resulta connatural a dicho tipo de contratación, a fin de hacer seguimiento no solo a las actividades, sino a la ejecución presupuestal de dineros públicos.

Que una vez analizado el material probatorio, contrario a la conclusión a que arribó el juzgado de instancia, para el Hospital no existen elementos de juicio que permitan concluir que durante el tiempo que la señora demandante prestó sus servicios en la entidad, se configuró el elemento de subordinación. En efecto, no se advierte ni un solo documento que permita dar cuenta de las órdenes e instrucciones impartidas por un superior o jefe inmediato que desnaturalicen el objeto contractual, así como tampoco el cumplimiento de un horario. Únicamente el testigo Luis Álvaro señaló que la demandante debía cumplir un horario de trabajo, empero, dicha información no puede ser contrastada con ninguna prueba documental que diera cuenta de ello, por lo que mal se le puede otorgar a dicha manifestación total certeza del cumplimiento de un horario impuesto por ESE.

Que son dos los eventos que autorizan la celebración de contratos de prestación de servicios. El primero, referido a la imposibilidad de llevar a cabo actividades administrativas permanentes o excepcionales con el personal de planta existente, vale decir en los eventos de insuficiencia de personal, y el segundo, referido a la

necesidad de vincular personal con conocimientos especializados. Verificados estos requisitos, se hace plausible la contratación mediante la figura de contrato de prestación de servicios. Por tanto, la ESE Hospital San Félix en aras de acreditar la justificación de la relación contractual, demostró que los servicios contratados bajo la modalidad del contrato de prestación de servicio no podían realizarse con personal de planta o requerían conocimientos especializados,

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto, se considera necesario establecer: *¿Fueron demostrados los elementos esenciales de una relación laboral entre María Andrea Gallego Rojas y la ESE Hospital San Félix de La Dorada?*

2. Tesis del Tribunal

Fueron demostrados los elementos esenciales de una relación laboral entre María Andrea Gallego Rojas y la ESE Hospital San Félix de La Dorada, para el periodo comprendido entre el 06 de marzo de 2018 hasta el 30 de junio de 2019, pues se encuentra acreditada la prestación personal del servicio de la demandante como auxiliar de enfermería; también se tiene que la demandante recibió una contraprestación económica a título de honorarios mensuales; además se encuentra acreditado que las labores fueron desempeñadas bajo la continua subordinación que ejercía la entidad demandada.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al marco normativo y jurisprudencial sobre la primacía de la realidad sobre las formalidades; los elementos de la relación laboral; ii) los hechos acreditados relevantes para la resolución del asunto; y iii) el análisis del caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial¹

3.1. La primacía de la realidad sobre las formalidades

El artículo 53 de la Constitución consagró el principio de la *“primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”*, como aquella garantía de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado.

La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a

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

los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),² expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT³ al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

Dicho Convenio en Colombia es fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: *“los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”*, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Constitución.

3.2. Elementos propios de la relación laboral

El Código Sustantivo de Trabajo en sus artículos 23 y 24 estableció los elementos para estructurar una relación laboral, así: i) La actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia *“del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al País”*; y iii) un salario como retribución del servicio.

Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021⁴ retomando los desarrollos jurisprudenciales previos sobre estos elementos, los condesó bajo los siguientes parámetros:

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio señaló que, el mismo puede ser identificado, en tanto *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este⁵; 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”*.⁶

² Aprobada en 1919

³ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

⁵ **Cita de cita:** Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

⁶ **Cita de cita:** Al respecto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

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

*“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”.*

Finalmente, sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas precisó que *“Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.”*

De conformidad con lo expuesto, se concluye que la denominada figura del contrato realidad en aplicación del principio de realidad sobre las formas debe ser aplicada en aquellos asuntos en que se presenten los tres elementos esenciales de la relación laboral (prestación personal, remuneración y subordinación o dependencia).

4. Hechos acreditados relevantes para la resolución del asunto

- La relación jurídica que sostuvo María Andrea Gallego Rojas con la ESE Hospital San Félix de La Dorada se acreditó con los siguientes contratos, los cuales tenían como objeto la *“PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN COMO AUXILIAR EN ENFERMERÍA...”*⁷:

Contrato	Fecha de inicio	Fecha terminación
414-2018	06/03/2018	30/06/2018
735-2018	09/07/2018	31/08/2018
833-2018	01/09/2018	30/09/2018
1162	01/10/2018	30/11/2018
Prorroga		31/12/2018
208-2019	01/01/2019	31/03/2019
604-2019	01/04/2019	30/06/2019

- La entidad demandada mediante Oficio 12984 del 31 de marzo de 2020, negó la solicitud de la demandante sobre el reconocimiento de la relación laboral en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos⁸.
- Se recibió la declaración de la demandante, el testimonio de Luis Álvaro Castaño Gallego, que se desempeñaba como conductor de ambulancia; y de Antonio María Betancur que se desempeñaba como profesional especializado del área administrativa del Hospital San Félix quienes relataron lo que les constaba sobre los servicios prestados por la demandante en virtud de los referidos contratos de prestación de servicios.

5. Análisis del caso concreto

5.1. Prestación personal del servicio

⁷ Fl. 1-37 AD 05. Fl. 1-6 AD 06

⁸ Fl. 131-133 AD 02.

De acuerdo a la relación de los contratos suscritos entre la demandante y la entidad accionada, se encuentra acreditado que, aquella fue contratada para prestar sus servicios como auxiliar de enfermería para el periodo comprendido entre el 06 de marzo de 2018 al 30 de junio de 2019. Además, fueron aportadas las actas de inicio y de supervisión de los referidos contratos⁹ que dan cuenta del cumplimiento de las actividades contratadas, por parte de la demandante.

Aunado a lo anterior, obra en el expediente la certificación expedida por el profesional especializado del área administrativa de la E.S.E Hospital San Félix de La Dorada que da cuenta que la demandante prestó sus servicios en dicha institución como Auxiliar de Enfermería, en el periodo indicado¹⁰.

Por lo tanto, no hay duda en lo que respecta a los extremos de la relación y la efectiva prestación personal del servicio por parte de la demandante.

5.2. Remuneración

De conformidad con lo pactado en los contratos suscritos entre la demandante y la entidad accionada en cuanto a la remuneración del servicio, así como de los certificados de egreso, planillas y comprobantes de egreso¹¹, se encuentra acreditado que la demandante recibió de parte de la accionada unos honorarios mensuales por la prestación de sus servicios como auxiliar de enfermería.

5.3. Subordinación

Para establecer la existencia o no de la subordinación en el desarrollo de las funciones de la demandante al servicio de la entidad demandada, se analizarán los indicios de existencia de este elemento, como fueron esbozadas en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021.

Adicionalmente, cabe resaltar que el Consejo de Estado hapreciado que, la subordinación, *“es ínsita al objeto misional de una entidad prestadora de servicios de salud que, además, constituye una función pública a cargo y/o bajo la vigilancia del Estado, genera que sea menos exigente la demostración del elemento subordinación, tal y como acontece con el servicio docente, más aún cuando el servicio no ha sido contratado de manera transitoria o excepcional”*.¹²

5.3.1. Indicios respecto al lugar de desarrollo de las actividades y la existencia de un horario de trabajo

⁹ AD. 26

¹⁰ FI 5-10 AD 26

¹¹ FI 563-911, 928 AD 26

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 24 de junio de 2015, Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00067-01 (3038-13).

Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista, o un sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades no implican necesariamente, que exista subordinación laboral, pero pueden ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, lo cual deberá ser valorado en función del objeto contractual convenido.

En el caso concreto, uno de los aspectos comunes a los contratos celebrados entre María Andrea Gallego Rojas con la ESE Hospital San Félix de La Dorada es que el objeto consistía en la prestación de servicios de apoyo a la gestión como auxiliar en enfermería “a favor del HOSPITAL”.

Además en los contratos se pactó que las actividades a desarrollar eran entre otras:

- *Ejecutar cabal y oportunamente las órdenes médicas relacionadas con el tratamiento farmacológico y no farmacológico, además de los cuidados de enfermería de cada uno de los pacientes asignados, dando aviso cuando las circunstancias impidan su ejecución;*
- *Mantener informados a los profesionales del servicio sobre el estado de los pacientes y de toda novedad que se presente, alertar al médico tratante ante la ausencia de formulación de la dosis de medicamentos para el día;*
- *Entregar el servicio solo después de haber cumplido el tiempo pactado, de haber ejecutado las actividades concertadas, haber realizado los registros correspondientes en historia clínica y en los libros definidos para cada área (libro de partos, libro de cirugía, libro de central de esterilización, libros de inventarios;*
- *Asistir y cumplir estrictamente al cuadro de turnos programado llegando 10 minutos antes de la hora acordada, para lo cual no puede realizar cambios sin el visto bueno del coordinador del servicio correspondiente o del supervisor del contrato;*
- *Permanecer en la institución durante el turno concertado de la enfermera del servicio;*
- *Evidenciar una adecuada prestación personal, portar adecuadamente el uniforme durante la ejecución de actividades, uniforme totalmente blanco, la ropa interior debe ser blanca, color marfil o bife sin estampados, no se permite camibuso, medias de color blanco, el cabello debe ser recogido, aretes pequeños, no accesorios como pulseras ni cadenas largas, no anillos, uñas sin esmalte y en el caso de utilizarlo debe utilizar colores pastel;*
- *Realizar limpieza y desinfección terminal cuando el usuario sea dado de alta o fallezca, adhiriéndose al manual dispuesto por la institución y el procedimiento definido.*
- *Realizar aseo de la unidad entendiendo como responsabilidades del personal auxiliar de enfermería la limpieza de camas, camillas, mesas auxiliares, mesas de mayo, flujómetros, atriles, palos, estar de enfermería, electrocardiógrafo, nevera de cadena de frío, carro de paro, carro de medicamentos bombas de infusión, escritorios del área de trabajo.*
- *Registrar el ingreso y egreso de los usuarios de acuerdo con las normas y procedimientos de la institución;*

- *Brindar cuidado directo a los usuarios que requieran atención especial, si la condición de salud del paciente lo permite asistirlo durante el baño en ducha, y si las condiciones de salud lo requieren realizar el correspondiente baño en cama cumpliendo con todas las normas de bioseguridad;*
- *Realizar toma de signos vitales, control de trabajo de parto, actividades uterina, frecuencia cardiaca y avisar cualquier alteración al médico de turno;*
- *Recibir, entregar y trasladar los pacientes en cada servicio teniendo en cuenta los protocolos y procedimientos de recibo, entrega y traslado de pacientes verificando acceso venosos, estado clínico del paciente, medicamentos administrados, verificación de información en el sistema, reportes de ayudas diagnósticas en físico y ordenamientos pendientes*
- *Desarrollar actividades como auxiliar de enfermería en los diferentes servicios de la institución sin exclusividad del área inicialmente acordada.*

Adicionalmente se pactó que, “EL CONTRATISTA prestará los servicios objeto del presente contrato **en las Instalaciones del HOSPITAL**, previa concertación entre las partes sobre el número y el tipo de actividades por día y por mes, según su disponibilidad de tiempo, la oferta de servicios y previa coordinación con las autoridades administrativas y asistenciales de la entidad, siendo de cargo de este último brindarle la Información pertinente para el desarrollo de la gestión”.

Lo anterior permiten afirmar que la contratista debía cumplir las actividades del objeto contractual, en las instalaciones de la contratante, con los instrumentos y en el lugar indicado por la entidad contratante, lo cual era necesario atendiendo la naturaleza de las funciones realizadas por la contratista, como auxiliar de enfermería.

Además, en dichos contratos se pactó que, la contratista debía: -. “Acudir al servicio asignado, a la hora acordada”; -. “Asistir y cumplir estrictamente al cuadro de turnos programado llegando 10 minutos antes de la hora acordada, para lo cual no puede realizar cambios sin el visto bueno del coordinador del servicio correspondiente o del supervisor del contrato”, lo cual denota que la demandante estaba supeditada al cumplimiento de un horario de trabajo, lo cual es corroborado con las planillas de turnos mensuales que fueron aportadas.¹³

Lo anterior, si bien no implica necesariamente que exista subordinación, constituye un indicio de su existencia, por lo cual se hace necesario analizar las demás circunstancias que rodearon la ejecución de los referidos contratos.

5.3.2. Indicios referentes a la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar más allá de la simple coordinación

¹³ Fl. 922-924 AD 26

Al respecto el Consejo de Estado¹⁴ ha precisado que, 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 del elemento de la subordinación, en la medida en que se demuestre que, la contratante ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que se llevó a cabo el cumplimiento del objeto contractual.

Ahora, frente al principio de coordinación, en contraposición a la subordinación, el Consejo de Estado sostuvo:

“Se aclara que el principio de coordinación, ínsito en los contratos de prestación de servicios, consiste en la sincronización de las actividades que ejerce el contratista con las directrices que imparte el contratante para la ejecución eficiente y eficaz del contrato, por lo que es indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel cumple su contrato con independencia, en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito.

Diferente es la subordinación, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador y, en tal sentido, este cuenta en todo momento con la posibilidad de disponer del servicio de aquel, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecerle. En efecto, el empleador impone las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos, para que el trabajador desarrolle sus labores, sin que le asista ningún tipo de independencia.”¹⁵

De acuerdo a lo anterior, se analizarán los medios probatorios arribados para establecer la existencia o no de actividades de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad contratante que se alejen de un ejercicio normal de coordinación entre contratante y contratista, ello en aplicación de criterios de sana crítica.

En los referidos contratos se establecieron unas obligaciones a cargo de la contratista, que constituyen indicios de dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar por parte de la entidad contratante, que van más allá de la simple coordinación de actividades, como por ejemplo, se pactó, además de las actividades previamente señaladas, que la contratista debía:

- Atender oportunamente las recomendaciones y requerimientos realizados por las áreas de auditoría, gestión de la calidad, programa de seguridad del paciente,

¹⁴ Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de 18 de marzo de 2021. Rad.: 23001-23-33-000-2016-00147-01(2420-19)

facturación, vigilancia epidemiológica, subdirección científica, enfermera del servicio, coordinación de Enfermería y demás dependencias de la institución;

- Asistir puntualmente a las capacitaciones, sesiones de educación continuada o socialización de procesos y procedimientos institucionales que se programen durante la vigencia del contrato;

Lo anterior permite evidenciar que la contratista debía ejecutar sus actividades atendiendo las órdenes tanto de la parte administrativa del Hospital como de los médicos tratantes y de las enfermeras jefes.

Además, de acuerdo a las actas de supervisión del contrato¹⁶, es evidente que la entidad contratante realizaba constantes y permanentes actividades de control, vigilancia, imposición o seguimiento a las actividades desarrolladas por el contratista, circunstancias que sobrepasan lo que podría catalogarse como una simple coordinación de actividades entre contratante y contratista.

Aunado a lo anterior, el testigo Luis Álvaro Castaño Gallego, quien para la época en que la demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermera en el Hospital San Félix de La Dorada, se desempeñaba como conductor de ambulancia, señaló que en el momento en que la demandante entraba al turno tenía un jefe que le daba ordenes, y las funciones que cumplía era las mismas que hacían todas las auxiliares de enfermeras, atendiendo al paciente para hacer un procedimiento y cumpliendo las ordenes de la enfermera jefe.

Adicionalmente, si bien el testigo Antonio María Betancur quien se desempeñaba como profesional especializado del área administrativa del Hospital San Félix manifestó que, no existieron órdenes y que estas no eran más que directrices necesarias para el desarrollo eficiente de los contratos; el Consejo de Estado ha precisado que, la subordinación es ínsita al objeto misional de una entidad prestadora de servicios de salud teniendo en cuenta que, es una función pública a cargo y bajo la vigilancia del Estado.¹⁷

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos expuestos por la apelante en cuanto a que, lo que realmente se configuró es una coordinación de actividades y que no existe prueba de las órdenes e instrucciones impartidas por un superior o jefe inmediato; pues lo que se evidencia es que las labores que ejercía la demandante no podían desarrollarse de manera autónoma, pues no tenía autonomía técnica ni administrativa en su relación contractual.

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

¹⁶ Fl 566-573, 594-600, 620-625, 645-651, 667-672, 688-693, 711-715, 729-736, 748-753, 775-779, 798-801, 816-822, 839-846, 860-867, AD 26

¹⁷ Sección Segunda, Subsección A, C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 24 de junio de 2015, Rad: 68001-23-31-000-2010-00067-01 (3038-13).

Al respecto el Consejo de Estado¹⁸ ha señalado que, si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración y si la tarea acordada no corresponde a actividades nuevas, que no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, se desdibuja la relación contractual.

El Hospital San Félix de La Dorada es una Empresa Social del Estado cuyo objeto es la prestación de servicios de Salud, de conformidad con el artículo 83 de la Ley 489 de 1998.

En los contratos suscritos entre el Hospital San Félix de La Dorada y la accionante, arriba referenciados, el objeto pactado consistía en prestar los servicios como *auxiliar de enfermería*, y en cuanto a las actividades desarrolladas por la contratista, es claro que ellas consistían en la prestación de servicios de salud a los usuarios de la ESE demandada.

Aunado a lo anterior, no son de recibo los argumentos expuestos por la apelante en cuanto a que, el *a quo* no tuvo en cuenta el planteamiento de la necesidad del Hospital para celebrar los contratos de prestación de servicios con la demandante, los cuales se encuentran plasmados y consolidados en los estudios previos que soportan cada proceso contractual; pues no se presenta justificación alguna para que el Hospital San Félix de La Dorada vinculara a la contratista para la ejecución de esas actividades misionales y permanentes, mediante contratos de prestación de servicios, en forma continua entre 06 de marzo de 2018 hasta el 30 de junio de 2019; contratos que, como se advirtió líneas arriba, deben apuntar es al desarrollo de labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional.

Además, si bien el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que:

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

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

¹⁸ Entre otras: Consejo de Estado, sentencia de 3 de marzo de 2011. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad 15001-23-31-000-1999-02528-01(0693-10). Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección "A" M.P.: Alfonso Vargas Rincón Rad.: 68001231500020020210401 (0233-08)

El Consejo de Estado ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral; así, en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, la Sección Segunda del Consejo de Estado expuso la necesidad de generar una interpretación vinculante respecto del entendimiento del contrato estatal de prestación de servicios contemplado en el mencionado artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y la forma en que este queda desvirtuado para dar lugar a la declaratoria de una relación laboral encubierta o subyacente.

“Lo anterior, teniendo en cuenta que toda relación jurídica que implique conductas o actividades laborales, incluidas, claro está, aquellas en las que el Estado es el empleador, deberá ser analizada en consideración de los derechos fundamentales de los trabajadores previstos en el señalado artículo 53 de la Constitución y en los convenios internacionales sobre el trabajo, debidamente ratificados por el Estado”¹⁹.

Así, se tiene que, la contratación del demandante a través de continuos contratos de prestación de servicios para la ejecución de actividades misionales y permanentes de la contratante, que se extendieron por más de un año, desvirtúa esta vocación transitoria o accidental que debe caracterizar al contrato de prestación de servicios.

6. Conclusión

Fueron demostrados los elementos esenciales de una relación laboral entre María Andrea Gallego Rojas y la ESE Hospital San Félix de La Dorada, para el periodo comprendido entre el 06 de marzo de 2018 hasta el 30 de junio de 2019, pues se encuentra acreditada la prestación personal del servicio de la demandante como auxiliar de enfermería; también se tiene que la demandante recibió una contraprestación económica a título de honorarios mensuales; además se encuentra acreditado que las labores fueron desempeñadas bajo la continua subordinación que ejercía la entidad demandada.

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos propuestos por la entidad accionada, además que, no se evidencia una indebida aplicación del juicio valorativo al analizar las pruebas obrantes en el proceso, y si bien el *a quo* hizo referencia a la declaración de parte de la demandante, ello no fue el fundamento central de la decisión, pues la prueba la constituyó la documental aportada y los testimonios recibidos.

Corolario, se confirmará la decisión adoptada por la sentencia de primera instancia.

7. Costas en esta instancia

Atendiendo al criterio objetivo valorativo que ha sido desarrollado por el Consejo de Estado respecto a la imposición de costas, no se condenará en costas de segunda

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: William Hernández Gómez. Sentencia de 14 de julio de 2022. Rad.: 25000-23-42-000-2016-04522-01 (2833-2019)

instancia advirtiéndole que no se encuentran acreditadas, toda vez que las partes no incurrieron en gastos procesales, ni efectuaron actuación alguna en esta instancia.

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

Resuelve

Primero: **Confirmar** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales el 23 de junio de 2023 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Andrea Gallego Rojas contra la E.S.E. Hospital San Félix de La Dorada.

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 Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 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 TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de octubre dos mil veintitrés (2023).

A.I. 210

Radicación:	17-001-33-39-007-2022-00048 02
Clase:	Controversias contractuales
Demandante:	Neoglobal S.A.S. y CI Integral de Servicios S.A.S.
Demandado:	Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales que rechazó la demanda.

I. Antecedentes

1. Decisión recurrida

El *a quo* en auto del 18 de octubre de 2022 admitió la demanda formulada por Neoglobal S.A.S. y CI Integral de Servicios S.A.S. La entidad demandada interpuso recurso de reposición contra dicha decisión señalando que, la conciliación prejudicial realizada ante la Procuraduría 28 Judicial II para Asuntos Administrativos de Manizales, no satisface el requisito previo a la presentación de la demanda, por cuanto en ella, el Sena convoca a Neoglobal y Seguros del Estado S.A. con pretensiones diferentes a las que contiene la demanda.

El *a quo* en auto del 18 de julio de 2023 dispuso reponer la decisión, para en su lugar, rechazar la demanda por cuanto no se agotó el requisito de la conciliación prejudicial.

Para fundamentar su decisión señaló que, el problema jurídico a resolver gira en torno a la validez de la conciliación extrajudicial surtida el 02 de agosto de 2021 como requisito de procedibilidad de este medio de control. Para la entidad demandada, más que el hecho de que en esa diligencia la accionante no figura como convocante, lo que importa es que las pretensiones objeto de conciliación coincidan con la demanda que ahora se presenta.

Que, en la conciliación llevada a cabo en la Procuraduría 28 Judicial II, el Sena convocó a Neoglobal; que al comparar las pretensiones de dicha conciliación y la demanda presentada por Neoglobal se evidencia que no existe congruencia entre las pretensiones. Esta circunstancia es entendible porque en la diligencia llevada cabo ante el Ministerio Público, el Sena era quien pretendía convocar a Neoglobal. para que se declarara el incumplimiento del contrato de obra No 001416 del 27 de diciembre de 2016 y se realicen los reconocimientos económicos derivados de esta circunstancia; mientras tanto, lo que pretende Neoglobal con la demanda es lo contrario, que declare su cumplimiento y se ordene la devolución de una suma de dinero a su favor.

2. Recurso de apelación

La **actora** solicitó se revoque la decisión y en su lugar se ordene dar continuidad al trámite procesal que corresponde, para ello sostuvo que, la controversia contractual entre Neoglobal y el Sena se circunscribe inexorablemente al contrato 001416 de 27/12/2016 suscrito entre ambas partes. *“Que el numeral 1 del artículo 161º del CPACA, exige, es que exista relación entre las pretensiones de la conciliación y la demanda formulada, que haya coherencia, que exista lógica.”*

Que ante el Procurador 28 Judicial, si no hubo conciliación, fue porque ambas partes disentían de sus pretensiones, cada una formuló lo que esperaba lograr, *“lo que supone del más simple de los sentidos comunes que NEOGLOBAL S.A.S también expuso allí sus pretensiones y fórmulas de arreglo, mismas que guardaban coherencia, y tenían relación entre lo pretendido por el SENA y su contraposición de NEOGLOBAL S.A.S., es decir difícil creer que NEOGLOBAL S.A.S. allí haya propuesto fórmulas distintas de tratar de poner fin a la controversia que se suscitaba respecto del contrato de obra civil llave en mano Nro. 001416 DE 2016 EL 27 de diciembre de 2016”*.

Que en conclusión, lo que está en controversia, tanto en la conciliación como en la demanda, es el contrato de obra civil llave en mano 001416 del 27 de diciembre de 2016, por lo que existe congruencia entre las pretensiones, y lógica entre la pretensión del Sena y la oposición de Neoglobal.

Que nunca podrá ser cierta que aquella conciliación solo le es válida a quien la solicitó, pues de así entenderlo, entonces, aquella premisa legal del art. 161º estaría situada en que aquel –trámite de conciliación extrajudicial- siempre estaría orientado a dos (2) conciliaciones, lo que no puede ser de buen recibo, pues lo sería en desdén de principios rectores procesales, en especial: celeridad, economía procesal, etc.

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 rechaza la demanda se encuentra enlistado en el artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

La atención de esta Sala Plural se contrae en determinar: *¿La conciliación extrajudicial surtida el 02 de agosto de 2021 en la que actuó como convocante el Sena y convocada Neoglobal – hoy demandante- es suficiente para acreditar el cumplimiento del requisito de procedibilidad de este medio de control?*

Para resolver lo anterior, se hará referencia a: i) el marco jurídico sobre la congruencia entre la solicitud de conciliación y la demanda, para descender al ii) análisis sustancial del caso.

3. Marco jurídico - congruencia entre la solicitud de conciliación y la demanda

La exigencia del cumplimiento del trámite de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar está contenido en el numeral 1º del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, que señala:

“ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida...”.

Acerca de la necesidad de que se presente identidad de pretensiones entre la solicitud de conciliación extrajudicial y la demanda, el Consejo de Estado¹ ha precisado que, si bien debe existir congruencia entre las mismas, ello no implica que éstas coincidan de manera exacta, de modo que dicho requisito no puede convertirse en una exigencia rígida y lo que debe analizarse en cada caso en concreto es el objeto de la controversia, así:

*“Sobre el contenido de la solicitud de conciliación extrajudicial y su identidad con la demanda presentada, esta Corporación ha sido reiterativa en indicar que la primera de ellas no puede convertirse en un requisito rígido e inmodificable, sino que por el contrario se ha entendido que es un documento flexible, sujeto a modificaciones o ampliaciones, **siempre y cuando se respete el objeto del asunto.***

Así lo ha manifestado la Sección Primera del Consejo de Estado, a saber:

*“Si bien debe existir congruencia entre las formuladas en la solicitud de conciliación extrajudicial y la demanda no se requiere que sean exactamente coincidentes o iguales. En el caso sub lite, la Sala observa que el objeto de controversia que llevó al demandante a presentar la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público y el que lo llevó a presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es el mismo. En efecto, de la comparación entre las pretensiones expuestas en la solicitud de conciliación prejudicial y las consignadas en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, **se observa que si bien no son exactamente iguales gramaticalmente hablando, si se evidencia una congruencia entre los dos escritos.***

...

*Recuerda la Sala que el a quo fundó su decisión en el artículo 6o literal d) del Decreto 1716 de 2009, en cuanto la solicitud de conciliación debe contener las pretensiones que formula el convocante, entre las cuales no se encuentran todas las que ahora plantea el recurrente. Al respecto, de la lectura de la norma, la Sala estima que ellas hacen referencia a que se formulen las pretensiones, pero **no exige que las mismas contenidas en la solicitud de conciliación prejudicial sean exactamente coincidentes con aquellas que se presentan posteriormente en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho”.**²*

¹ Consejo de Estado. Sección Primera. Auto del 29 de noviembre de 2018. C.P. Oswaldo Giraldo López. Radicado número: 25000-23-41-000-2015-00817-01.

² Consejo de Estado. Sección Primera. Providencia del 3 de diciembre de 2015. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Rad. 13001-23-33-000-2012-00043-01. Sobre el asunto, ver también Consejo de Estado, Sección Quinta, Providencia del 27 de noviembre de 2014, M.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad.: AC 11001-03-15-000-2014-02263-00.

En ese orden, lo que se deberá analizar en cada caso es que el objeto de controversia sea el mismo en una y otra, sin que resulte exigible la total identidad entre los dos documentos". (Resalta la Sala)

Por otro lado, en cuanto al grado de correspondencia que debe existir entre las pretensiones señaladas en la conciliación prejudicial y las formuladas en la demanda, también ha dicho lo siguiente:

"Así las cosas, si bien es cierto que debe existir congruencia entre la solicitud de conciliación extrajudicial y la demanda impetrada, también lo es que no se requiere que sean idénticas o exactamente coincidentes. En ese orden, lo que se deberá analizar en cada caso es que el objeto de controversia sea el mismo en una y otra, sin que resulte exigible la total identidad entre los dos documentos".³ (Se destaca)

En auto proferido el 16 de abril de 20204, la Sección Primera tuvo la oportunidad de indicar que basta con que la solicitud de conciliación involucre el acto respecto del cual se controvierte su legalidad conjuntamente con una pretensión de restablecimiento para entender agotado el requisito de procedibilidad y, por lo tanto, es procedente que se demanden restablecimientos adicionales, los cuales dependen del primero y pueden variar con el tiempo.

En sentencia del 7 de febrero de 2022, precisó además, que:

"De lo expresado se colige que debe existir congruencia entre lo pretendido en la conciliación prejudicial y la demanda; así como identidad en el objeto de lo solicitado para que se pueda concluir que fue atendido en debida forma el requisito de procedibilidad. Sin embargo, esa coincidencia no debe ser absoluta, las pretensiones no deben ser exactamente iguales, lo importante es que el objeto de la controversia sea el mismo en uno y otro caso. Y ello es así, si se tiene en cuenta que el propósito de la conciliación no es el mismo que se persigue con la demanda, pues en el primer caso quienes intervienen pretenden llegar a un acuerdo, mientras en el segundo el demandante pretende una condena. Luego no es del caso exigir que el lenguaje en uno y otro evento coincidan, pues resulta suficiente que los escritos sean congruentes, en particular en lo que busca el convocante y luego demandante, para entender que el requisito de procedibilidad se cumple".⁵

4. Análisis sustancial del caso

Acorde con lo expuesto, del cotejo de las pretensiones de la conciliación y las de la demanda, se verifica lo siguiente:

1. Conciliación llevada a cabo el 13 de mayo de 2021 en la Procuraduría 28 Judicial II para Asuntos Administrativos en la que el Sena convocó a Neoglobal S.A.S.⁶	2. Pretensiones de la demanda de Neoglobal S.A.S. contra el Sena
---	---

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto 29 de noviembre de 2018. C.P Oswaldo Giraldo López. Rad.: 25000-23-41-000-2015-00817-01.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, M.P.: Oswaldo Giraldo López, Auto de 16 de abril de 2020, Rad.: 15001-23-33-000-2018-00129-01,

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto 7 de febrero de 2022. C.P Oswaldo Giraldo López. Rad.: 08001-23-33-000-2017-00543-01.

⁶ Fl. 17 y 18 AD 13

<p>1. Se declare que expiró el plazo pactado en el contrato de obra civil llave en mano Nro. 001416 DE 2016 EL 27 de diciembre de 2016 celebrado entre NEOGLOBAL S.A. y el SENA.</p> <p>2. Que se declare que NEOGLOBAL S.A. ID con Nit Nro. 900.292.291-3 incumplió el contrato de obra civil llave en mano Nro. 001416 DE 2016 EL 27 de diciembre de 2016.</p> <p>3. Que se declare la liquidación del contrato de obra civil llave en mano Nro. 001416 DE 2016 EL 27 de diciembre de 2016 celebrado entre NEOGLOBAL S.A. y el SENA.</p> <p>4. Que se condene a pagar a NEOGLOBAL S.A. y a favor del SENA como perjuicios (DAÑO EMERGENTE), la sumas que requiere para para dar por finalizadas las obras civiles que por el momento se tasan en la suma SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS DIECINUEVE PESOS M/CTE \$61.669.719 o la cifra mayor que llegará a resultar probada dentro del presente proceso.</p> <p>SUBSIDIARIA DE LA ANTERIOR:</p> <p>Que se condene a pagar a NEOGLOBAL S.A. y a favor del SENA la suma de QUINIENTOS TRES MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SIETE PESOS M/CTE \$503.964.207 concernientes a la cláusula penal.</p> <p>5. En vista de las declaraciones anteriores se solicita se declare que las sumas a las que fue condenada a pagar NEOGLOBAL se encuentran amparadas por la compañía SEGUROS DEL ESTADO ID con Nit Nro. 860.009.578-6 con base en la Póliza Nro. 15-44-101174801 y por lo tanto se deberá condenar a esta entidad cubrir su pago.</p> <p>6. En vista de que el SENA no ha efectuado el pago del 10% final de la obra equivalente a la suma de \$251.982.103 se permita compensar las cifras a que fuere condenada NEOGLOBAL aquí impuestas, debiendo los demandados cumplir con el resto de la condena.</p> <p>7. Se ordene la apertura de Incidente de Reparación integral a fin de poder determinarse las condenas a que hubiere lugar y que no puedan ser tasadas en el presente tramite por depender del cumplimiento a cabalidad del contrato, y documentos que aún no han sido expedidos.</p> <p>8. Se ordene la inscripción de esta sentencia en el Registro único de Proponentes que lleva a cabo la Cámara de Comercio de Bogotá, con respecto al incumplimiento de NEOGLOBAL S.A.</p>	<p>1.- Se DECLARE la existencia del contrato No. 001416 de 27/12/2016 suscrito entre el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA y NEOGLOBAL S.A.S., por un valor de \$2.519.821.037.</p> <p>2. Se DECLARE que NEOGLOBAL S.A.S. cumplió íntegramente el objeto y sus obligaciones del contrato No. 001416 de 27/12/2016.</p> <p>3. Se DECLARE que el contrato No. 001416 de 27/12/2016 no ha sido liquidado.</p> <p>4. Se DECLARE que el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA incumplió con su obligación de liquidar y pagar el saldo restante del contrato No. 001416 de 27/12/2016.</p> <p>5. Se DECLARE que los derechos económicos sobre el saldo restante del contrato No. 001416 de 27/12/2016 le pertenece a CI INTEGRAL DE SERVICIOS S.A.S.</p> <p>6. Se DECLARE que consecuencia de la no liquidación del contrato, el SENA se hizo responsable de los daños causados al titular de los derechos económicos sobre el saldo restante del contrato No. 001416 de 27/12/2016.</p> <p>7. Se DECLARE la "Liquidación Judicial del Contrato" a favor de NEOGLOBAL S.A.S. por la suma de \$255.166.631, que se pagarán a favor de CI INTEGRAL DE SERVICIOS S.A.S. y a cargo del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA.</p> <p>8. Se RECONOZCA a favor de CI INTEGRAL DE SERVICIOS S.A.S., y a cargo del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA el pago de intereses moratorios, a la tasa máxima legal, sobre la suma declarada como liquidación judicial del contrato, y el objeto y las obligaciones del contrato, y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la liquidación.</p> <p>9. Se ORDENE al SENA reintegrarle a NEOGLOBAL S.A.S. el pago de los costos asociados a las expensas de la "licencia de construcción" otorgada por la Curaduría 2ª de Manizales, por valor de \$12.117.036.</p>
---	---

<p>9. <i>Se comuníquese de esta sentencia al Ministerio de Hacienda con los fines que considere pertinentes para la correspondiente liberación de recursos por tener la vigencia expirada conforme aquí se condene.</i></p> <p>10. <i>Se comuníquese esta sentencia a la Contraloría General de la República, para lo concerniente en el registro de obras civiles inconclusas.</i></p> <p>11. <i>Se comuníquese esta sentencia a la Procuraduría, para que investigue las posibles conductas disciplinarias en que incurrió el contratista.</i></p> <p>12. <i>Las demás ordenes que considere el despacho.</i></p> <p>13. <i>Que se condene en Costas y Agencias en derecho como corresponda.</i></p>	<p>10. <i>Se RECONOZCA a favor de NEOGLOBAL S.A.S., y a cargo del SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA el pago de intereses moratorios, a la tasa máxima legal, sobre la suma reintegrada por concepto de costos asociados a las expensas de la "licencia de construcción" otorgada por la Curaduría 2ª de Manizales, por valor de \$12.117.036, desde la fecha en que fue pagado tal valor, y hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro de los mismos.</i></p> <p>11. <i>Que se condene al SENA, al pago de las costas del trámite del proceso, incluidas las agencias en derecho correspondientes.</i></p>
---	--

De la comparación de ambos textos se evidencia que, el objeto en ambos casos es el contrato 001416 de 27/12/2016 suscrito entre el Sena y Neoglobal; igualmente coinciden en que, se pretende que se declare el incumplimiento del contrato y se proceda a la liquidación judicial.

La diferencia radica en que, en el uno se busca que se declare el incumplimiento del contrato por el Neoglobal y en el otro, que se declare que quien incumplió el contrato fue el Sena.

Teniendo en cuenta lo anterior y de conformidad con el marco jurídico expuesto, la Sala evidencia que el objeto de controversia es el mismo en una y otra, esto es, que se declare el incumplimiento del contrato 001416 de 27/12/2016 y se proceda a la liquidación judicial.

Y si bien, las pretensiones que se derivan de la declaratoria del incumplimiento contractual son diferentes en la solicitud de conciliación del Sena y en la demanda de Neoglobal, ello no es suficiente para afirmar que no existe relación entre ellas, o que se trata de un objeto de debate diferente.

Adicionalmente se evidencia que, la finalidad de la conciliación prejudicial se cumplió, por cuanto la entidad pública, en este caso el Sena tuvo la oportunidad de analizar a través de su Comité de defensa judicial y conciliación el asunto objeto de debate.

Así, de acuerdo a la síntesis de la audiencia de conciliación realizada el 2 de agosto de 2012, se indica:

"LO ESTUDIADO Y APROBADO POR EL COMITÉ NACIONAL DE DEFENSA JUDICIAL Y CONCILIACIÓN DE LA ENTIDAD. En sesión del 31 de mayo de 2021, el Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación del Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", procedió a estudiar el presente asunto, decisión que quedó plasmada en el acta No. 10. Dentro del análisis del caso en la ficha de conciliación con relación al asunto, se indicó: CONCILIAR TOTAL en aras que el contratista Neoglobal S.A.S termine la obra y emita las licencias y/o que el Sena le descuente los valores que tiene pendiente por pagar a la Entidad y así el Sena termina la obra y procede con las licencias, lo que implicará en todo caso las acciones jurídicas posteriores. CONCLUSIÓN. De esta manera, se concluye que el Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, aprobó la conciliación de las pretensiones de la solicitud, solo en el evento de que NEOGLOBAL S.A.S

apruebe y autorice la fórmula de arreglo propuesta. Por lo anterior, una vez se aprueba la conciliación por parte del Juzgado Administrativo, se tendrá en cuenta esa fecha el inicio de las labores ya sea por parte de la entidad o del convocado y/o se efectuará los descuentos respectivos del contrato. Anexo: Acta No. 10 del 31 de mayo de 2021 y ficha 53375”.

Se precisa que, el Decreto 1716 de 2009⁷, compilado por el Decreto 1069 de 2015, señala lo siguiente:

***Artículo 16. Comité de Conciliación.** El Comité de Conciliación es una instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.*

Igualmente decidirá, en cada caso específico, sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité.

...

***Artículo 19. Funciones.** El Comité de Conciliación ejercerá las siguientes funciones:*

...

5. Determinar, en cada caso, la procedencia o improcedencia de la conciliación y señalar la posición institucional que fije los parámetros dentro de los cuales el representante legal o el apoderado actuará en las audiencias de conciliación. Para tal efecto, el Comité de Conciliación deberá analizar las pautas jurisprudenciales consolidadas, de manera que se concilie en aquellos casos donde exista identidad de supuestos con la jurisprudencia reiterada...”. (Resalta la Sala)

Por lo anterior, no es de recibo el argumento del Sena según el cual, no se le brindó la oportunidad de someter ante su comité de conciliación los hechos y pretensiones invocadas por Neoglobal, pues evidentemente, los temas referentes al cumplimiento o no del contrato, la liquidación y los efectos de la misma si fueron analizados por dicho Comité.

Por tanto, no tiene sentido exigir que entre las partes se agote una nueva audiencia de conciliación prejudicial precisamente para analizar dichos asuntos.

5. Conclusión

Así las cosas, se evidencia cumplido el requisito de procedibilidad de la demanda formulada por Neoglobal contra el Sena, por lo que se revocará la decisión y en su lugar se ordenará al a quo, continuar con el análisis de admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero: Se revoca el auto proferido el 18 de julio de 2023, por el Juez Séptimo Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de controversias contractuales formula Neoglobal S.A.S. y otro contra el Sena, en su lugar se ordena al a quo, continuar con el análisis de admisión de la demanda.

⁷ Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001

17001-33-33-001-2021-00199-02 Auto

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. 62 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
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. 238

Manizales, veinte (20) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-007-2022-00123-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Luz Miryam Betancurt Ándica
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación formulado 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 del acto administrativo NOM. 416 del 22 de septiembre de 2021, expedido por la profesional universitario nómina de la Secretaria de Educación territorial, y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la entidad territorial y el Ministerio de Educación no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni las cesantías que corresponde a su

labor como servidor público de 2020, ante la Previsora o el Fomag, como cuenta especial de la Nación y ambos términos fueron rebasados.

Que solicitó a la entidad nominadora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses, petición resuelta de manera negativa mediante el acto administrativo demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas los artículos 13 y 53 de la Constitución; 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 99 de la Ley 50 de 1990; 57 de la Ley 1955 de 2019; 1° de la Ley 52 de 1975; 13 de la Ley 344 de 1996; 5° de la Ley 432 de 1998; 3° del Decreto 1176 de 1991; 1 y 2 del Decreto 582 de 1998.

Sostuvo que, con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 31 de enero de la anualidad siguientes directamente al docente y la consignación de las cesantías en el Fomag, en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente, y, por supuesto, del reconocimiento de las mismas cuando el empleado público docente las requiera, al igual que el resto de empleados públicos del Estado.

Que la demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación - Fomag

Se opuso a las pretensiones de la demandante para lo cual señaló que, la aplicabilidad de la Ley 50 de 1999, es completamente imposible, puesto que es incompatible con la calidad que ostenta el Fomag, ya que el mismo no ostenta ni la calidad de empleador, como para requerírsele el pago, ni la calidad de fondo privado de cesantías, como para que se le aplique la norma solicitada por el demandante conforme lo establece el Decreto 3752 de 2003.

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de: *“Inexistencia de la obligación.*

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que, el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. El régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la Ley 91 de 1989 serán afiliados al Fomag cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990.

Que el Departamento cumplió con todos los presupuestos normativos establecidos sin incidir su actuar en un eventual retardo del pago, por tanto, su conducta no es imputable como causación de la mora por el pago.

En materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a Fomag son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

Propuso como excepciones *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“buena fe”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *“inexistencia de la obligación”*, propuesta por las entidades demandadas y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, no encuentra fundamento alguno para declarar la nulidad del acto administrativo demandado, pues es claro que el régimen de las cesantías e intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el contenido en la Ley 91 de 1981 y está reglamentado por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, régimen que resulta incompatible con las regulaciones contenidas en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975.

4. Recurso de apelación

La parte demandante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones, para ello señaló que, el Consejo de Estado, en sentencia de 03 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fomag, no importa si no existe una cuenta individual a nombre del docente, lo importante es su

consignación, para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además de recalcar que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado, explica que al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que ya ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; que la jurisprudencia Constitucional y de lo Contencioso administrativo está direccionados a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los intereses de las cesantías señaló que, el régimen especial del docente no es más favorable, que el régimen general, pues a los docentes aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Que los docentes pertenezcan a un "*régimen especial*", no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales, se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fomag, razón que conlleva a un fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que, la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fomag, pues, es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclara que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, en el asunto en concreto, se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995 y este pago se hace directamente al trabajador, son dos (2) asuntos completamente diferentes. En este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

En cuanto a la incompatibilidad del régimen especial de cesantías docentes con la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de la Ley 52 de 1975 señaló que, sus pretensiones basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fomag que tenga su régimen de cesantía anualizado y es que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975, hace parte integral del artículo 99 de la ley 50 de 1990, puesto que así se estableció en el artículo 3° del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

Por lo tanto, que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas, no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fomag cada 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año. Que en el presente asunto queda demostrado que no le fueron consignadas sus cesantías desde hace 30 años, pero se pretende el restablecimiento solo de las que no fueron consignadas en el 2021, y que corresponde a su trabajo desarrollado como docente en 2020.

Que de acuerdo con la sentencia SU 098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación, es aplicable el plazo determinado en la norma general, es decir antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

De acuerdo a lo anterior señala que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de consignar las cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de Educación)”* – *“Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes”*. - *Inexistencia de vulneración de los principios igualdad y de favorabilidad y carácter no vinculante de la sentencia SU-098 de 2018 y El régimen especial docente de cesantías no vulnera el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad”*. – *“Inexistencia de identidad fáctica con la SU-098 de 2018”*. – *“Inexistencia de criterio unificado del Consejo de Estado”*; *“Improcedencia de aplicar la sanción por no consignación de cesantías toda vez que no es posible establecer límite final de la sanción moratoria”*. – *“Indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 no es aplicable a los docentes”*. – *“Las entidades demandadas no incurrieron en mora dado que el Ministerio de Educación Nacional hace el giro de los recursos al FOMAG de los recursos del Sistema General de Participaciones”*.

Concluye que, la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fomag, han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías, establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?*

2. Tesis del tribunal

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: i) el marco jurídico que regula el auxilio de cesantías en la labor docente y la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías e indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías ii) los hechos acreditados; para descender al iii) análisis del caso concreto.

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

A través de la Ley 6ª de 1945, el Gobierno Nacional dictó, entre otras, disposiciones referentes a la jurisdicción especial de trabajo, y en sus artículos 12¹ y 17² dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

La liquidación de dicha prestación social fue reglamentada a través del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo*

¹ Artículo 12. Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros: f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

² Artículo 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942. (...)."

devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses”.

Hasta ese momento, las prestaciones sociales de los empleados públicos habían sido expedidas de manera genérica, y sin hacer una referencia expresa al personal docente; no obstante, en 1989 con la expedición de la Ley 91 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y con él se determinó que esta entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes, así:

En el numeral 3º del artículo 15 de la norma citada, dispone el reconocimiento de cesantías a favor del personal docente en dos condiciones, a saber:

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

(...)

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” (Resaltado de la Sala)

La Ley 812 de 2003³, en su artículo 81 estableció que 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”.

El Decreto 3752 de 2003⁴, por el cual se reglamenta el referido artículo, señaló:

³ Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

⁴ “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

Artículo 1º. Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º. La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.

Parágrafo 2º. Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 2º. Prestaciones sociales causadas. Se entiende por causación de prestaciones el cumplimiento de los requisitos legales que determinan su exigibilidad.

Las prestaciones sociales de los docentes, causadas con anterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones estarán a cargo de la respectiva entidad territorial o de la entidad de previsión social a la cual se hubieren realizado los aportes.

Las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones serán reconocidas de conformidad con lo que establezca la Ley y se pagarán por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sin perjuicio de lo anterior, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales que se causen a favor de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se limitará al período de cotizaciones que haya efectivamente recibido el Fondo y al valor del pasivo actuarial que le haya sido efectivamente cancelado.

Artículo 7º. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

Artículo 8º. Reporte de información de las entidades territoriales. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 1º. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.

Parágrafo 2º. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

Artículo 9º. Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8º del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

Parágrafo 1º. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

Parágrafo 2º. Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales, el cálculo para determinar el valor a girar por concepto de aportes de ley se realizará con base en la información que de cada ente territorial reposa en la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las novedades reportadas. En el caso de los denominados docentes Nacionales y Nacionalizados se tomará como base de cálculo la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

Artículo 10. Giro de los aportes. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

Artículo 11. Ajuste de cuantías. *Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.*

Parágrafo 1º. *En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes". (Destaca la Sala)*

De acuerdo con lo anterior, propiamente no existe una “*consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía*” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fomag, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

ARTÍCULO 57. 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.*

...

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...".

Cabe resaltar además que, el Consejo Directivo del Fomag, emitió el Acuerdo 39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece que:

“ARTICULO CUATRO: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero

de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

De acuerdo a lo anterior, las cesantías y los intereses sobre las mismas, respecto de los docentes afiliados al Fomag, tienen un régimen legal propio, que se encuentra contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 39 de 1998 en el que, se regula específicamente aspectos como, la forma y plazos para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de prestaciones sociales.

3.2. Sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías e Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99º.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

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

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

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

⁵ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

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

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

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un

⁶ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁷ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este”.

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, pero hizo la salvedad de que ello es *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”* lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque *“simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”*.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo **-que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

“en lo concerniente a las cesantías causadas durante los años 1999 al 2002 se deberá conminar al Municipio de Candelaria para que proceda a realizar la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por esos períodos, teniendo en cuenta que, como la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas en caso de que aún no lo haya efectuado”.

Como fundamento de ello señaló:

“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

¹¹ Sentencia SU041/20

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021)

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que 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».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, preceptuó:

Artículo 1. ...

Parágrafo 1. La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar...”. (Resaltado fuera de texto).

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Así se colige que, las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaba afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

4. Hechos relevantes acreditados

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que, se liquidaron cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 10 de septiembre de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶
- Mediante oficio NOM.-416 del 22 de septiembre de 2021 suscrito por la Profesional Universitario de la Secretaría de Educación del departamento de Caldas se niega lo solicitado.¹⁷

5. Análisis del caso concreto

La demandante en síntesis afirma que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020, en el respectivo Fondo Prestacional, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fomag, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975 referente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

¹⁵ F. 21-22 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 7-10 Archivo digital: 04

¹⁷ F. 2 Archivo digital: 04

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁸, precisó:

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): \$400.000	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): \$840.840

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁹.*

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.» (Negrillas fuera de texto.)

6. Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la parte demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

7. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

¹⁹ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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,

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 29 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Luz Miryam Betancurt Ándica contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 62 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN UNITARIA

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 112

Radicado: 17-001-23-33-000-2023-00112-00
Naturaleza: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
Demandante: Julián Ricardo Betancur Castañeda
Demandados: Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres-
UNDGR y otros.
Expediente: [17001233300020230011200D03APP](#)

ANTECEDENTES:

Dentro de la demanda de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos interpuesta por el señor Julián Ricardo Betancur Castañeda en su calidad de Personero del municipio de Supía – Caldas contra la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres – UNDGR, Departamento de Caldas, Municipio de Supía - Secretaría de Planeación y Obras Públicas, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Fondo de Adaptación y Departamento Nacional de Planeación – DNP; después de notificado el auto admisorio, las entidades demandadas contestaron la demanda y formularon excepciones.

Por su parte el Departamento de Caldas a través de escrito presentado el 20 de septiembre de 2023 expuso que, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio tiene como misión el definir e implementar la política pública a través de programas y proyectos que articulen el acceso al agua, saneamiento básico, ordenamiento territorial, desarrollo urbano, gestión interna del recurso hídrico, soluciones de vivienda y sostenibilidad.

Por lo anterior el Despacho ordenó su vinculación al presente trámite a través de auto del 19 de septiembre de 2023, y fue notificado por la Secretaría del Tribunal el 21 de mismo mes y anualidad.

El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio allegó escrito de contestación mediante correo electrónico el 05 de octubre de 2023, por lo que se tendrá por contestada dentro del término oportuno.¹

En consecuencia, resulta procedente continuar con la audiencia especial de pacto de cumplimiento realizada el 16 de julio de 2023 y la cual fue suspendida.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

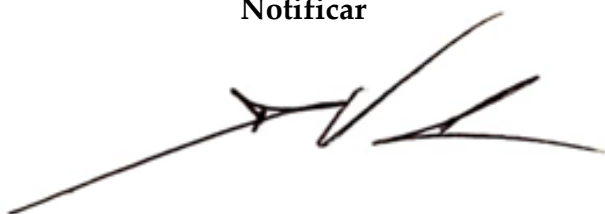
RESOLVE:

PRIMERO: Tener por **CONTESTADA** la demanda por parte Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

SEGUNDO: **Fijar** fecha para dar continuidad a la audiencia especial de pacto de cumplimiento, para el 30 de enero de 2024, a partir de las 9:00 a.m., de conformidad con el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, las partes podrán ingresar a la diligencia a través del siguiente vínculo: <https://call.lifefizecloud.com/19664507>

TERCERO: **Reconocer** la personería jurídica la abogada Lizeth Fernanda Rendón Zapata identificada con cédula de ciudadanía número 1.017.204.467 y portadora de tarjeta profesional número 327.632 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar dentro de este proceso como apoderada del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, según poder conferido que obra en el proceso.²

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

¹ El término para contestar vencía el 09 de octubre de 2023.

² Expediente digital: “107AnexoUnoOficioMinAmbiente”, flo.15.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

-José Mauricio Baldion Álzate-

Conjuez Ponente

Manizales, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 10 de agosto de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado n° 17001333300320180031203 en el que es demandante **JOAN SANTIAGO LOPEZ ALVAREZ** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. **DECLARAR** la nulidad de la *resolución DESAJMAR17-1262 de 17 de noviembre de 2017*.
2. **DECLARAR** la nulidad de la *resolución DESAMAR18-48 de 9 de enero de 2017*.

3. **DECLARAR** la nulidad del *acto administrativo ficto presunto negativo*.
4. **DECLARAR** que el señor **JOAN SANTIAGO LOPEZ ALVAREZ** tiene derecho a la bonificación judicial establecida a través del Decreto 383 de 2013, que se percibe desde el 1 de enero de 2013, la cual constituye factor salarial y por ende debe tenerse en cuenta para liquidar la prima de navidad, prima de servicio, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, conforme los cargos que haya desarrollado en la Rama Judicial.
5. **DISPONER** que la bonificación judicial hacer parte de la asignación básica salarial, para efectos de liquidar la bonificación por servicios prestados del señor **JOAN SANTIAGO LOPEZ ALVAREZ** a partir del 24 de octubre de 2013 y en adelante hasta que la siga generando.
6. **ORDENAR** la reliquidación de todas las prestaciones sociales (prima de servicios, prima de productividad, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, del señor **JOAN SANTIAGO LOPEZ ALVAREZ** para que se incluya la bonificación judicial como factor salarial y en consecuencia, se disponga el pago de las diferencias dejadas de percibir por dichos conceptos a partir del 24 de octubre de 2013 y en adelante hasta que las siga generando.
7. **ORDENAR** la reliquidación de la bonificación por servicios prestados, incluyendo la bonificación judicial como parte de la asignación salarial y en consecuencia, se disponga el pago de las diferencias dejadas de percibir por ese concepto a partir del 24 de octubre de 2013 y en adelante hasta que se siga devengando.
8. **ORDENAR** el pago de la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías al fondo correspondiente seleccionado por el señor **JOAN SANTIAGO LOPEZ ALVAREZ**, causadas a partir del 24 de octubre de 2013 y en adelante hasta que realice el pago efectivo y completo de esa prestación.
9. **CONDENAR** a la demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectuó el pago total de las sumas liquidadas. (art. 192 del CPACA).
10. **INDEXAR** las sumas resultantes del reconocimiento y pago de la bonificación judicial, conforme al IPC y se paguen intereses legales.

4. HECHOS

El señor **JOAN SANTIAGO LOPEZ ALVAREZ** trabaja al servicio de la Rama Judicial, desde el **24 de octubre de 2013** y, a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba vinculado a la demandada.

5. FALLO PRIMARIO

El 6 de diciembre de 2019, el Conjuez Dr. Fernando Duque García en cabeza del Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo a todas las pretensiones de la demanda. En resumen, declaró fundada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de los periodos anteriores al **30 de octubre de 2014**, inaplicó la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013. Anuló los actos administrativos atacados. Ordeno a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho la demandante teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, condenó en costas a la demandada.

Como sustento jurídico indicó; que la bonificación judicial a la luz de la normativa nacional e internacional y paralelo a la jurisprudencia de las altas cortes, entre ellas el órgano de cierre de esta jurisdicción, la bonificación judicial, cumple los parámetros para ser considerada parte del salario de la demandante, y en consecuencia, tiene la calidad de factor salarial y afecta a todas las prestaciones sociales, a que tiene derecho la demandante.

6. RECURSO DE ALZADA

Demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 16 de diciembre de 2019. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Ahora bien, respecto de la condena en costas, solicita no sean estimadas, como quiera que no existe conductas temerarias de parte de la demandada y todas sus actuaciones obedecen a un manual de defensa nacional el cual se encuentra basado en argumentos en derecho suficientes para justificar la defensa de la posición asumida por

la Rama Judicial. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjuces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciera el superior y a la designación que a esta Conjuez le correspondió por sorteo de conjuces celebrado el pasado 15 de marzo de 2023.

CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjuces, realiza en este momento una revisión de las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

- a) Resolución DESAJMAR17-1262 de 17 de noviembre de 2017 *“por medio de la cual se resuelve un derecho de petición”*.
- b) Recurso de reposición.
- c) Resolución DESAJMAR18-48 de 9 de enero de 2018 *“por medio de la cual se concede un recurso de apelación”*.
- d) Constancia laboral n° 2521 de 30 de noviembre de 2017.
- e) Oficio DESAJMAO17-4018 de 4 de diciembre de 2017 *“por medio del cual se contesta una petición”*.
- f) Actos de nombramiento y de posesión.
- g) Resolución DESAJMAR17-52-262 de 30 de enero de 2017 *“por medio de la cual se liquida un auxilio de cesantías”*.
- h) Constancia laboral 878 de 6 de junio de 2017.
- i) Liquidación bonificación judicial.

b. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, dos aspectos importantes;

- I. Si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.
- II. Procede la condena en costas emitida por el Aquo en contra de la entidad demandada.

c. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“Artículo 1°: Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

“Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5: El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) *El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*

b) (...)”.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

- 1) Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*

- 5) Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).
- 6) Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).

PARÁGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

ARTÍCULO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3o. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

ARTÍCULO 4o. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1o de enero de 2013.” (Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

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

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

“El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: “los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental.”

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del

derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los

tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(...

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"(art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos”.

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo,

los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo¹.

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite*

¹ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

varias interpretaciones...”.²

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.³

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...".

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy

² Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

³ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁴."

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

"...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos." (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53)."

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de "duda", ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de "interpretaciones concurrentes", allí se dijo:

"La Corte considera en primer lugar que, la llamada "duda", debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las

⁴ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que

más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁵:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”

Seguidamente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁶, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República “fundada en el respeto de la

⁵ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

⁶ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁷.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte

⁷ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

Constitucional ha debido intervenir,⁸ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquellas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"⁹.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Saña de Conjueces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Conjuez Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

"...la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales⁵.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política.”¹⁰

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

8. CONDENA EN COSTAS

El fallo primario condenó en costas a la parte vencida, sin embargo, la Sala de Conjuces, no está de acuerdo con esta decisión, pues respeta la tesis que sobre este tema planteo el Consejo de Estado en sentencia SU de 2 de septiembre de 2019:

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹¹, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹²

Conforme lo anterior, se revocará el numeral 6° de la sentencia de primera instancia.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá 6 de abril de 2022. Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), Maria Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

¹¹ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹² Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2°-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

9. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo *-relativo a la protección del salario-*, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando al demandante **JOAN SANTIAGO LOPEZ ALVAREZ** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el *24 de octubre de 2013*, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por ella, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que confirmara la sentencia primaria frente a este aspecto.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras al señor **JOAN SANTIAGO LOPEZ ALVAREZ**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación, como bien lo ordena la sentencia primaria.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho el demandante **JOAN SANTIAGO LOPEZ ALVAREZ** desde el *30 de octubre de 2014* y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas.
3. De igual manera de acuerdo con la tesis protegida por el superior, resulta improcedente la condena en costas emitida por el Aquo, por lo que se revocará el numeral 5° del fallo y se negará la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

10. FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral 5° de la *sentencia de 6 de diciembre de 2019, preferida por el Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales y, en consecuencia, NO condenar en costas.*

17001333300320180031203

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Joan Santiago López Álvarez Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Sentencia de segunda instancia n° 161

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de *sentencia de 6 de diciembre de 2019, preferida por el Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales.*

TERCERO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

CUARTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 23 de octubre de 2023.

Los Conjuces;


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE

Ponente


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA

Revisor


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA

Revisora

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

-José Mauricio Baldion Álzate-

Conjuez Ponente

Manizales, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 10 de agosto de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por las partes, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado n° **17001333900620180039003** en el que es demandante **OSCAR MAURICIO TRUJILLO NARVAEZ** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1. INAPLICAR** el decreto 383 de 2013, por medio del cual se creó la bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992 y los Decretos 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016, por medio de los cuales, se ha venido fijando de manera anual el valor de la bonificación judicial para los servidores judiciales.

2. **DECLARAR** la nulidad de la *Resolución DESAJMZR16-662 de 8 de abril de 2016*.
3. **DECLARAR** la nulidad del *acto administrativo ficto o presunto negativo*.
4. **RECONOCER** al señor **OSCAR MAURICIO TRUJILLO NARVAEZ** la bonificación judicial establecida a través del Decreto 383 de 2013, que percibe desde el 1 de enero de 2013, la cual constituye factor salarial y por ende debe tenerse en cuenta para liquidar la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, conforme los cargos que haya desarrollado en la Rama Judicial.
5. **REINTEGRAR** y pagar la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado a título de salario, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, desde que se reconoció la bonificación judicial y hasta que permanezca vinculado a la Rama Judicial. Por tanto, deberá reliquidar teniendo en cuenta como base la totalidad de la asignación básica mensual y todos los factores salariales, incluyendo, además, la bonificación judicial.
6. **SEGUIR** cancelando al señor **OSCAR MAURICIO TRUJILLO NARVAEZ** el 100% de la asignación básica mensual y los demás factores salariales, incluyendo, la bonificación judicial percibida desde el 1 de enero de 2013.
7. **INDEXAR** la mayor diferencia de los anteriores valores prestacionales y salariales reliquidados y dejados de percibir.
8. **ACTUALIZAR** las sumas de saldo insoluto dejadas de cancelar, tanto por salario como por prestaciones sociales, conforme el IPC, desde cuando debió surtirse el pago efectivo de la obligación y hasta el pago de la misma.
9. **PAGAR** los intereses moratorios por las sumas dejadas de cancelar hasta cuando se haga efectivo el pago, de conformidad con lo preceptuado por el inciso 3° del artículo 192 del CPACA.

10.CONDENAR a la entidad demandada en costas y agencias en derecho.

4. HECHOS

El señor **OSCAR MAURICIO TRUJILLO NARVAEZ** trabaja al servicio de la Rama Judicial, en los cargos de Citador, Escribiente y Oficial Mayor desde el **6 de abril de 1999¹** y, a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba vinculado a la demandada.

5. FALLO PRIMARIO

El **21 de julio de 2021**, el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones del demandante. En su parte resolutive ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de “carencia del derecho reclamado”. DECLARAR NO PROBADA la excepción “imposibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones de la parte demandante”. DECLARAR PROBADA la excepción “prescripción” de los periodos anteriores al 13 de marzo de 2013.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1º de los Decreto 383 de 2013, 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017, 340 de 2018, 992 de 2019 y 442 de 2020 y demás normas que recojan esa misma expresión, en el entendido que la bonificación judicial si constituye salario para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la Rama Judicial.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la resolución DESAJMAR18-662-18 de 8 de abril de 2018 y del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, que puso fin a la actuación administrativa, ambas expedidas por la entidad demandada.

CUARTO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda únicamente en lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales de la parte actora, teniendo como factor salarial la bonificación judicial de que tratan los Decretos 383 de 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-, reconocer, en favor de OSCAR MAURICIO TRUJILLO NARVAEZ la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 13 de marzo de 2013

¹ Constancia laboral 87 de 29 de enero de 2018.

y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la **RAMA JUDICIAL**. Para lo cual se reliquidan las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SEPTIMO: SE CONDENA EN COSTAS a las Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP, Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUIDENSE** los gastos del proceso, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere. **ARCHIVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

NOVENO: NOTIFIQUESE la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA y demás normas complementarias o afines.”.

Como sustento jurídico indicó; “...De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que se relaciona con el caso concreto, en criterio de esta dependencia judicial, existe mérito para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Con sujeción a los argumentos que a continuación se desarrollarán, la bonificación creada por el decreto 383 de 2013, ostenta la naturaleza de una verdadera prestación constitutiva de salario, motivo por el cual se puede interpretar como un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para calcular las prestaciones sociales que perciba en servidor judicial, con sujeción al tipo de cargo que haya desempeñado o desempeñe en el futuro. Sin embargo, en cuanto a la pretensión ligada a la bonificación por servicios prestados, se negará, entre otras razones, debido a que el Gobierno Nacional en ese específico caso tiene una mayor discrecionalidad en la regulación por tratarse de una prestación ocasional. La tesis que se pretende desatar, se afinsa en la naturaleza de un

ordenamiento jurídico cuyo vértice normativo o norma fundamental es la Constitución de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización. No se puede pasar por alto que, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Colombiana no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza directiva implica la subordinación legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el sometimiento al Bloque de Constitucionalidad. Adicionalmente, para sustentar esta providencia se tuvo en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, han expuesto los Tribunales Administrativos de Caldas y Cundinamarca y algunos Jueces Administrativos del país, acogiendo así el precedente vertical¹ y horizontal²”, en consecuencia, accedió a la inaplicación de la expresión “únicamente” del artículo 1° del Decreto 383 de 2013, a la declaración de los actos acusados, al reconocimiento de la bonificación reclamada como factor salarial para las prestaciones sociales devengadas por la demandante (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses) y su consecuente reliquidación, y negó las pretensiones relacionadas con el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios, como factor salarial y el pago de la sanción moratoria en lo que a cesantías, se refiere.

6. RECURSOS DE ALZADA

Parte demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 30 de julio de 2021. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Se opuso también, a la condena en costas, de que dice va en contra de la tesis del superior, la cual asegura que solo se podrá emitir condena en costas, siempre que se prueba mala fe en las maniobras realizadas por la parte vencida, en este caso, dice que sus actuaciones obedecen a parametrizaciones de orden nacional que tienen amplio sustento normativo y jurisprudencial. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

Parte demandante.

A su turno la parte demandante, resumió el fallo primario, resaltando que declaró probadas las excepciones “ausencia de causa petendi”, “inexistencia del derecho reclamado” y “cobro de lo no debido”, reconociendo el carácter de factor salarial que tiene la bonificación judicial, pero excluyó de las prestaciones sociales a las que tiene derecho la demandante, la *bonificación por servicios prestados*, la *prima de servicios* y la *prima de productividad*. Frente a esto, dijo que el Aquo desconoció la tesis que ha venido protegiendo el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Conjuces, resumida en la sentencia de 24 de marzo de 2021 que decidió la segunda instancia en procesos similar a este, en la que reconoció la condición de factor salarial para todas las prestaciones sociales a que tiene derecho su poderdante, sin hacer distinciones o exclusiones, como si lo hace el fallo primario.

Agregó que la tesis planteada por el Juez primario, desconoce los emolumentos a tenerse en cuenta en la liquidación de las distintas prestaciones sociales, que por derecho le son reconocidas a la demandante, a saber; frente a las vacaciones de conformidad con lo previsto en “*la Ley 995 de 2005, se realiza por todo el tiempo laboral, sin tener en cuenta un mínimo de tiempo.*”. Por otro lado, y conforme lo dispone la Cartilla Laboral para la Rama Judicial expedida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Unidad de Recursos Humanos del mes de septiembre de 2014, la liquidación de los conceptos laborales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, se hace de siguiente manera: “*2.7.1. VACACIONES: Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación + Incremento 2.5 + Auxilio de Transporte Auxilio Especial de Transporte + Subsidio de Alimentación + prima ascensional + prima capacitación + una doceava de la Bonificación por servicios prestados + una doceava de la prima de servicios + una doceava de la prima de productividad) este total, se divide en 30 y se multiplica por el número de días de disfrute de vacaciones, según al régimen de vacaciones al que pertenezca el servidor judicial. Para el reconocimiento de la liquidación proporcional de las vacaciones de conformidad con la Ley 995 de 2005, se realiza por todo el tiempo laborado sin tener en cuenta un mínimo de tiempo. 2.7.2. PRIMA DE VACACIONES: Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación + Incremento 2.5 + Auxilio de Transporte + Auxilio Especial de Transporte + Subsidio de Alimentación + prima ascensional + prima capacitación + una doceava de la Bonificación por servicios prestados + una doceava de la prima de servicios + una doceava de la prima de productividad), este total, se divide en 30 y multiplica por 15. 2.7.3. PRIMA DE NAVIDAD: Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación + Incremento 2.5 + Auxilio de Transporte + Auxilio Especial de Transporte + Subsidio de Alimentación + Prima ascensional + prima capacitación + una doceava de la Bonificación por servicios prestados + una doceava de la prima de servicios + una doceava de la prima de*

vacaciones + una doceava de la prima de productividad). La proporcionalidad se liquida así: una doceava por cada mes completo laborado, entendido como mes, el lapso comprendido entre el 1 y el 30 o el 31 dependiendo el caso y con el salario que devengaba el empleado a la fecha de retiro o 30 de noviembre de cada año. 2.7.4. **PRIMA DE SERVICIOS:** Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación + incremento 2.5 + Auxilio de Transporte Auxilio Especial de Transporte + Subsidio de Alimentación + una doceava de la Bonificación por servicios prestados + Prima ascensional + prima capacitación), este total, se divide en 30 días y se multiplica por 15 días. De igual forma, si un servidor judicial se retira del servicio antes del 30 de junio, tiene derecho al pago proporcional de la prima de servicios a razón de una doceava parte de su valor por cada mes completo de labor, siempre que a la fecha de su retiro hubiere servido mínimo seis meses completos, continuos o discontinuos entre el 1 de julio de cada año y el 30 de junio del año siguiente. 2.7.5. **PRIMA DE PRODUCTIVIDAD:** Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación + Horas Extras + incremento 2.5%) dividido por 30 y multiplicado por 15 días. De igual forma, si un servidor judicial se retira del servicio antes del 30 de junio o 30 de diciembre, tiene derecho al pago proporcional de la prima de productividad, siempre que a la fecha de su retiro hubiere servido mínimo tres meses completos en el respectivo semestre. 2.7.6. **BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS:** Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación) y se multiplica por 50% o 35% según el caso. 2.7.7. **CESANTÍAS:** Es el equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcional al tiempo laborado, valor que se liquidará a 31 de diciembre de cada año y se depositará en el Fondo de Cesantías seleccionado antes del 14 de febrero de la siguiente anualidad. 2.7.8. **HORAS EXTRAS:** Son factor para liquidar cesantías, prima de productividad y aportes en pensión, máximo 80 horas al mes. 2.7.9. **LAS PRIMAS ASCENSIONAL Y DE CAPACITACIÓN:** Son factor de salario y se deben tomar para liquidar las prestaciones sociales de sus beneficiarios."

Concluyendo que la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad no son factor salarial como erradamente lo afirma el Aquo, por el contrario solo "se tienen en cuenta como doceavas, más no como factor de liquidación con incidencia salarial, es por ello que no constituye un `doble pago al reliquidarse la bonificación incluyendo dichos conceptos, por cuanto solo tiene incidencia en las doceavas más no en el mismo concepto, por ende no puede predicar una unidad indisoluble".

Agregó que se debe interpretar de manera diferente el contenido del artículo 59 del Decreto 1042 de 1978, toda vez que los factores salariales que se tienen en cuenta para la liquidación de la prima de servicios difieren del concepto de factor salarial, "tanto es así que en dicha norma se establece que la prima de servicios -se liquidará

sobre los factores de salario- o si se quiere como se menciona el inicio de la norma que -de la base para liquidar la prima de servicios-“

Concluye que el Juzgado Transitorio, confundió los conceptos de “*factor salarial*”, “*factor prestacional o prestación social*” con “base para liquidar” o sobre los factores salariales para liquidar las prestaciones sociales. Solicitó se revoque en este sentido, el fallo primario, y por el contrario se reconozca el carácter de factor salarial que tiene la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, también para la *bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad.*

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciera el superior y a la designación que a esta Conjuez le correspondió por sorteo de conjueces celebrado el pasado 15 de marzo de 2023.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjueces, realiza en este momento una revisión de las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

c. CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

- a) Derecho de petición de 14 de marzo de 2016.
- b) Resolución DESAJMZR16-662 de 8 de abril de 2016 “*por medio de la cual se resuelve un derecho de petición*”.
- c) Recurso de apelación.
- d) Resolución DESAJMZR16-974 de 19 de mayo de 2016 “*por medio de la cual se concede un recurso de apelación*”.
- e) Constancia laboral n° 87 de 29 de enero de 2018.
- f) Resolución n° 770 de 16 de mayo de 2017 “*por medio de la cual se admitió y se declaró fallida una conciliación prejudicial*”

d. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, dos aspectos importantes;

- I. Si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.
- II. Procede la condena en costas, emitida por el fallo primario en contra de la parte vencida.

e. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“Artículo 1°: Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

“Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5: El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*

- c) Los miembros del Congreso Nacional, y
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.
- b) (...)”.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

- 1) Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).
- 2) Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).

- 3) *Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) *Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) *Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) *Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

PARÁGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

ARTÍCULO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3o. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

ARTÍCULO 4o. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1o de enero de 2013. (Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

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

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

“El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: “los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental.”

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el

Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la

Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(...

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”(art. 93), y “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna” (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con

las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos”.

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo, los artículos 1º, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo².

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no*

² Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

*sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones... ”.*³

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁴

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como “...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible

³ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁴ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁵."

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

"...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos." (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53)."

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de "duda", ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de "interpretaciones concurrentes", allí se dijo:

"La Corte considera en primer lugar que, la llamada "duda", debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

⁵ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un

motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁶:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”

Seguidamente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁷, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53),

⁶ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

⁷ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁸.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,⁹ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹⁰.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Saña de Conjueces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Conjuez Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

"...la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales⁵.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política.”¹¹

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

8. CONDENA EN COSTAS

El fallo primario condenó en costas a la parte vencida, sin embargo, la Sala de Conjuces, no está de acuerdo con esta decisión, pues respeta la tesis que sobre este tema planteo el Consejo de Estado en sentencia SU de 2 de septiembre de 2019:

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹², en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹³

Conforme lo anterior, se revocará el numeral 7° de la sentencia de primera instancia.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá 6 de abril de 2022. Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), María Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

¹² Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹³ Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

9. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo *-relativo a la protección del salario-*, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando al demandante **OSCAR MAURICIO TRUJILLO NARVAEZ** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el *1 de enero de 2013*, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por él, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que sea necesario modificar el numeral 1° de la sentencia de *21 de julio de 2021* y reconocer el carácter de factor salarial tiene la bonificación judicial, también frente a la bonificación por servicios prestados.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras el señor **OSCAR MAURICIO TRUJILLO NARVAEZ**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho el demandante **OSCAR MAURICIO TRUJILLO NARVAEZ** desde el *13 de marzo de 2013* y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión generados por la demandante, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y consignar el mayor valor, al fondo de pensiones al cual está afiliado el señor **TRUJILLO NARVAEZ**, dejando claro que se consignan esos dineros en su favor.
3. De igual manera de acuerdo con la tesis protegida por el superior, resulta improcedente la condena en costas emitida por el Aquo, por lo que se revocará el numeral 7° del fallo y se negará la condena en costas.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra parcialmente de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, modificará los numerales 1° y 5°, se revocará el numeral 7° y se confirmarán los demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

10. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1° y 5° de la *sentencia de 21 de julio de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, los cuales quedarán así;

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS la excepciones de “imposibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones de la parte demandante” y “carencia del derecho reclamado”. **DECLARAR PROBADA** la excepción “prescripción” respecto de los periodos anteriores al 13 de marzo de 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la **NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-**, reconocer, en favor de la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 13 de marzo de 2013 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la **RAMA JUDICIAL**. Para lo cual se reliquidan **TODAS** las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales”.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 7° de la *sentencia de 21 de julio de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales* y en consecuencia **NO** emitir condena en costas.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la *sentencia de 21 de julio de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*.

17001333900620180039003

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Oscar Mauricio Trujillo Narváez Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Sentencia de segunda instancia n° 160

CUARTO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

QUINTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 23 de octubre de 2023.

Los Conjuces:


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Ponente


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA
Revisor


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Revisora

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

-José Mauricio Baldion Álzate-

Conjuez Ponente

Manizales, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 10 de abril de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por las partes, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado n° 17001333900820180054703 en el que es demandante **ALEJANDRO PACHON LONDOÑO** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. **DECLARAR** la nulidad de la *resolución DESAJMAR18-64-18 de 31 de enero de 2018*.
2. **DECLARAR** la nulidad de la *resolución DESAJMAR18-316-18 de 2 de abril de 2018*.

3. **DECLARAR** la nulidad del *acto administrativo ficto presunto negativo*.
4. **ONDERNAR** a la demandada la inclusión de la bonificación judicial contenida en el Decreto 383 de 2013, modificada por el Decreto 1269 de 9 de junio 2015 como factor salarial para efecto de liquidación y pago de las prestaciones sociales, prima de servicios, de productividad, de vacaciones, de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicio prestado y demás emolumentos laborales que correspondan a los servidores públicos de la Rama Judicial en los tiempos de servicio del solicitante después del 1 de enero de 2013.
5. **LIQUIDAR** todas las prestaciones sociales (prima de servicios, prima de productividad, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías), las vacaciones y demás emolumentos laborales que por mandato legal correspondan a los servidores públicos de la Rama Judicial, para que se incluya la bonificación judicial contenida en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y en consecuencia, se disponga el pago de las diferencias dejadas de percibir por dichos conceptos después de la entrada en vigencia del Decreto 383 de 2013, modificado por el Decreto 1269 de 9 de junio de 2015.
6. **DISPONER** que la bonificación judicial creada por el decreto 383 de 2013 hace parte de la asignación básica salarial para efectos de liquidar la bonificación por servicios prestados del señor **ALEJANDRO PACHON LONDOÑO** a partir de la entrada en vigencia del Decreto 383 de 2013, modificado por el Decreto 1269 de 2015.
7. **LIQUIDAR** la bonificación por servicios prestados incluyendo la bonificación judicial contenida en el Decreto 383 de 2013 como parte de la asignación salarial y, en consecuencia, se disponga el pago de las diferencias dejadas de percibir por ese concepto a partir de la entrada en vigencia del decreto 383 de 2013 modificado por el decreto 1269 de 2015.
8. **SEGUIR** pagando la bonificación judicial de que trata el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional en todos los emolumentos laborales que percibe el servidor publico como contraprestación de sus servicios.
9. **PAGAR** la indemnización moratoria por la no consignación total de las cesantías al fondo correspondiente seleccionado por el demandante **ALEJANDRO PACHON LONDOÑO**.
10. **LIQUIDAR** los intereses de mora desde el momento en que cobre ejecutoria de la sentencia que acceda a las pretensiones, sobre las sumas

que resulte adeudar la entidad, a favor del demandante y hasta la fecha en que se haga el pago efectivo.

11. **INDEXAR** las sumas del saldo insoluto dejadas de cancelar, tanto por salario como por prestaciones sociales deben ser actualizadas conforme al IPC, desde cuando debió surtirse el pago efectivo de la obligación y hasta el pago de la misma.

4. HECHOS

El señor **ALEJANDRO PACHON LONDOÑO** trabaja al servicio de la Rama Judicial, en los cargos de Oficial Mayor Tribunal y Secretario Municipal desde el **3 de julio de 2012¹** y, a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba vinculado en este cargo.

5. FALLO PRIMARIO

El **29 de junio de 2021**, el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones del demandante. En su parte resolutive ordenó:

"PRIMERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de "ausencia de causa petendi". **DECLARAR NO PROBADA** la excepción "De la violación de normas presupuestales de reconocerse las pretensiones de la parte demandante". **DECLARAR PROBADA** la excepción "prescripción" de los periodos anteriores al **20 de diciembre de 2014**.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión "únicamente" contenida en el artículo 1° de los Decreto 383 de 2013, 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017, 340 de 2018, 992 de 2019 y 442 de 2020 y demás normas que recojan esa misma expresión, en el entendido que la bonificación judicial si constituye salario para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la Rama Judicial.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la resolución **DESAJMAR18-64-18 de 9 de enero de 2018** y del **acto ficto derivado del silencio administrativo negativo**, que puso fin a la actuación administrativa, ambas expedidas por la entidad demandada.

CUARTO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda únicamente en lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales de la parte actora, teniendo como factor salarial la bonificación judicial de que tratan los Decretos 383 de 2013.

¹ Hecho n° 1° de la demanda.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la **NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-**, reconocer, en favor de **ALEJANDRO PACHON LONDOÑO** la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el **20 de diciembre de 2014** y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la **RAMA JUDICIAL**. Para lo cual se reliquidan las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SEPTIMO: SE CONDENAN EN COSTAS a las Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP, Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUIDENSE** los gastos del proceso, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere. **ARCHIVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

NOVENO: NOTIFIQUESE la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA y demás normas complementarias o afines.”.

Como sustento jurídico indicó; “...De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que se relaciona con el caso concreto, en criterio de esta dependencia judicial, existe mérito para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Con sujeción a los argumentos que a continuación se desarrollarán, la bonificación creada por el decreto 383 de 2013, ostenta la naturaleza de una verdadera prestación constitutiva de salario, motivo por el cual se puede interpretar como un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para calcular las prestaciones sociales que perciba en servidor judicial, con sujeción al tipo de cargo que haya desempeñado o desempeñe en el futuro. Sin embargo, en cuanto a la pretensión ligada a la

bonificación por servicios prestados, se negará, entre otras razones, debido a que el Gobierno Nacional en ese específico caso tiene una mayor discrecionalidad en la regulación por tratarse de una prestación ocasional. La tesis que se pretende desatar, se afianza en la naturaleza de un ordenamiento jurídico cuyo vértice normativo o norma fundamental es la Constitución de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización. No se puede pasar por alto que, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Colombiana no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza directiva implica la subordinación legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el sometimiento al Bloque de Constitucionalidad. Adicionalmente, para sustentar esta providencia se tuvo en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, han expuesto los Tribunales Administrativos de Caldas y Cundinamarca y algunos Jueces Administrativos del país, acogiendo así el precedente vertical¹ y horizontal², en consecuencia, accedió a la inaplicación de la expresión “únicamente” del artículo 1° del Decreto 383 de 2013, a la declaración de los actos acusados, al reconocimiento de la bonificación reclamada como factor salarial para las prestaciones sociales devengadas por la demandante (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses) y su consecuente reliquidación, y negó las pretensiones relacionadas con el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios, como factor salarial y el pago de la sanción moratoria en lo que a cesantías, se refiere.

6. RECURSOS DE ALZADA

Parte demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 14 de julio de 2021. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la República y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Se opuso también, a la condena en costas, de que dice va en contra de la tesis del superior, la cual asegura que solo se podrá emitir condena en costas, siempre

que se prueba mala fe en las maniobras realizadas por la parte vencida, en este caso, dice que sus actuaciones obedecen a parametrizaciones de orden nacional que tienen amplio sustento normativo y jurisprudencial. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

Parte demandante.

A su turno la parte demandante, resumió el fallo primario, resaltando que declaró probadas las excepciones “ausencia de causa petendi”, “inexistencia del derecho reclamado” y “cobro de lo no debido”, reconociendo el carácter de factor salarial que tiene la bonificación judicial, pero excluyó de las prestaciones sociales a las que tiene derecho la demandante, la *bonificación por servicios prestados*, la *prima de servicios* y la *prima de productividad*. Frente a esto, dijo que el Aquo desconoció la tesis que ha venido protegiendo el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Conjuces, resumida en la sentencia de 24 de marzo de 2021 que decidió la segunda instancia en procesos similar a este, en la que reconoció la condición de factor salarial para todas las prestaciones sociales a que tiene derecho su poderdante, sin hacer distinciones o exclusiones, como si lo hace el fallo primario.

Agregó que la tesis planteada por el Juez primario, desconoce los emolumentos a tenerse en cuenta en la liquidación de las distintas prestaciones sociales, que por derecho le son reconocidas a la demandante, a saber; frente a las vacaciones de conformidad con lo previsto en “*la Ley 995 de 2005, se realiza por todo el tiempo laboral, sin tener en cuenta un mínimo de tiempo.*”. Por otro lado, y conforme lo dispone la Cartilla Laboral para la Rama Judicial expedida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Unidad de Recursos Humanos del mes de septiembre de 2014, la liquidación de los conceptos laborales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, se hace de siguiente manera: “*2.7.1. VACACIONES: Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación + Incremento 2.5 + Auxilio de Transporte Auxilio Especial de Transporte + Subsidio de Alimentación + prima ascensional + prima capacitación + una doceava de la Bonificación por servicios prestados + una doceava de la prima de servicios + una doceava de la prima de productividad) este total, se divide en 30 y se multiplica por el número de días de disfrute de vacaciones, según al régimen de vacaciones al que pertenezca el servidor judicial. Para el reconocimiento de la liquidación proporcional de las vacaciones de conformidad con la Ley 995 de 2005, se realiza por todo el tiempo laborado sin tener en cuenta un mínimo de tiempo. 2.7.2. PRIMA DE VACACIONES: Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación + Incremento 2.5 + Auxilio de Transporte + Auxilio Especial de Transporte + Subsidio de Alimentación + prima ascensional + prima capacitación + una doceava de la Bonificación por servicios prestados + una doceava de la prima de servicios + una doceava de la prima de productividad), este total, se divide en 30 y multiplica por 15. 2.7.3. PRIMA DE NAVIDAD: Sumatoria de (Asignación básica +*

prima de antigüedad + Gastos de Representación + Incremento 2.5 + Auxilio de Transporte + Auxilio Especial de Transporte + Subsidio de Alimentación + Prima ascensional + prima capacitación + una doceava de la Bonificación por servicios prestados + una doceava de la prima de servicios + una doceava de la prima de vacaciones + una doceava de la prima de productividad). La proporcionalidad se liquida así: una doceava por cada mes completo laborado, entendido como mes, el lapso comprendido entre el 1 y el 30 o el 31 dependiendo el caso y con el salario que devengaba el empleado a la fecha de retiro o 30 de noviembre de cada año. 2.7.4. PRIMA DE SERVICIOS: Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación + incremento 2.5 + Auxilio de Transporte Auxilio Especial de Transporte + Subsidio de Alimentación + una doceava de la Bonificación por servicios prestados + Prima ascensional + prima capacitación), este total, se divide en 30 días y se multiplica por 15 días. De igual forma, si un servidor judicial se retira del servicio antes del 30 de junio, tiene derecho al pago proporcional de la prima de servicios a razón de una doceava parte de su valor por cada mes completo de labor, siempre que a la fecha de su retiro hubiere servido mínimo seis meses completos, continuos o discontinuos entre el 1 de julio de cada año y el 30 de junio del año siguiente. 2.7.5. PRIMA DE PRODUCTIVIDAD: Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación + Horas Extras + incremento 2.5%) dividido por 30 y multiplicado por 15 días. De igual forma, si un servidor judicial se retira del servicio antes del 30 de junio o 30 de diciembre, tiene derecho al pago proporcional de la prima de productividad, siempre que a la fecha de su retiro hubiere servido mínimo tres meses completos en el respectivo semestre. 2.7.6. BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS: Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación) y se multiplica por 50% o 35% según el caso. 2.7.7. CESANTÍAS: Es el equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcional al tiempo laborado, valor que se liquidará a 31 de diciembre de cada año y se depositará en el Fondo de Cesantías seleccionado antes del 14 de febrero de la siguiente anualidad. 2.7.8. HORAS EXTRAS: Son factor para liquidar cesantías, prima de productividad y aportes en pensión, máximo 80 horas al mes. 2.7.9. LAS PRIMAS ASCENSIONAL Y DE CAPACITACIÓN: Son factor de salario y se deben tomar para liquidar las prestaciones sociales de sus beneficiarios.”

Concluyendo que la *bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad* no son factor salarial como erradamente lo afirma el Aquo, por el contrario solo “*se tienen en cuenta como doceavas, más no como factor de liquidación con incidencia salarial, es por ello que no constituye un `doble pago al reliquidarse la bonificación incluyendo dichos conceptos, por cuanto solo tiene incidencia en las doceavas más no en el mismo concepto, por ende no puede predicar una unidad indisoluble”*.”

Agregó que se debe interpretar de manera diferente el contenido del artículo 59 del Decreto 1042 de 1978, toda vez que los factores salariales que se tienen en cuenta para la liquidación de la prima de servicios difieren del concepto de factor salarial, *“tanto es así que en dicha norma se establece que la prima de servicios -se liquidará sobre los factores de salario- o si se quiere como se menciona el inicio de la norma que -de la base para liquidar la prima de servicios-”*

Concluye que el Juzgado Transitorio, confundió los conceptos de *“factor salarial”*, *“factor prestacional o prestación social”* con *“base para liquidar”* o sobre los factores salariales para liquidar las prestaciones sociales. Solicitó se revoque en este sentido, el fallo primario, y por el contrario se reconozca el carácter de factor salarial que tiene la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, también para la *bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad.*

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjuces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciera el superior y a la designación que a esta Conjuce le correspondió por sorteo de conjuces celebrado el pasado 31 de enero de 2023.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjuces, realiza en este momento una revisión de las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

c. CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

- a) Resolución n° 1200 de 26 de septiembre de 2018 *“por medio de la cual se admitió y se declaró fallida una conciliación prejudicial”*
- b) Liquidación de la bonificación judicial.
- c) Derecho de petición de 20 de diciembre de 2017
- d) Resolución DESAJMAR18-64-18 de 9 de enero de 2017 *“por medio del cual se resuelve un derecho de petición”*.

- e) Recurso de apelación.
- f) Resolución DESAJMAR18-316 de 6 de marzo de 2018 *“Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede un recurso de apelación”*
- g) Derecho de petición de información.
- h) Constancia laboral n° 682 de 7 de junio de 2018.

d. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, dos aspectos importantes;

- I. Si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.
- II. Procede la condena en costas, emitida por el fallo primario en contra de la parte vencida.

e. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

*“**Artículo 1°:** Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).*

*“**Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5:** El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”*

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) (...)”.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

- 1) *Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) *Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) *Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) *Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) *Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) *Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

PARÁGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

ARTÍCULO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de

1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3o. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

ARTÍCULO 4o. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1o de enero de 2013.” (Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

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

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

“El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: “los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”, cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental.”

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es

aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus

mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

"La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior". Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él".

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

"En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

"(...)

"d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

"Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"(art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores,

contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos”.

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo, los artículos 1º, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo².

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

² Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”*³

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁴

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los

³ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁴ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁵.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

"...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos." (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53)."

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

⁵ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de “duda”, ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

“La Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁶:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”

⁶ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

Seguidamente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁷, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁸.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes

⁷ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,⁹ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹⁰.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Sña de Conjuces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Conjuetz Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

“...la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales⁵.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política.”¹¹

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

8. CONDENAS EN COSTAS

El fallo primario condenó en costas a la parte vencida, sin embargo, la Sala de Conjuces, no está de acuerdo con esta decisión, pues respeta la tesis que sobre este tema planteo el Consejo de Estado en sentencia SU de 2 de septiembre de 2019:

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹², en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá 6 de abril de 2022. Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), María Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

¹² Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.»¹³

Conforme lo anterior, se revocará el numeral 7° de la sentencia de primera instancia.

9. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo *-relativo a la protección del salario-*, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando al demandante **ALEJANDRO PACHON LONDOÑO** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el *1 de enero de 2013*, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por él, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que sea necesario modificar el numeral 1° de la sentencia de *29 de junio de 2021* y reconocer el carácter de factor salarial tiene la bonificación judicial, también frente a la bonificación por servicios prestados.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras el señor **ALEJANDRO PACHON LONDOÑO**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho el demandante **ALEJANDRO PACHON LONDOÑO** desde el *20 de diciembre de 2014* y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión generados por la demandante, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y consignar el mayor valor, al fondo de pensiones al cual está afiliado el señor **PACHON LONDOÑO**, dejando claro que se consignan esos dineros en su favor.

¹³ Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

3. De igual manera de acuerdo con la tesis protegida por el superior, resulta improcedente la condena en costas emitida por el Aquo, por lo que se revocará el numeral 7° del fallo y se negará la condena en costas.

Así las cosas, la SALA se encuentra parcialmente de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, modificará los numerales 1° y 5°, se revocará el numeral 7° y se confirmarán los demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Conjuces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

10. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1° y 5° de la *sentencia de 29 de junio de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, los cuales quedarán así;

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones “De la violación de normas presupuestales de reconocerse las pretensiones de la parte demandante” y “ausencia de causa petendi”. DECLARAR PROBADA la excepción “prescripción” de los periodos anteriores al 20 de diciembre de 2014.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-, reconocer, en favor de ALEJANDRO PACHON LONDOÑO la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 20 de diciembre de 2014 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la RAMA JUDICIAL. Para lo cual se reliquidan TODAS las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales”.

17001333300820180054703

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Alejandro Pachón Londoño Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Sentencia de segunda instancia n° 159

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 7° de la *sentencia de 29 de junio de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales* y en consecuencia **NO** emitir condena en costas.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la *sentencia de 29 de junio de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales.*

CUARTO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

QUINTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 23 de octubre de 2023.

Los Conjuces;


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Ponente


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA
Revisor


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Revisora

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
DESPACHO SEXTO

Manizales, octubre veintitrés (23) de dos mil veintitrés (2023)

AI. 199

Asunto: Resuelve recurso apelación contra auto incidente de nulidad
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral
Radicación: 170012333-2017-00432-02
Demandante: Francisco Joel Ángel Gómez
Demandados: Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

Síntesis: Se concede el recurso de apelación.

Asunto

Se encuentra al Despacho para resolver el recurso de apelación en contra del auto que rechazó de plano la solicitud de nulidad formulada por el apoderado judicial de Colpensiones por la indebida notificación de la sentencia dentro del proceso de la referencia.

Antecedentes

El 10 de octubre de 2023, se rechazó de plano la solicitud de nulidad procesal presentada por el apoderado judicial de la entidad Colpensiones por indebida notificación de la sentencia.

Oportunidad

El auto recurrido se notificó a través de correo electrónico el 11 de octubre de 2023. El término de ejecutoria de dicho auto transcurrió entre el 12 al 17 de octubre de 2023. El 17 de octubre de 2023, el apoderado judicial de Colpensiones interpuso recurso de apelación, contra el citado acto judicial dentro del término de ejecutoria.¹

Consideraciones

Procedencia - Recurso de apelación

Respecto a la procedencia del recurso de apelación el artículo 243 del CPACA modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, dispone lo siguiente: “*Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:*

- 1. El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.*
- 2. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.*
- 3. El que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. El auto que aprueba una conciliación solo podrá ser apelado por el Ministerio Público.*

¹ Expediente digital 09RecursoApelaci

4. *El que resuelva el incidente de liquidación de la condena en abstracto o de los perjuicios.*
5. *El que decrete, deniegue o modifique una medida cautelar.*
6. *El que niegue la intervención de terceros.*
7. *El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.*
8. *Los demás expresamente previstos como apelables en este código o en norma especial.*

Visto lo anterior, se tiene que la norma en mención no consagró de manera taxativa la procedencia del recurso de apelación, en contra del auto que niega decretar la nulidad procesal.

No obstante, en virtud del numeral 5 del artículo 321 del CGP, por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, es procedente la interposición del recurso de apelación conforme lo preceptúa la norma, así:

Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad.

También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

(...)

5. El que rechace de plano un incidente y el que lo resuelva.

6. El que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva

La Sección Tercera del Consejo de Estado, Magistrado ponente: Martín Bermúdez Muñoz², consideró sobre la procedencia del recurso de apelación, frente a los autos que deniegan la nulidad procesal conforme lo establece el CGP; al respecto señaló:

“15.- Concederá el recurso de apelación contra la segunda decisión porque es procedente conforme con lo dispuesto en numeral sexto del artículo 321 del CGP que era la norma aplicable en este caso por tratarse de un proceso ejecutivo. La norma que regula la apelación de autos en los procesos ejecutivos es el artículo 321 del CGP porque el artículo 299 del CPACA remite al trámite de dicho proceso establecido en el Código General del Proceso.

15.1.- Así las cosas, de conformidad con el numeral sexto de artículo 321 del CGP será apelable el auto que <>. En consecuencia, el despacho concluye que la decisión que rechazó de plano la solicitud de nulidad por falta de competencia es apelable, por lo que hay lugar a estimar mal denegado el trámite de la alzada frente a tal providencia.

En este sentido, considera el Despacho que el auto que rechazó de plano la solicitud de nulidad, conforme a los preceptos normativos y jurisprudenciales es susceptible del recurso de apelación. Por lo anterior, se concederá la concesión del recurso.”

Por tanto, se concederá la apelación para que sea resuelto ante el Honorable Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ Bogotá D.C., cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022)

PRIMERO: Conceder el Recurso de Apelación frente el auto el auto que rechazó la nulidad procesal dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral instaurado por Francisco Joel Ángel Gómez en contra del Colpensiones, por los motivos expuestos.

SEGUNDO: EJECUTORIADA esta providencia, remítase el proceso al HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, para los efectos del recurso concedido

Notifíquese y cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u></p> <p>No. _____</p> <p>FECHA: 24/10/2023</p> <p>SECRETARIO</p>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintitrés (23) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 215

Radicado: 17-001-33-33-001-2023-00069-03
Naturaleza: Ejecutivo (contractual)
Ejecutante: Jorge Mario Ospina Piedrahita
Ejecutado: Municipio de Anserma, Caldas

Con ocasión al recurso de alzada interpuesto por la parte ejecutada en contra del auto que ordeno seguir adelante la ejecución, se decide acerca del acaecimiento de una nulidad procesal en el asunto de la referencia.

1. Antecedentes

La parte ejecutante promovió demanda ejecutiva contra el municipio de Anserma, Caldas, con el fin de que esta entidad efectuase el pago de la factura de venta No. SESM484 del 06 de octubre de 2021 la cual halla fundamento en el contrato de suministro de combustible No. CMC-057-2021 suscrito entre el señor Jorge Mario Ospina Piedrahita y el referido ente territorial, factura que asciende a la suma de \$6.692.926.

Con fundamento en la referida obligación, la ejecutante solicitó decretar la medida cautelar de embargo de los depósitos que a cualquier título tuviese la ejecutada en diferentes instituciones financieras, medida que fue concedida mediante auto del 17 de mayo de 2022 y que fue objeto de conocimiento de esta Corporación con ocasión del recurso de apelación interpuesto contra dicha providencia.

Mediante proveído del 25 de agosto de 2023, este Tribunal en decisión adoptada por los Magistrados que componen la Sala Tercera de Decisión se dispuso:

“PRIMERO: REVOCAR el auto del 17 de mayo de 2023, proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales.

SEGUNDO: *En su lugar, remítase el expediente al despacho de origen para que resuelva sobre la terminación del proceso ejecutivo por la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Posteriormente, mediante decisión del 28 de septiembre de 2023 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dispuso conceder el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada contra el auto que resolvió seguir adelante con la ejecución.

2. Consideraciones

Advierte la Sala que, si bien el presente asunto sería del caso entrar a desatar el recurso de apelación formulado por la ejecutada, se advierte una situación formal que impide entrar a desatar el referido recurso, según se pasa a exponer:

El artículo 133 del C.G.P. aplicable al proceso ejecutivo adelantado ante la jurisdicción contencioso administrativa, por expresa remisión normativa del artículo 298 del CPACA dispone que serán causales de nulidad procesal las siguientes:

“ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. *El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:*

- 1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.*
- 2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia...*

Advierte este Tribunal que, el presente trámite ejecutivo tiene como génesis un crédito a cargo de una entidad territorial como es el municipio de Anserma, razón por la cual mediante del 25 de agosto de 2023 se advirtió que el agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial en el trámite de este proceso ejecutivo en contra de los municipios, corresponde a una exigencia, cuyo cumplimiento no puede ser pasado por el alto por el operador judicial, y por lo cual en razón a su no cumplimiento impide dar trámite al proceso ejecutivo e impone la obligación de dar por terminado el presente asunto.

Así las cosas, al haberse emitido el proveído del 28 de septiembre de 2023 mediante el cual el Juzgado Primero Administrativo de Manizales continuó con el trámite del proceso concediendo el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada contra el auto que resolvió seguir adelante con la ejecución, se procedió contra providencia ejecutoriada de su superior, lo cual impone sin lugar a mayores elucubraciones disponer la nulidad de lo actuado a partir de dicho auto.

En todo caso advierte este Despacho, que no se observa actuación irregular por parte del funcionario judicial, en tanto, consultado el sistema de información "Justicia Siglo XXI" para la data en que se expidió el proveído que continuó con el trámite del proceso concediendo el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada, el expediente correspondiente al recurso de apelación que se resolvió por este Tribunal del 25 de agosto de 2023 no había sido remitido aún al despacho de origen.

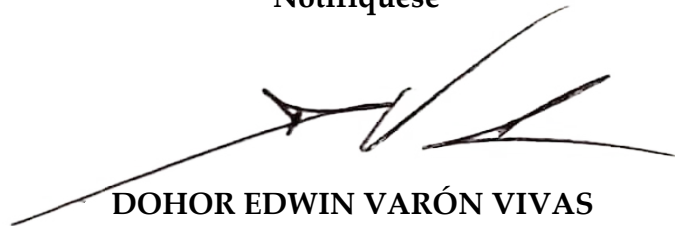
Por lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de lo actuado dentro del proceso ejecutivo *sub examine* a partir del auto del del 28 de septiembre de 2023 -inclusive-, proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales.

SEGUNDO: Remítase el expediente al despacho de origen para que resuelva sobre la terminación del proceso ejecutivo *sub examine* como se dispuso en providencia del 25 de agosto de 2023 emitida por la Sala Tercera de Decisión de esta Corporación.

Notifíquese



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Sustanciador