

17-001-23-33-000-2019-00348-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, once (11) de DICIEMBRE dos mil veinte (2020)

S. 185

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, en la oportunidad prevista en el artículo 179 último inciso de la Ley 1437 de 2011, procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la sociedad **EFIGÁS S.A.**, contra la **UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN**.

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA

Se impetra la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- I) Resoluciones N° 0013 de 15 de agosto, 006 de 12 de septiembre y 005 de 29 de octubre, todas de 2018, con las cuales la DIAN negó el reconocimiento de falta de efectos legales de la declaración del impuesto sobre la renta para la equidad “CREE”, presentada por la sociedad accionante por el año gravable de 2016.
- II) Resoluciones números 3346, 3347, 3350, 3351, 3352, 3353 y 3354, todas datadas el 3 de octubre de 2018, con las cuales la DIAN negó la devolución de lo pagado por concepto de impuesto sobre la renta para la equidad CREE y su sobretasa, correspondiente a los meses de marzo, abril, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016.
- III) Resoluciones números 2013620190448, 102362019449, 1023620190450, 1023620190451 y 1023620190452, de 12 de marzo de 2019, así como las Resoluciones #s 102362019001091 y 10236201900190, ambas de 8 de julio de

2019, con las que se resolvieron los recursos de reconsideración contra las anteriormente citadas.

A título de restablecimiento del derecho deprecia el nulidisciente:

I) Se disponga que la declaración del impuesto sobre la renta para la equidad CREE y su sobretasa correspondientes al año 2016, así como las autorretenciones presentadas por los periodos mensuales de ese mismo año, no producen efecto legal alguno, atendiendo a lo dispuesto en el canon 594-2 del Estatuto Tributario.

II) Se ordene a la DIAN realizar la devolución de lo pagado indebidamente, por valor de \$ 3.758'291.000 por concepto de auto retenciones sobre el impuesto de renta para la equidad CREE y su sobretasa, entre los meses de marzo y diciembre de 2016, así como el pago de los intereses moratorios, corrientes y legales que sean del caso.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

- El 29 de diciembre de 2016 se expidió la Ley 1819, que con su artículo 376 numerales 3 y 4 derogó varios de los artículos de la Ley 1607 de 2012 que habían establecido el régimen del impuesto de renta para la equidad CREE, así como su sobretasa.
- Encontrándose derogado el CREE, el 12 de abril de 2017 EFIGÁS presentó declaración del mencionado impuesto por el año gravable 2016, en la que incluía en el renglón 53, el anticipo de la sobretasa de dicho tributo.
- EFIGÁS pagó a la DIAN la suma de \$ 5.713'958.000 a título de autorretenciones del CREE correspondientes al año 2016, y la suma de \$ 2.741'139.000 por impuesto CREE y su sobretasa del año 2016.
- El 25 de julio de 2018, EFIGÁS solicitó a la DIAN se reconociera la falta de efectos legales de la declaración del impuesto CREE y su sobretasa, correspondientes al año 2016, así como las declaraciones de autorretención efectuadas por la demandante en esa misma anualidad, al considerar que no

estaba obligada a pagar ese tributo, en la medida que había sido derogado a través de la Ley 1819 de 2016.

- La DIAN profirió la Resolución N° 0013 de 15 de agosto de 2018, con la cual decidió no reconocer la falta de efectos legales de la declaración CREE y sobretasa de 2016, así como las declaraciones de autorretención. En dicho acto administrativo nada se dijo en torno a las devoluciones de los dineros pagados por EFIGÁS.
- EFIGÁS interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra el acto recién indicado, no solo impetrando su revocatoria, sino que se devolviera al funcionario que lo profirió para que fueran resueltas las peticiones de devolución por pago de lo no debido.
- El Jefe G.I.T. de Control de Obligaciones Formales de la DIAN, a través de la Resolución N° 6 de 12 de septiembre de 2018, decidió no reponer el acto recurrido, y de manera improcedente, según la actora, concedió 10 días para presentar el recurso de apelación. Pese a que EFIGÁS ya había hecho uso del recurso de segundo grado, volvió a presentarlo el 27 de septiembre de 2018.
- El 5 de octubre de 2018, la DIAN notificó a EFIGÁS el contenido de las Resoluciones N° 3346, 3347, 3350, 3351, 3352, 3353, 3354 y 3355 de 3 de octubre de 2018, con las cuales negó la devolución del ‘pago de lo no debido’ por autorretenciones del CREE por el año 2016, aduciendo que al momento de presentar la declaración del CREE por el año 2016, existía una causa legal para dicho impuesto.
- El 30 de noviembre de 2018 EFIGÁS interpuso recurso de reconsideración contra los actos administrativos mencionados en el punto anterior, haciendo hincapié en que, (i) se violó su derecho al debido proceso por realizar 2 procedimientos diferentes frente a las solicitudes de devolución y dejar sin efectos legales las declaraciones tributarias; (ii) la inexistencia de la obligación de pagar el impuesto CREE y su sobretasa para el año 2016 como consecuencia de su derogatoria; (iii) el enriquecimiento sin causa a favor del Estado; (iv) y la causación de intereses a su favor.

- Los días 1º de abril y 16 de julio de 2019, la DIAN notificó personalmente a EFIGÁS las Resoluciones N°s 2013620190448, 102362019449, 1023620190450, 1023620190451 y 1023620190452 de 12 de marzo de 2019, así como las Resoluciones 102362019001091 y 10236201900190, ambas del 8 de julio de 2019, con las cuales confirmó la negativa frente a la devolución del pago de lo no debido.
- En dichos actos, la DIAN indicó que el recurso de apelación interpuesto por EFIGÁS contra la resolución N° 13 de 15 de agosto de 2018 había sido resuelto a través de la Resolución N° 5 del 29 de octubre de ese mismo año, no obstante la accionante desconocía la existencia y contenido de ese acto, por lo que solicitó se practicara la notificación con la entrega de copia de la misma, lo cual tuvo lugar el 7 de junio de 2019.

NORMAS VIOLADAS

Y

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocaron como vulneradas:

- Constitución Política, arts. 29 y 209.
- Estatuto Tributario, art. 565, 730 ordinal 3º y 853.
- Ley 1437 de 2011, arts. 3º, 36 y 86.

Como juicio valorativo de vulneración se expresó, en suma, lo siguiente:

- ✓ La Resolución N° 005 de 29 de octubre de 2018, mediante la cual la DIAN resolvió los recursos de apelación interpuestos por EFIGÁS contra la Resolución N° 13 de 2018, es nula por indebida notificación, de acuerdo con lo dispuesto en el canon 730 ordinal 3º del Estatuto Tributario, pues en la parte resolutive de aquel acto administrativo se ordena ceñir el procedimiento de notificación a lo consagrado en el artículo 565 del mismo estatuto. En contraste, EFIGÁS solo vino a conocer el contenido de la citada declaración administrativa el 7 de junio de 2019, cuando recibió copia

auténtica del acto, pues la administración tributaria omitió dar cabal cumplimiento a la normativa en cita.

✓ Como segundo elemento de transgresión del ordenamiento jurídico, se señaló que las Resoluciones N° 0013 de 15 de agosto de 2018, 006 de 12 de septiembre de 2018 y 005 de 29 de octubre también de 2018, fueron proferidas por funcionarios que carecían de competencia, según lo señalado en el canon 853 del Estatuto Tributario.

Al efecto, expone que de acuerdo con esta norma y diversos conceptos de la DIAN que resultan imperativos para la Administración de Impuestos Nacionales, la División de Devoluciones de la DIAN era la unidad competente para resolver tanto la solicitud de dejar sin efectos legales las declaraciones presentadas por EFIGÁS en 2016, como la petición de devolución de lo pagado indebidamente, lo cual de acuerdo con las normas rectoras del procedimiento, debió haberse hecho en un solo acto administrativo. Recalca que en plena inobservancia de estas normas, la DIAN inició 2 procedimientos paralelos, uno por la unidad de recaudo que culminó con la negativa frente a la devolución pedida, y otro por la División de Fiscalización que negó reconocer la falta de efectos legales de las declaraciones presentadas.

Ante esta situación, aclaró, la prescripción normativa y doctrinal de la DIAN enseña que en el caso concreto, lo que debió ocurrir fue haber resuelto ambas solicitudes por un mismo acto proferido por la unidad de recaudo o devoluciones, previo concepto de la unidad de fiscalización sobre la legalidad de las declaraciones.

✓ Al referirse al aspecto sustancial de la controversia, aduce que la Ley 1607/12 que instituyó el impuesto CREE, así como los artículos 21 a 24 de la Ley 1739/14 que introdujeron la sobretasa de este tributo, fueron expresamente derogados por el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016, que empezó a regir a partir de su promulgación (29 de diciembre de 2016), y con ello, la obligación tributaria respecto al CREE de 2016 no llegó a causarse, pues su fecha de consolidación era el 31 de diciembre de 2016 (por ser un

impuesto anual), y para ese momento, cuando EFIGÁS debía liquidar la base gravable y la tarifa, la norma que regulaba el tributo ya no existía.

Controvirtiendo el argumento de la DIAN, según el cual, el espíritu de la norma indica que el Legislador no quiso derogar el impuesto CREE correspondiente al año 2016, sostiene que el texto de la Ley 1819/16 es diáfano, por lo que no es dable desatenderlo so pretexto de consultar su espíritu. Acota que de acuerdo con el artículo 594 numeral 2 del E.T., las declaraciones tributarias presentadas por quienes no estén obligados a declarar carecen de efectos jurídicos, sin necesidad de acto administrativo que así lo disponga.

Por otra parte, recalca que a través del Decreto 1828/13 el Gobierno Nacional ordenó el recaudo del CREE a través de la figura de la autorretención, figura que opera como mecanismo de recaudo anticipado, mas no definitivo, por lo que los pagos llevados a cabo a través de las autorretenciones que hizo EFIGÁS durante el año 2016, no implicaron que el impuesto se hubiera causado, pues esto solo ocurría al vencimiento de la anualidad, el 31 de diciembre de ese año.

Insiste que si la intención del Legislador fuera dejar vigente el CREE por el año 2016, así lo hubiera expresado al derogar la Ley 1607/12, como en efecto lo hizo con otros artículos derogados, respecto a los cuales señaló una fecha diferente para su salida del ordenamiento jurídico.

Por otra parte dijo que la DIAN sostuvo a lo largo de la actuación administrativa que la derogatoria del CREE prevista en el canon 376 de la Ley 1819/16 no puede aplicarse de manera retroactiva, pues para el 29 de diciembre de 2019, cuando fue promulgada la norma que derogó este impuesto, el hecho generador del impuesto ya había tenido lugar entre el 1º de enero y el 28 de diciembre de ese año.

Varias apreciaciones suscitó en la sociedad demandante la postura de la DIAN. En primer lugar indicó, que constituye criterio jurisprudencial pacífico que la

derogatoria opera de manera inmediata, y en atención a los mandatos establecidos en los cánones 338 y 363 constitucionales, dada la favorabilidad que para el contribuyente representa la derogatoria de un impuesto, esta opera incluso en el mismo periodo gravable, no obstante, ratifica que en este caso no puede hablarse de aplicación retroactiva sino inmediata de una norma, pues el impuesto de 2016 aún no se había causado cuando fue derogado.

Finalmente, en relación con este punto, manifestó que los conceptos de la DIAN en cuanto criterio de orden administrativo no pueden estar por encima de la disposición clara del artículo 376 de la Ley 1819 de 2016, cuyo mandato inobjetable fue derogar a partir de su promulgación la Ley 1607 de 2012, que consagraba el impuesto CREE.

✓ Refirió que a partir del pago realizado por EFIGAS a título del tributo CREE con base en una declaración tributaria que no se encontraba obligada a presentar, se generó un ‘enriquecimiento sin causa’ a favor del Estado, hecho que la jurisprudencia del máximo órgano de esta jurisdicción ha catalogado como fuente de obligaciones y derechos.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN** contestó la demanda mediante escrito que milita de folios 803 a 827 del cuaderno 1B.

Argumenta que la pretensión de anulación de las Resoluciones N° 0013, 006 y 005 de 2018 caducó, teniendo en cuenta que el último de estos actos fue notificado el 1° de noviembre de 2018 a través de correo postal, y no el 7 de junio de 2019 como lo argumenta la parte actora. Estima que esta apreciación de la demandante refleja la intención de revivir términos respecto de una oportunidad procesal ya fenecida.

Insistiendo que las autorretenciones hechas por EFIGÁS, correspondientes al impuesto CREE de 2016, tienen plena validez a la luz del artículo 746 del E.T., por ende, los pagos efectuados por este concepto cuentan con una causa legal, desestimando el argumento de la falta de competencia de los servidores de la DIAN al proferir las decisiones que negaron la invalidez de dichas declaraciones y autorretenciones (Resoluciones N° 13, 5 y 6 de 2018). Al efecto, explicó, que el artículo 684 del Estatuto en mención, atribuye a la División de Fiscalización de la DIAN las competencias tendientes a la validación de las declaraciones de los contribuyentes, por lo que en este caso, justamente a solicitud de EFIGÁS, dicha dependencia se pronunció sobre la validez de las autorretenciones y declaraciones del CREE 2016, como parte del ejercicio probatorio que luego culminó con las verdaderas decisiones de fondo, con las cuales se negó la devolución de lo pagado supuestamente de manera indebida.

En este sentido, estima que si bien la División de Recaudo de la DIAN es competente para resolver solicitudes de devolución de sumas pagadas sin fundamento, ello no contradice la competencia de la División de Fiscalización de la misma entidad, referente a la calificación de las declaraciones. Por ende, y reiterando que la validación de las declaraciones tuvo lugar a instancias del contribuyente, opina que no se vulneró el principio de economía durante esta actuación.

Aclara que si bien el canon 853 del E.T. consagra que la competencia para rechazar, negar o conceder devoluciones es de la División de Fiscalización, en el caso concreto la petición de devolución se fundamentaba en la inexistencia de la obligación de declarar el impuesto CREE en 2016, por lo que precisamente, para garantizar el debido proceso de la sociedad demandante, esa dependencia dio previo traslado a la División de Fiscalización para que se pronunciara sobre la validez de la declaración presentada por EFIGÁS sobre dicho tributo.

Resalta que al tenor de lo estatuido en los artículos 338 y 363 de la Constitución Política, las normas de orden tributario no pueden ser aplicadas

de forma retroactiva como lo pretende la parte actora, pues se busca aplicar una derogatoria promulgada el 29 de diciembre de 2016 a un hecho generador que había tenido ocurrencia entre el 1° y el 28 de diciembre de esa misma anualidad. En ese orden, acota que en virtud de la seguridad jurídica, durante el año gravable 2016 tanto el Estado como el contribuyente EFIGÁS dirigieron su actuar con la plena convicción de la vigencia del impuesto CREE.

Profundizando en este aspecto, reitera que en derecho tributario la norma aplicable es aquella vigente al momento del nacimiento del hecho generador, por lo que, acudiendo a las Sentencias C-549/93, C-926/00 y C-785/12, concluye que la aplicación retroactiva de la norma únicamente procede si beneficia tanto al Estado como al contribuyente, y en cuanto a la favorabilidad, aduce que se trata de una potestad del legislador definirla, pero en modo alguno corresponde al contribuyente determinar cuándo esta figura tiene aplicación.

En este orden, estima que tratándose de impuestos de periodo, las normas de orden tributario solo aplican al periodo siguiente de promulgación de la norma, en armonía con el contenido del canon 338 de la Carta, por lo que la derogatoria del impuesto CREE solo entra a operar desde el 1° de enero de 2017, tanto así, que a su juicio el régimen de transición consagrado en la norma que derogó el impuesto parte de la vigencia del CREE en 2016.

Finalmente, se opone a los intereses pedidos con la demanda, en especial los que tienen su fundamento en el Código Civil, pues el Estatuto Tributario se hallan regulados de manera especial.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

✓ **PARTE DEMANDANTE** /fls. 880-896 cdno. 1 B/: insiste en la indebida notificación de la Resolución N° 005 de 29 de octubre de 2018, pues esta no fue notificada de manera personal como lo señalan las normas procedimentales, sino a través de correo, una forma no prevista para la notificación de los actos administrativos que resuelven recursos en materia

tributaria, y ello conlleva la nulidad de la actuación conforme al canon 730 del E.T.

De igual manera, itera que Resoluciones N° 13 de 15 de agosto de 2018, 6 del 12 de septiembre de 2018 y 5 del 29 de octubre de 2018 fueron expedidas por un funcionario incompetente, toda vez que la DIAN inició 2 actuaciones frente a una misma petición, cuando lo que procedía en este caso era emitir una sola voluntad administrativa previo concepto de la División de Fiscalización de la entidad.

Repite que como consecuencia de la derogatoria del régimen que regulaba el impuesto CREE el 29 de diciembre de 2016, las declaraciones de autorretención presentadas por EFIGÁS carecen de efectos legales por ministerio de la ley y debe ordenarse la devolución de lo pagado, so pena de generar un enriquecimiento sin causa a favor del Estado, además del reconocimiento de los correspondientes intereses de mora.

✓ **PARTE DEMANDADA** /fls. 872-878 cdno. 1 B/: reitera los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda, sobre la supuesta falta de notificación de uno de los actos administrativos, señala que en el proceso está probado que la notificación se surtió, a tal punto que la parte actora interpuso los recursos de ley, por lo que no le asiste razón en este sentido.

Frente al cargo de incompetencia de los funcionarios que expidieron los actos administrativos objeto de debate, acota que las normas le otorgan a la administración tributaria la competencia de validar las declaraciones presentadas por los contribuyentes, y el hecho de que se reconozca competencia al área de devoluciones para que agote tal procedimiento no desestima la facultad que en el mismo sentido le asiste al área de fiscalización.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución Política, indica nuevamente que las declaraciones y pagos del impuesto CREE

correspondientes al año 2016 mantienen su vigencia pese a la derogatoria de la norma que les servía de base, pues la Ley 1819 de 2016 proyecta sus efectos hacia las siguientes vigencias fiscales. En este punto, también refiere que en materia tributaria está proscrita la irretroactividad de las normas.

Finalmente, indica que resulta procedente condenar en costas a la parte actora, por haber incurrido en erogaciones dinerarias como consecuencia de este proceso judicial.

- ✓ **MINISTERIO PÚBLICO:** no intervino en esta etapa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora se anulen los actos administrativos con los cuales la DIAN negó la solicitud de dejar sin efectos jurídicos las declaraciones y pagos anticipados efectuados por EFIGÁS, por el impuesto de renta para la equidad, CREE, por el año gravable de 2016, y su sobretasa, así como la devolución de las sumas canceladas en virtud de este tributo; como consecuencia de ello pide que se ordene a la DIAN devolver los dineros pagados por la vigencia fiscal en mención en relación con el citado tributo.

PROBLEMAS JURÍDICOS

De conformidad con la formulación efectuada en la sub etapa de fijación del litigio, los cuestionamientos a dilucidar son los siguientes:

- *¿Se vulnera el derecho al debido proceso de la sociedad demandante, como consecuencia de la indebida notificación de la Resolución N° 005 de 2018?*
- *¿Se desconoció la citada prerrogativa fundamental, por no decidirse en un mismo acto administrativo las solicitudes de invalidez de*

las declaraciones tributarias y devolución de lo supuestamente pagado de manera indebida por EFIGÁS S.A.?

En caso negativo,

- ***¿Estaba obligada EFIGÁS S.A., a declarar y pagar el impuesto de renta para la equidad CREE por el año 2016, pese a que ese tributo fue derogado a través de la Ley 1819 de la misma anualidad?***

(I)

LAS PRESUNTAS INFRACCIONES AL DEBIDO PROCESO

El primer cargo de nulidad formulado por la sociedad EFIGÁS S.A. contra las declaraciones administrativas demandadas, se basa en la supuesta vulneración de su derecho al debido proceso (art. 29 constitucional), en atención a dos situaciones: (i) la indebida notificación de la Resolución N° 005 de 2018, con la cual la DIAN resolvió un recurso de apelación y, (ii) el haber decidido en 2 actos diferentes las peticiones de la demandante relacionadas con la falta de efectos jurídicos de las declaraciones tributarias y la devolución de lo pagado de manera indebida.

El artículo 29 de la Carta Política consagra el derecho al debido proceso como una prerrogativa fundamental, de la cual se extrae que se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y dentro de la cual está comprendido el proceso de determinación gubernativo de un tributo, tal como lo expuso la Corte Constitucional en Sentencia C-1201 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), en la que determinó que la noción de debido proceso en materia tributaria incorpora la publicidad o notificación de los actos que allí se dicten, así como la competencia de los funcionarios que los profieren.

El pronunciamiento es del siguiente tenor literal:

“(…) Nótese que el aparte del artículo 29 superior que se transcribió anteriormente, explícitamente dice que el debido proceso se aplicará a toda actuación administrativa, de donde se deduce que todo el trámite del proceso de determinación y cobro de los tributos, en cualquiera de sus etapas, debe permitir las garantías que se derivan de dicho principio constitucional. En tal virtud, la Corte entiende que los derechos de contradicción y controversia tiene vigencia desde la iniciación misma de cualquier procedimiento administrativo tributario, es decir desde el primer requerimiento hecho por la administración, hasta la conclusión del proceso de cobro coactivo, y debe cobijar a todas las personas que puedan resultar obligadas en virtud de lo resuelto por la Administración.

Reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha afirmado que en virtud de la cláusula general de competencia a que se refieren los numerales (sic) 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución, al legislador corresponde regular los procedimientos judiciales y administrativos. En virtud de tal facultad, puede el Congreso definir entre otras cosas, la competencia de los funcionarios para conocer de determinados asuntos, los recursos, los términos, el régimen probatorio, los mecanismos de publicidad de las actuaciones etc. En ejercicio de esta facultad, ha dicho también la Corte, el legislador goza de un amplio margen de libertad de configuración legislativa, limitado solamente por aquellas disposiciones de carácter superior que consagran las garantías constitucionales que conforman la noción de “debido proceso”.

Por lo anterior, y partiendo de una concepción del procedimiento administrativo, y dentro de él el proceso de determinación de las obligaciones tributarias, que lo

entiende como un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva, cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso” /Resalta el Tribunal/.

En la misma línea hermenéutica, el supremo tribunal constitucional estableció en la Sentencia T-295 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz delgado), que una de las reglas que subyace a esta prerrogativa fundamental es la observancia de las reglas propias de cada juicio, que no es otra cosa que la obligación que se impone a la entidad o servidor que adelante un procedimiento, tendiente a no separarse de los cánones legales que regulan el trámite y desarrollo del mismo, así como la prohibición de omitir etapas o elementos procedimentales, cuya desatención permita el desconocimiento de las garantías que le asisten a los sujetos involucrados en la actuación.

Tratándose de los actos administrativos proferidos como producto del procedimiento de determinación del tributo, uno de los aspectos que interesan a este litigio es su adecuada notificación que hace parte del debido proceso administrativo aplicable, como se expuso, en materia tributaria, y a sí lo reconoció el Consejo de Estado en Sentencia de cuatro (4) de febrero de 2016, con ponencia del Magistrado Hugo Fernando Bastidas Bárcenas en el expediente con radicación interna N° 20.899:

“La notificación de las decisiones oficiales es un elemento esencial del derecho fundamental al debido proceso, pues así se dan a conocer éstas a los administrados para que puedan ejercer su derecho de defensa; a su vez, mientras los actos no se notifiquen, no producen efecto ni son oponibles a los destinatarios (artículo 48 del Código Contencioso Administrativo). La forma de cumplir con la

notificación debe ser adecuada a la finalidad de que el administrado conozca verdaderamente los actos administrativos y pueda ejercer los medios de defensa pertinentes”.

Para la sociedad EFIGAS S.A., los actos administrativos demandados se hallan viciados de nulidad, en primer lugar, por la indebida notificación de la Resolución N° 005 de veintinueve (29) de octubre de 2018, con la cual la DIAN resolvió el recurso de apelación interpuesto por la sociedad actora contra la Resolución N° 0013 del mismo año, con la que, a su vez, la Administración de impuestos había denegado la petición de declarar la falta de efectos legales de las declaraciones del impuesto CREE del año 2016.

El artículo 730 numeral 3 del E.T., antes de ser derogado por el artículo 122 de la Ley 1943 de 2018 (derogatoria que opera desde el 1° de julio de 2019) establecía que *“Los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos, proferidos por la Administración Tributaria, son nulos: (...) 3. Cuando no se notifiquen dentro del término legal”/Subrayado del Tribunal/.*

La notificación de los diversos actos que se emitan en desarrollo del procedimiento tributario, se halla consignada en el artículo 565 del estatuto (antes de ser modificados por los artículos 92 de la Ley 1943 de 2018 y 104 de la Ley 2010 de 2019), por cuyo ministerio:

“Los requerimientos, autos que ordenen inspecciones o verificaciones tributarias, emplazamientos, citaciones, resoluciones en que se impongan sanciones, liquidaciones oficiales y demás actuaciones administrativas, deben notificarse de manera electrónica, personalmente o a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería especializada debidamente autorizada por la autoridad competente.

Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no compareciere dentro del término de los diez (10) días siguientes,

contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación. En este evento también procede la notificación electrónica.

El edicto de que trata el inciso anterior se fijará en lugar público del despacho respectivo por el término de diez (10) días y deberá contener la parte resolutive del respectivo acto administrativo.

PARÁGRAFO 1o. La notificación por correo de las actuaciones de la administración, en materia tributaria, aduanera o cambiaria se practicará mediante entrega de una copia del acto correspondiente en la última dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante en el Registro Único Tributario - RUT. En estos eventos también procederá la notificación electrónica (...)” /destacados son de la Sala/.

El texto legal parcialmente reproducido establece dos (2) reglas para la notificación de actos administrativos producidos en el marco del procedimiento tributario. En el primer inciso, introduce una formulación genérica aplicable a los actos que impongan sanciones, dispongan inspecciones o verificaciones tributarias, emplazamientos, liquidaciones oficiales y las “demás actuaciones administrativas”. En este caso, las alternativas para realizar la notificación son el correo electrónico, la notificación personal y la red oficial de correos. En el 2º inciso, en tratándose de actos que resuelven recursos, la norma consagra una disposición especial, pues en este caso la regla de notificación se contrae de manera principal a la “personal”, y por modo subsidiario, al “edicto”, entendimiento que ha reiterado el H. Consejo de Estado en varios de sus pronunciamientos.

Reiterando su jurisprudencia, y además acogiendo los criterios hermenéuticos de la Corte Constitucional, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo analizó el alcance del inciso 2º del artículo 565 del Estatuto Tributario en sentencia de 28 de marzo de 2019 con ponencia de la Magistrada Stella Jeannette Carvajal Basto dentro del proceso con radicado interno 22.355, en los siguientes términos:

“Como se observa, para notificar la resolución que resuelve un recurso de reconsideración, se acude de manera principal a la notificación personal y si no es posible surtir la notificación por este medio, se acude a la notificación por edicto de manera subsidiaria.”

En relación con la forma de contar el término contenido en el inciso segundo del artículo 565 del Estatuto Tributario, se advierte que en la sentencia C-929 de 2005, la Corte Constitucional declaró exequible la expresión “contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación” del artículo 565 del Estatuto Tributario, con fundamento en que dicha expresión significa que «el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, cuenta con el término establecido en la norma (diez días), para acudir ante la administración a fin de ser notificado de manera personal o, en su defecto, si no comparece se procederá a la notificación por edicto. Es decir, los términos para la interposición de las acciones correspondientes, comienzan a contarse a partir de la realización de la notificación, y no como lo interpreta el actor, desde el día de la introducción al correo del aviso de citación, el cual tiene precisamente ese efecto, citar al interesado para que se notifique del acto particular que ha resuelto su recurso» /Subrayado del Tribunal/.

El mismo alto tribunal, al abordar el entendimiento que ha de brindarse al inciso 2º del artículo 565 del E.T., ha sido enfático en aclarar que la única actuación que procede a través de correo postal, tratándose de la notificación de actos que deciden recursos, es el envío de la citación para notificación personal, es decir, no puede utilizarse el correo físico para realizar esta notificación o asimilarse el envío de la citación a través de correo postal, a la notificación personal.

En estos términos se pronunció dentro del expediente N° 22.099 el 22 de octubre de 2018, también con ponencia de la Magistrada Carvajal Basto:

“(…) Por consiguiente, en principio, una vez es devuelta por el correo la citación enviada para la notificación personal, la ley autoriza la notificación supletoria¹.

Debe diferenciarse la notificación de la resolución que decide el recurso de reconsideración y el envío de la citación para que el contribuyente tenga conocimiento de la decisión de la administración. Una cosa es la notificación personal del acto que decide el recurso de reconsideración y otra el envío del aviso para surtir esa notificación personal.

El envío del aviso para notificación personal no puede asimilarse a una notificación por correo. En efecto, la notificación por correo solo se aplica para los casos previstos en el inciso 1° del artículo 565 del Estatuto Tributario, mientras que el envío del aviso para notificación personal está previsto en el inciso 2° ibídem y corresponde al medio que utiliza la Administración para que el interesado se acerque a las oficinas de impuestos a fin de darle a conocer de manera personal el contenido de la decisión del recurso² (...)” /Resalta la Sala/.

En este orden de ideas, la notificación de los actos administrativos que deciden recursos en sede tributaria debe sujetarse a los precisos términos del artículo 565 del estatuto en mención, es decir, privilegiando la notificación personal, y sólo en defecto de ella, acudir a la fijación de edicto. De otro lado, atendiendo la claridad que ofrece el texto de la norma y la postura del órgano supremo de esta jurisdicción, la notificación por correo postal

¹ En ese sentido se pronunció la Sala en sentencias del 3 de marzo del 2011, Exp. 17087, M.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; y del 12 de abril de 2012, Exp. 18613, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

² Sentencia de 21 de febrero de 1992, expediente 3767, C.P. Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

únicamente procede en los eventos previstos en el inciso 1º de dicho texto legal, que no es el caso de las decisiones sobre recursos.

En estos términos, en el expediente se halla acreditado que EFIGAS S.A., el veinticinco (25) de julio de 2018, a través de correo electrónico solicitó a la DIAN disponer que la declaración del impuesto de renta para la equidad CREE del año 2016, así como las declaraciones de autorretención mensual de dicho tributo y su sobretasa, no producen efecto legal alguno, petición que fue denegada por la DIAN a través de la Resolución N° 0013 de quince (15) de agosto de 2018, decisión contra la cual procedían los recursos de reposición y apelación /fls. 93-95 cdno. 1/.

A través de la Resolución N° 006 proferida el doce (12) de septiembre de 2018, la DIAN resolvió el recurso de reposición interpuesto por la compañía demandante contra la declaración administrativa recién identificada, confirmándose en su totalidad /fls. 97-102 cdno. 1/.

En los infolios 103 y 104 obra petición presentada por el representante legal de EFIGAS S.A. ante la DIAN el diez (10) de mayo de 2019, con la cual solicita a la accionada, le notifique la Resolución N° 005 de veintinueve (29) de octubre de 2018, en razón a que la sociedad se enteró de la existencia de ese acto administrativo por una mención que se hace de este en otros actos administrativos, sin que la actora hubiera sido debidamente notificada de su contenido.

La DIAN accedió a la petición y entregó a la empresa de servicios públicos demandante, copia auténtica de la Resolución N° 005 de veintinueve (29) de octubre de 2018, con la cual se había decidido el recurso de apelación interpuesto por aquella contra la Resolución N° 0013 de quince (15) de agosto de 2018 /fls. 106-107 cdno ppl/.

Con la copia de dicho acto administrativo, se allegó la constancia de envío de dicho acto administrativo a través de correo postal, con sello de recibido de la compañía accionante el primero (1º) de noviembre de 2018 /fl. 108 fte

cdno 1/; a su vez, al reverso de dicho folio se halla el informe administrativo de la DIAN, en el cual hace constar que la notificación del mencionado acto tuvo lugar por CORREO del 1° de noviembre de 2018.

Ante este panorama, resulta claro para la Sala que la DIAN se separó del procedimiento legal establecido para la notificación de la Resolución N° 005 de veintinueve (29) de octubre de 2018, en la medida que acudió al mecanismo del correo físico o postal, elemento no autorizado por la ley tratándose de un acto administrativo que decidía un recurso, pues en ese caso, en estricta aplicación de las formas previstas en el inciso 2° del multicitado artículo 565 del E.T., la Administración de Impuestos debió practicar la notificación personal del acto, y sólo en defecto de esta, acudir a la fijación de edicto. Lo cierto es que en modo alguno el procedimiento de notificación se satisfacía a través del correo postal en este caso.

Por ende, resulta claro que la DIAN en principio, desconoció el derecho al debido proceso de la actora, al desatender las formas de notificación de los actos administrativos previstas en la ley tributaria; sin embargo, corresponde a la Sala hallar si tal pretermisión realmente tuvo un impacto negativo en la prerrogativa fundamental de la parte actora, atendiendo las circunstancias particulares del caso que acaban de describirse.

Como lo señaló la Sala líneas atrás, se encuentra probado que el diez (10) de mayo de 2019, EFIGAS S.A. solicitó a la DIAN que le fuera noticiada la Resolución N° 005 de veintinueve (29) de octubre de 2018, a través de la entrega de un ejemplar de dicho acto administrativo, pues manifestó que desconocía su contenido y únicamente sabía de su existencia por una mención marginal que de dicha resolución se hacía en otros actos administrativos.

Si bien el Estatuto Tributario no regula la notificación a través de conducta concluyente, el Código de Procedimiento Administrativo sí la contempla en el artículo 72, por cuyo ministerio:

“Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá

efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales” /Resalta el Tribunal/.

A su vez, el Consejo de Estado ha reconocido que si bien la inobservancia de las pautas legales para practicar la notificación de un acto administrativo proferido por la DIAN podría afectar el derecho al debido proceso, ello no obsta para que la irregularidad se subsane si la entidad (entiéndase contribuyente) afectada pudo tener conocimiento del acto y controvertirlo, como ocurre, verbigracia, como cuando opera la notificación por conducta concluyente.

Así lo expuso en reciente sentencia de veintinueve (29) de agosto de 2019, con ponencia del Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez en el expediente N° 23.789:

“(…) En consecuencia, en virtud del artículo 564 del ET y de la providencia que se reitera, la Sala encuentra que la actuación desplegada por la parte demandada no tuvo la virtualidad de poner a la interesada en conocimiento de la resolución objeto del *sub lite*, toda vez que se omitió enviar el acto la dirección procesal informada por la parte actora en la respuesta al pliego de cargos. Así, se encuentra que, tal como lo denuncia la parte actora, la notificación del acto sancionador fue indebida.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe reiterar que tal irregularidad procesal no constituye una transgresión del derecho al debido proceso que, por sí sola, vicie de nulidad la actuación censurada, ya que, en cualquier caso, la parte actora tuvo la oportunidad de conocer el acto y de cuestionar su legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En consecuencia, la Sala toma como fecha de notificación de la resolución sancionadora enjuiciada el día en que se radicó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho *sub lite*, por ser este el momento en que la parte actora manifestó conocer de la

resolución sanción” /Subrayado de la Sala/.

En efecto, la jurisprudencia de esta jurisdicción especializada ha determinado que el desconocimiento de aspectos como el funcionario competente para proferir la decisión, los principios de defensa y contradicción y la observancia de las formas propias de cada juicio, conllevan el desconocimiento del derecho al debido proceso, eso sí, siempre y cuando la irregularidad no sea subsanable. Esta hermenéutica se compagina con aquella según la cual existen vicios formales y sustanciales dentro del procedimiento administrativo tributario, y solo estos últimos, de presentarse, conllevarían a hacer írrita la actuación.

De vieja data lo ha sostenido el supremo tribunal de lo contencioso administrativo, como lo expresó en Sentencia de dieciséis (16) de octubre de 2014 donde fungió como ponente el Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, en el expediente con radicado interno N° 19.611:

“...

No todo desacato de las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico para la expedición de los actos administrativos puede catalogarse como una afectación al debido proceso, de la misma manera que se ha sostenido, que no cualquier irregularidad apareja la nulidad de la decisión. Debe tratarse del desconocimiento de formalidades de índole sustancial que afecten el núcleo esencial del debido proceso y, en especial, el del derecho de defensa”.

En conclusión, frente a este punto, si bien le asiste razón a la parte actora al manifestar la existencia de una irregularidad imputable a la DIAN, que se concretó en la indebida notificación de la Resolución N° 005 de veintinueve (29) de octubre de 2018, el vicio procedimental ha de considerarse subsanado en la medida que la parte actora, al notificarse por conducta concluyente, logró tener pleno conocimiento del acto administrativo en cita y acudir ante

este juez colegiado para someterlo a examen de legalidad, lo que conlleva a concluir que tampoco llegó a concretarse la afectación del núcleo del derecho al debido proceso ni a configurarse una irregularidad de orden sustancial que invalidara la actuación. De este modo, el primero de los cargos planteados no está llamado a salir adelante.

El otro escenario planteado por EFIGAS S.A. como elemento transgresor de su prerrogativa fundamental al debido proceso, se entrelaza con la incompetencia de los servidores públicos que expidieron los actos demandados, en consonancia con la causal de anulación prevista en el artículo 137 inciso 2° de la Ley 1437 de 2011.

El vicio se presenta, según la compañía demandante, porque la DIAN dio inicio a dos (2) procedimientos administrativos paralelos ante igual número de peticiones que hizo la parte actora; la una, tendiente a dejar sin efectos jurídicos la declaración del impuesto CREE de 2016 y su sobretasa; la otra, dirigida a obtener la devolución de lo pagado, en su sentir, de manera indebida por este rubro. A juicio de la accionante, ambas peticiones debieron ser resueltas en un solo acto administrativo proferido por la “Unidad de Recaudo” de la DIAN, previo concepto de la dependencia de fiscalización, y al no haber ocurrido así, los actos demandados se hallan afectados de nulidad por falta de competencia, fuera de transgredir el principio de economía que rige la función administrativa.

En la actualidad, el Decreto 2277 de 2012 *“Por el cual se reglamenta parcialmente el procedimiento de gestión de las devoluciones y compensaciones y se dictan otras disposiciones”*, remite, en el caso de las solicitudes de devolución de sumas no debidas, al procedimiento consagrado para la devolución de saldos a favor ante la DIAN. El artículo 16 de ese ordenamiento prescribe lo siguiente:

“Artículo 11. Término para solicitar la devolución por pagos en exceso. Las solicitudes devolución y/o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro

del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil.

Para el trámite de estas solicitudes, en los aspectos no regulados especialmente, se aplicará el mismo procedimiento establecido para la devolución de los saldos a favor liquidados en las declaraciones tributarias. En todo caso, el término para resolver la solicitud, será el establecido en el artículo 855 del Estatuto Tributario” /subrayado fuera de texto/.

La remisión al procedimiento de devoluciones de saldos en los casos en los que se pretende la recuperación del pago de lo no debido, también se halla prevista en el canon 850 del Estatuto Tributario que prescribe:

“Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor (...)” /Destacado de la Sala/.

Ahora bien, dentro de las disposiciones rectoras de este procedimiento (arts. 850 a 865 del E.T.) no se halla consagrado de manera imperativa un trámite como el que según la sociedad demandante, se debió imprimir a las 2 peticiones que efectuó ante la DIAN, esto es, que en un mismo acto administrativo debieran quedar consignadas las decisiones de la División de Fiscalización sobre la validez de las declaraciones del CREE, y de la División de Recaudo acerca de la procedencia de la devolución de lo pagado por este concepto.

A falta de norma explícita en esa dirección, el cuestionamiento de EFIGÁS S.A. en este aspecto tiene su fundamento en los Conceptos N° 91352 de 2001, 39632 de 2003, 089044 de 2004, 019551 de 2006, 73016 de 2008 proferidos por la DIAN, que fueron aportados con la demanda y que reposan de folios 775 a 789 del cuaderno 1B.

Sobre el particular resulta menester resaltar lo siguiente:

❖ El Concepto N° 091352 de 11 de octubre de 2001 /fls. 775-777 cdno. 1 B/, indica en uno de sus apartados que *‘(...) La investigación en la que se determine la calidad de declarante y por ende si la declaración produce o no efectos jurídicos, se efectuará por la División de Fiscalización previo decreto de una inspección tributaria, cuyos resultados deberá consignar en el acta que se levante y que será puesta a disposición de la División ante la cual se adelanta el proceso de devolución, cobro, etc. De manera que, no hay lugar a la expedición de dos actos administrativos sobre el mismo asunto, sino que la dependencia que adelanta el proceso respectivo, expedirá el pronunciamiento a que haya lugar teniendo en cuenta los resultados de la investigación consignados en el acta de inspección efectuada por la División de Fiscalización’* /Resaltado del Tribunal/.

Es oportuno aludir que dicho concepto fue emitido en el marco de una consulta que hacía alusión al deber de proferir un acto administrativo para suprimir de una cuenta corriente las declaraciones de quienes no se encuentran obligados a declarar, es decir, un tema diverso al que ahora es objeto de pronunciamiento por el Tribunal.

❖ En el Concepto N° 039362 de nueve (9) de julio de 2003, que atañe al entonces vigente impuesto para la seguridad democrática /fls. 778-779 cdno. 1B/, la DIAN expuso que *“...Una vez determinado que quien presentó la declaración no se encontraba obligado a declarar, la División de Fiscalización o la oficina competente deberá pronunciarse sobre su validez, informando a la oficina correspondiente que estaba adelantando el proceso que originó la investigación, para que dentro de la decisión de este se informe de tal hecho*

al contribuyente y se decida el proceso correspondiente, garantizando en todo caso el derecho de defensa del contribuyente”. En análogo sentido se pronunció la administración de impuestos en el Concepto N° 019551 de seis (6) de marzo de 2006 /fl. 782 cdno. 1 B/.

❖ Por su parte, el Concepto N° 089044 de veinte (20) de diciembre de 2004 /fls. 780-781 cdno. 1B/, referido al impuesto de renta, la administración de impuestos reiteró que *“(…) Si el contribuyente pretende hacer valer alguna declaración a pesar de no estar obligado a declarar, la investigación en la que se determine la calidad de declarante y por ende si la declaración produce efectos jurídicos, la efectúa la División de Fiscalización, cuyo resultado es puesto a disposición de la División respectiva que esté adelantando el proceso, la cual expedirá el pronunciamiento del caso teniendo en cuenta los resultados de la investigación (…)”* /Destacado del Tribunal/.

❖ En cuanto a los Conceptos N° 016559 de dieciocho (18) de marzo de 2002, 056878 de nueve (9) de septiembre de 2003 y 073016 de treinta (30) de julio de 2008 /fls. 783-789 cdno. 1 B/, no hay lugar a abordarlos, en la medida que no hacen alusión a este punto del litigio.

En suma, si bien los conceptos jurídicos proferidos por la DIAN tienen un carácter obligatorio restringido para esa entidad a voces del artículo 20 parágrafo del Decreto 4048 de 2008³, y se tienen como un criterio interpretativo interno de las normas tributarias, como lo ha señalado el Consejo de Estado⁴, es del caso destacar, en punto a los conceptos citados, que en modo alguno imponen como criterio diáfano y obligatorio aquel pretendido por la parte actora, que sirve de fundamento a la pretensión de

³ **“PARÁGRAFO.** Los conceptos emitidos por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la Dirección de Gestión Jurídica sobre la interpretación y aplicación de las leyes tributarias, de la legislación aduanera, en materia cambiaria o de derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por entidades públicas del nivel nacional en asuntos de competencia de la Entidad, que sean publicados, constituyen interpretación oficial para los empleados públicos de la DIAN y por ende de su obligatoria observancia”.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2 de marzo de 2015, Sección Cuarta, M.P. Jorge Octavio Ramírez, Radicación número: 11001-03-27-000-2014-00061-00(21249).

nulidad de los actos demandados con base en la supuesta incompetencia funcional de quienes los profirieron.

La principal conclusión que puede extraerse de tales conceptos y que guarda relación con el objeto del litigio, es la competencia de la División de Fiscalización de la DIAN para pronunciarse sobre la validez de las declaraciones tributarias, y sobre la existencia o no del deber formal de declarar, y que una vez esto ocurra, debe poner este pronunciamiento a disposición de la División de Recaudo o aquella que adelante el proceso de devolución de lo no debido; además, que no deben coexistir dos (2) actos administrativos sobre el mismo asunto, entendiéndose, bien sobre la validez de la declaración tributaria, o bien sobre la procedencia de la devolución de lo debido.

Lo anterior se inserta en el contexto de las competencias atribuidas a las diferentes dependencias de la entidad rectora del sistema tributario, y dicho sea de paso, a la actuación de la entidad demandada en el sub lite, según se identifica a continuación.

En cuanto al conocimiento de las solicitudes de devolución de saldos o pago de lo no debido, el artículo 853 del E.T. atribuye la competencia al Jefe de la Unidad de Recaudo o al de Devoluciones, en los siguientes términos:

“Corresponde al Jefe de la Unidad de Devoluciones o de la Unidad de Recaudo encargada de dicha función, proferir los actos para ordenar, rechazar o negar las devoluciones y las compensaciones de los saldos a favor de las declaraciones tributarias o pagos en exceso, de conformidad con lo dispuesto en este título...”.

A su turno, el canon 684 del mismo estatuto establece la función de fiscalización de la entidad, así:

“La Administración Tributaria tiene amplias facultades de fiscalización e investigación para

asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales.

Para tal efecto podrá:

- a. Verificar la exactitud de las declaraciones u otros informes, cuando lo considere necesario (...)"

De acuerdo con este postulado, el Decreto 4048 de 2008 también alude a estas funciones en su artículo 30, que dispuso:

“ARTÍCULO 30. DIRECCIÓN DE GESTIÓN DE FISCALIZACIÓN. Son funciones de la Dirección de Gestión de Fiscalización, además de las dispuestas en el artículo 38 del presente decreto, las siguientes:

1. Dirigir, administrar, supervisar y controlar las acciones de prevención, investigación, penalización, determinación, aplicación y liquidación de los tributos nacionales, los derechos de aduana y comercio exterior y los derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por entidades públicas del nivel nacional, así como la aplicación de las sanciones, multas y demás emolumentos por infracciones a los mismos.

(...) 4. Dirigir la participación en la planeación, ejecución y evaluación de los planes y programas de fiscalización y control destinados a determinar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras, cambiarias y derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por entidades públicas del nivel nacional o que permitan detectar operaciones sospechosas relacionadas con el lavado de activos” /Resalta el Tribunal/.

Como colofón de este punto, las normas del Estatuto Tributario y aquellas que definen la estructura interna de la DIAN, determinan de manera clara las funciones a las que se viene aludiendo, es decir, mientras someten a la competencia de la División de Recaudo la decisión sobre las peticiones de devolución de pagos en exceso o de lo no debido, atribuyen a la División de

Fiscalización la potestad de verificación de la veracidad de los datos consignados en las declaraciones tributarias, así como pronunciarse sobre su validez.

Retomando los pormenores del caso, está acreditado lo siguiente:

(i) El veinticinco (25) de julio de 2018, EFIGAS S.A. formuló dos (2) solicitudes a la DIAN. De un lado, pidió que se reconociera que la declaración del impuesto de renta para la equidad CREE 2016 y las declaraciones de autorretención mensual presentadas en el mismo año, no producen efecto legal alguno. En segundo lugar y como consecuencia de lo primero, pidió que le fuera devuelto lo pagado en forma indebida por esa empresa a título de impuesto CREE y su sobretasa /fls. 214-234, 280-300 cdno ppl; 347-367, 411-431, 475-495, 546-566 cdno 1A, 610-630, 674-694 del cdno 1B/.

(ii) La primera de las peticiones fue negada mediante la Resolución N° 0013 de quince (15) de agosto de 2018, proferida por la Jefe del Grupo Interno de Trabajo de Control a Obligaciones Formales de la División de Gestión de Fiscalización de la DIAN, con la cual negó reconocer que las declaraciones del impuesto CREE de 2016 no producían efecto alguno /fls.93-95 cdno. 1/.

(iii) Luego con la Resolución N° 006 de doce (12) de septiembre de 2018, la misma funcionaria resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 0013 de quince (15) de agosto de 2018, confirmándola en su totalidad /fls. 97-101 cdno. 1/. Lo propio aconteció por medio de la Resolución N° 005 de veintinueve (29) de octubre de la misma anualidad, emanada de la Jefe de la División de Gestión de Fiscalización, que resolvió el recurso de apelación confirmando en todas sus partes la decisión administrativa apelada /fls. 105-107 cdno. 1/.

(iv) De forma paralela, la solicitud de devolución de lo pagado, se dice, de manera indebida, fue resuelta negativamente por la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la DIAN a través de Resoluciones N° 3346, 3347, 3350,

3351, 3352, 3353, 3354 y 3355 de tres (3) de octubre de 2018 /fls. 198-199, 264-265 cdno. 1, 332-341, 396-397, 460-461, 524-525, 595-596 cdno. 1 A, 659-660 cdno. 1B/

(v) Interpuesto el recurso de reconsideración contra las de,claraciones administrativas ya identificadas /fls. 237-261 cdno. 1, 303-327, 370-394, 434-458, 498-522, 569-593 cdno. 1A, 633-657, 697-721 cdno. 1B/, este fue resuelto por el Jefe de la División de Gestión Jurídica de la DIAN a través de las Resoluciones N° 1023620190488, 1023620190449, 1023620190450, 1023620190451, 1023620190452 y 1023620190453, de doce (12) de marzo de 2019, y 102362019001091, 102362019001090, de ocho (8) de julio de 2019 /fls. 201-207, 267-273 cdno. 1, 335-341, 399-405, 463-469, 527-540, 598-604, cdno. 1 A, 662-668 cdno. 1B/.

En conclusión, lejos del criterio que la parte actora prohíja como obligatorio, las normas tributarias no contemplan un procedimiento para tramitar las solicitudes de devolución de sumas no debidas, remitiendo para tal efecto al establecido para la recuperación de saldos a favor.

En todo caso, analizada la actuación administrativa desplegada por la DIAN desde el punto de vista funcional, advierte el Tribunal el apego a las potestades legales y reglamentarias de cada una de las dependencias, en la medida que la División de Fiscalización se pronunció en lo concerniente a la validez de las declaraciones tributarias, al paso que la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas, teniendo en cuenta dicho pronunciamiento, se limitó e ejercer su competencia en cuanto a la solicitud de devolución de las sumas pagadas por el impuesto CREE, la cual también fue despachada de forma negativa.

Por ende, no observa el Tribunal que en el marco de este procedimiento se haya incurrido en vulneración al debido proceso por incompetencia de los servidores públicos que profirieron los actos demandados, por lo que se desestimaré el cargo de nulidad planteado en este sentido.

(II)

**LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR Y PAGAR
EL IMPUESTO CREE DE 2016**

Corresponde por último a esta Sala Plural de Decisión dilucidar en si le asistía obligación a EFIGAS S.A. de declarar y pagar el impuesto de renta para la equidad CREE por el año gravable 2016, o si este deber legal carecía de fundamento por haber sido derogada la norma que creó el mencionado tributo, poco antes de finalizar el año gravable 2016.

El impuesto sobre la renta para la equidad CREE fue concebido en el artículo 20 de la Ley 1607 de 2012, en los siguientes términos:

“Créase, a partir del 1o de enero de 2013, el Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) como el aporte con el que contribuyen las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, en beneficio de los trabajadores, la generación de empleo, y la inversión social en los términos previstos en la presente ley (...).”

El hecho generador del impuesto fue definido en el artículo 21 del mismo esquema disposicional, que a la sazón indicaba:

“El hecho generador del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) lo constituye la obtención de ingresos que sean susceptibles de incrementar el patrimonio de los sujetos pasivos en el año o período gravable, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la presente ley.

Para efectos de este artículo, el período gravable es de un año contado desde el 1o de enero al 31 de diciembre” (...) /Resalta el Tribunal/.

Más adelante, se creó la sobretasa al impuesto sobre la renta para la equidad CREE a través de la Ley 1739 de 2014, que en su artículo 21 disponía en lo pertinente:

“Créase por los periodos gravables 2015, 2016, 2017 y 2018 la sobretasa al impuesto sobre la renta para la equidad (CREE), a cargo de los contribuyentes señalados en el artículo 20 de la Ley 1607 de 2012”.

En cuanto a la forma de recaudo del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 37 de la Ley 1607 de 2012⁵, expidió el Decreto 1828 de 2013, que estableció el sistema de autorretención en el artículo 2°:

“*Autorretención.* A partir del 1° de septiembre de 2013, para efectos del recaudo y administración del impuesto sobre la renta para la equidad - CREE, todos los sujetos pasivos del mismo tendrán la calidad de autorretenedores.

Para tal efecto, la autorretención de este impuesto se liquidará sobre cada pago o abono en cuenta realizado al contribuyente sujeto pasivo de este tributo, de acuerdo con las siguientes actividades económicas y a las siguientes tarifas (...)

Igualmente, el canon 3° del mismo ordenamiento decretal, prescribió que dichas autorretenciones debían declararse y pagarse de manera mensual por los sujetos pasivos del impuesto.

Finalmente, las normas que creaban y regulaban el impuesto sobre la renta para la equidad CREE fueron derogadas por el artículo 376 de la Ley 1819 de

⁵ “El Gobierno Nacional podrá establecer retenciones en la fuente con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), y determinará los porcentajes tomando en cuenta la cuantía de los pagos o abonos y la tarifa del impuesto, así como los cambios legislativos que tengan incidencia en dicha tarifa. El Gobierno Nacional podrá establecer retenciones en la fuente con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), y determinará los porcentajes tomando en cuenta la cuantía de los pagos o abonos y la tarifa del impuesto, así como los cambios legislativos que tengan incidencia en dicha tarifa”.

29 de diciembre de 2016, publicada en el Diario Oficial N° 50.101 de la misma fecha, mandato que se reproduce a continuación:

“VIGENCIAS Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su promulgación, deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y en especial las siguientes: (...)

2. A partir del año gravable 2018, incluido: los numerales 1, 2, 7 y 8 del artículo 207-2 del Estatuto Tributario.

3. De la Ley 1607 de 2012: artículos 17, 20, 21, 22, 22-1, 22-2, 22-3, 22-4, 22-5, 23, 24, 25, 26, 26-1, 27, 28, 29, 33, 37, 165, 176, 186 y 197.

4. De la Ley 1739 de 2014: artículos 21, 22, 23 y 24” (...) /Resaltados del Tribunal/.

La principal confrontación de los extremos procesales en el sub iúdice radica en el alcance de la derogatoria dispuesta en este artículo, pues la parte actora estima que con esta prescripción normativa, su obligación de declarar y pagar el impuesto CREE en el año 2016 no llegó a consolidarse, mientras que para la DIAN, la derogatoria de este impuesto sólo resulta aplicable a partir del año gravable 2017.

En este orden, el canon en cita es categórico al indicar que la norma rige desde su promulgación, y en efecto, como lo aduce la parte actora, la promulgación de una norma ocurre con su inserción en el Diario Oficial, a voces de los artículos 52 y 53 de la Ley 4ª de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal):

“La ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada.

La promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción.

Artículo 53. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los casos siguientes:

1°. Cuando la ley fije el día en que deba principiar a regir, o autorice al Gobierno para fijarlo, en cuyo caso principiará a regir la ley el día señalado (...)" /Destaca el Tribunal/.

Si se tiene en cuenta el contenido de estas normas y la explícita prescripción contenida en el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016, podría deducirse con claridad que ese esquema disposicional entró a regir el veintinueve (29) de diciembre de 2016, fecha en la que fue promulgada en el Diario Oficial (Nº 50.101 de esa misma data, se recuerda).

Otro punto que es menester incluir en el análisis, es que en el caso puntual del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, la obligación tributaria únicamente se causa al finalizar la respectiva vigencia fiscal, como ocurre con todos los impuestos de periodo. Así lo describió el Consejo de Estado al desentrañar la noción de tributos de periodo, aludiendo al de renta y complementarios, que en Sentencia de diecisiete (17) de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, en el expediente identificado con Nº 19.872 se manifestó:

“... la Sala advierte que la violación del inciso tercero del artículo 338 de la Constitución Política, alegada, parte de una interpretación errada del inciso tercero de la norma, que se refiere a los tributos que tienen una base gravable constituida por diferentes hechos gravables acaecidos durante un periodo determinado, como ocurre con el impuesto sobre la renta, en el que los ingresos del año gravable, que empieza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre, se acumulan y luego son depurados mediante la sustracción de los costos, las deducciones y las exenciones, para obtener la base gravable ...” /Subrayado del Tribunal/.

En análogo sentido a lo que ocurre con el impuesto de renta y complementarios, el impuesto sobre la renta para la equidad CREE, como típico impuesto de periodo, se causaba al finalizar el año gravable, que como

lo expresaba con contundencia el artículo 21 inciso 2º de la derogada Ley 1607 de 2012, correspondía al periodo comprendido entre el primero (1º) de enero y el treinta y uno (31) de diciembre de cada año. En este orden, podría interpretarse que como lo sostiene la demandante, la obligación tributaria no se había consolidado al veintinueve (29) de diciembre de 2016, cuando fue promulgada y empezó a tener vigencia la Ley 1819 que derogó el impuesto en mención.

Sin embargo, los mandatos que se han dejado reproducidos también deben entenderse en el marco de los principios que rigen el sistema tributario, específicamente los de legalidad e irretroactividad de las normas sobre tributos consagrados en normas supralegales, como lo son los cánones 338 y 363 de la Carta Política:

“ARTICULO 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

(...) Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

(...) ARTICULO 363. El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.

Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad”.

Así las cosas, atendiendo al mandato superior previsto en el artículo 338 inciso 3º de la Constitución Política, las normas que regulan tributos de periodo, es decir, aquellos cuyo hecho generador tenga lugar durante un lapso determinado, solo serán aplicables a partir del periodo siguiente a la

promulgación de la respectiva disposición normativa. El sentido de esta disposición constitucional también se acompasa con otros elementos de orden sustancial, como el establecimiento de beneficios para el contribuyente y el momento a partir del cual se consolidan las obligaciones tributarias.

Estas situaciones han suscitado pronunciamientos tanto en sede constitucional como en la contenciosa administrativa, en los que se ha decantado el alcance de la aplicación en el tiempo de las normas tributarias, principalmente cuando contienen elementos favorables a los contribuyentes, o cuando se promulgan sin que las situaciones se hayan consolidado.

En la Sentencia C-006 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la Corte Constitucional indicó que el mandato de irretroactividad de las normas sobre tributos representa una novedad sustancial del texto fundamental de 1991 respecto a su similar de 1886, que no lo contemplaba, a tal punto que la jurisprudencia emanada de las altas cortes hasta 1990 avalaba la posibilidad de aplicación retroactiva de tales normas. Así mismo, concluye que a partir de 1991 se elevó a canon constitucional la noción de impuestos de periodo y se introdujeron elementos diáfanos con el único fin de proteger al contribuyente. El pronunciamiento es del siguiente tenor:

“(…) Los principios precedentes constituyen garantías para los contribuyentes que los amparan de un ejercicio abusivo de la soberanía tributaria y de los excesos en que pueda incurrir eventualmente un Estado alcabalero. Por eso señaló la Corte⁶:

“El fundamento jurídico de las aludidas limitaciones al poder del Congreso, las asambleas y los concejos no es otro que el criterio de justicia, preconizado por la Constitución desde su Preámbulo. Como en el caso de la imposición de sanciones, la de tributos requiere la predeterminación de los mismos y de las reglas

⁶. Sentencia C-149 de 22 de Abril de 1993.

exigibles a los contribuyentes a objeto de evitar el abuso del gobernante y de permitir a quienes habrán de pagarlos la planeación de sus propios presupuestos y la proyección de sus actividades tomando en consideración la carga tributaria que les corresponderá asumir por razón de ellas. La persona debe estar preparada para cancelar el impuesto y, por tanto, sufre daño cuando la imposición de gravámenes cubre situaciones o hechos que ya están fuera de su control y previsión. En tal caso, si el no pago del impuesto es castigado, como es normal que ocurra (...), la persona resulta condenada injustamente, lo cual quebranta postulados básicos de todo sistema jurídico".

"Téngase presente el mandato contenido en el artículo 95, numeral 9º, de la Constitución, a cuyo tenor es deber de la persona y del ciudadano contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, pero "dentro de conceptos de justicia y equidad".

3.3. Establecido lo anterior, cabe indagar si las previsiones del inciso tercero del artículo 338 superior que se acaba de examinar se imponen como marco de la conducta legislativa para las regulaciones que suprimen o reducen una obligación tributaria, esto es, si la norma respectiva tiene aplicación a partir del período que sigue después de iniciarse su vigencia, o puede comenzar a regir en forma inmediata.

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular y su criterio constante sobre el tema ha sido, el de que no es aplicable, para estos casos, el inciso 3 del art. 338, por razones de justicia y equidad. Así se expresó⁷:

7. Sentencia C-527 del 10 Octubre de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía

"Si una norma beneficia al contribuyente, evitando que se aumenten sus cargas, en forma general, por razones de justicia y equidad, sí puede aplicarse en el mismo período sin quebrantar el artículo 338 de la Constitución. La prohibición contenida en esta norma está encaminada a impedir que se aumenten las cargas al contribuyente, modificando las regulaciones en relación con períodos vencidos o en curso. La razón de la prohibición es elemental: el que el Estado no pueda modificar la tributación con efectos retroactivos, con perjuicio de los contribuyentes de buena fe".

- Es claro que el objetivo que movió la voluntad del Constituyente al incorporar al cuerpo constitucional la norma en cuestión, fue el de precisar con valor inobjetable todos los elementos que jurídica y técnicamente entran en la formulación de un tributo y que tienen que ver con la asignación de competencias, los factores esenciales que integran la noción y los requisitos y limitaciones a las cuales deben someterse las autoridades para establecer la obligación fiscal. La finalidad que enmarca tal ejercicio, no es otra que la de impedir todo asomo de arbitrariedad fiscalista y proteger los derechos de los contribuyentes.

- Al limitarse en el tiempo la aplicación inmediata de una norma que regula un impuesto de período se busca favorecer al contribuyente, así sea en desmedro del erario, para defender en cierta medida el patrimonio de aquél y otorgarle la elemental oportunidad de que programe el gasto y ordene los medios que le permitan asumir su costo. En eso no hay nada de extravagante ni censurable, y por el contrario, ello responde a finalidades que se adecuan al principio de equidad y al de una justicia tributaria claramente cifrada sobre la realidad social.

Todo lo expuesto lleva a concluir en que el artículo 338 superior constituye ciertamente una regulación exclusivamente dirigida a la imposición de tributos, es decir, al diseño y establecimiento de una carga fiscal, de manera que no es aplicable cuando el legislador pretende, por el contrario, modificar o suprimir tales obligaciones.

Por lo mismo, las normas que derogan tributos o establecen medidas que eximen o disminuyen de tales obligaciones a los contribuyentes, tienen efecto general inmediato y principian a aplicarse a partir de la promulgación de la norma que las establece, salvo, por supuesto, que el legislador expresamente haya establecido reglas específicas para su vigencia”
/Resaltados y negrillas de la Sala/.

Este criterio ha sido reiterado en varias providencias, como la Sentencia C-785 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), en la que además de ratificar la posibilidad de aplicar en un mismo periodo una norma benéfica para el contribuyente, la corte incorporó en su argumentación el concepto de derechos adquiridos a partir de situaciones jurídicas consolidadas. Así razonó en esa oportunidad:

“(…) La irretroactividad de la ley tributaria pretende en esencia salvaguardar el principio de seguridad jurídica. En efecto, el hecho de que la norma tributaria tenga como característica el ser antecedente a la producción de las consecuencias normativas que establece, garantiza que el beneficiario o destinatario de la disposición la conozca, impide que el receptor o receptores de la norma tributaria sean sorprendidos con el gravamen y salvaguarda el principio constitucional de legalidad. Si bien es cierto, el principio es general en relación con la irretroactividad de la ley tributaria, la Corte Constitucional ha entendido que

su aplicación no puede ser absoluta, en aquellos eventos en los cuales se disponen modificaciones que resultan benéficas al contribuyente.

(...) No obstante lo anterior, esta Corporación ha modulado la excepción citada, en el sentido de que la posibilidad de reconocer efectos retroactivos a leyes tributarias está atada a la presencia de situaciones jurídicas consolidadas⁸. Al respecto se indicó que el concepto de derechos adquiridos está intrínsecamente vinculado con la garantía de protección de situaciones jurídicas consolidadas, lo cual a su vez, está relacionado con el principio de irretroactividad de la ley, según el cual los efectos retroactivos de las leyes en materia tributaria no pueden afectar situaciones ya reconocidas y cuyos efectos se hayan dado bajo una legislación anterior, por lo cual este principio prohíbe en materia de tributos que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo que se trate de una disposición favorable para el contribuyente”/Resalta el Tribunal/.

Finalmente, y en aras de ahondar sobre la vigencia de dicho criterio, en la Sentencia C-235 de 2019 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), el tribunal constitucional volvió a aludir a que,

“(...) Este Tribunal ha reiterado que “los efectos producidos por la ley tributaria en el pasado debe respetarlos la ley nueva, es decir, que las situaciones jurídicas consolidadas no pueden ser desconocidas por la ley derogatoria”⁹. Lo expuesto en momento alguno pretende proscribir cualquier tipo de modificación de las leyes tributarias, ni limitar su libertad de configuración

⁸ Sentencia C- 952 de 2007.

⁹ Sentencias C-393 de 1996, C-604 de 2000

legislativa, pues solamente persigue que *“una vez que el legislador ha establecido unas condiciones bajo las cuales los contribuyentes realizan una inversión, hacen una operación, se acogen a unos beneficios, etc., éstas no pueden ser modificadas posteriormente en detrimento de sus intereses, porque la conducta del contribuyente se adecuó a lo previsto en la norma vigente al momento de realizarse el acto correspondiente y de acuerdo con las exigencias por ella previstas”*¹⁰.

Esta regla general no es absoluta y, en tal sentido, la Corte ha aceptado una excepción cuando la norma dispone variaciones favorables al contribuyente¹¹.

(...) Puntualmente, frente a las normas con efectos retroactivos, se ha indicado que *“si una norma beneficia al contribuyente, evitando que se aumenten sus cargas, en forma general, por razones de justicia y equidad, sí puede aplicarse en el mismo periodo sin quebrantar el artículo 338 de la Constitución. La prohibición contenida en esta norma está encaminada a impedir que se aumenten las cargas del contribuyente, modificando las regulaciones en relación con periodos vencidos o en curso. La razón de la prohibición es elemental: El que el Estado no pueda modificar la tributación con efectos retroactivos, con perjuicio de los contribuyentes de buena fe”*¹² /Destacados son del Tribunal/.

Por otra parte, el mandato de irretroactividad de la ley tributaria y sus efectos en el tiempo también han sido elementos fundantes de la jurisprudencia construida en sede contenciosa administrativa. Sin embargo, el Consejo de Estado aun cuando reconoce la existencia de los

¹⁰ Sentencias C-604 de 2000 y C-809 de 2007, entre otras.

¹¹ Sentencia C-785 de 2012.

¹² Sentencia C-527 de 1996.

pronunciamientos constitucionales sobre la materia, ha desarrollado el tema utilizando parámetros más estrictos, y haciendo una interpretación menos flexible de la aplicación de normas tributarias favorables.

De los pronunciamientos más recientes, el Tribunal trae a colación el proferido por la Sección Cuarta el veintitrés (23) de noviembre de 2018, con ponencia de la Magistrada Stella Jeannete Carvajal Basto en el expediente identificado con número interno 22.392. En esa oportunidad, en lo que atañe al presente litigio, el órgano de cierre hizo hincapié en la posibilidad de aplicación retroactiva de normas tributarias a hechos ocurridos en el periodo que se encuentre en curso al momento de su promulgación, limitando esta opción a que el legislador así lo determine expresamente. De otro lado, circunscribió la existencia de la favorabilidad en materia tributaria únicamente al ámbito sancionatorio y no al sustancial.

El pronunciamiento es del siguiente tenor:

“(…) Debe tenerse en cuenta que el principio constitucional de legalidad tributaria, expresión del principio de representación popular y forma material del de predeterminación de los tributos, así como los postulados de distribución de las cargas públicas, sostenibilidad fiscal y separación de poderes, y la trascendencia social y económica de las razones que orientan las políticas fiscales sobre regulación de tributos de periodo, permiten resaltar que el llamado a determinar los efectos en el tiempo de ese tipo de regulaciones es el legislador, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 150 (num. 12) de la CP, en concordancia con el artículo 11 del CC. Lo anterior permite concluir que, en tratándose de situaciones jurídicas no consolidadas en impuestos de periodo, es dable la aplicación de normas tributarias benéficas para el contribuyente, en forma inmediata, si así lo establece el legislador. En sentido contrario, si el legislador no lo prevé, se aplica el

principio general de irretroactividad de la ley en materia tributaria respecto de impuestos de periodo.

(...) Así, no se discute en el ordenamiento fiscal actual un criterio de retroactividad in bonus o in bonam parte, a merced del cual las “disposiciones sancionatorias” más favorables pueden aplicarse retroactivamente, con base en la autorización legal dada por las reformas tributarias de los años 2012 (Ley 1607, art. 197) y 2016 (Ley 1819, art. 282) para aplicar normas tributarias posteriores permisivas o favorables, en cuanto tales leyes así lo dispusieron. En ese orden y comoquiera que la tesis jurídica del concepto acusado coincide con lo ya expuesto, en cuanto señaló que en derecho tributario el principio de favorabilidad solo es predicable en materia sancionatoria y que la modificación legal de alguno de los elementos constitutivos de un impuesto de periodo, en aras de los principios de legalidad e irretroactividad, solo es aplicable a partir del periodo fiscal siguiente a la fecha de su promulgación, que precisa la Sala es la regla general, se negarán las pretensiones de la demanda. No obstante lo anterior, en tratándose de situaciones jurídicas no consolidadas en impuestos de periodo, es dable la aplicación de normas tributarias benéficas para el contribuyente, en forma inmediata, si así lo establece el legislador” /Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, el Tribunal estima hacer alusión, de manera principal, a la Sentencia proferida por la misma sección el veintisiete (27) de junio de 2019 dentro del expediente N° 22.421, con ponencia del magistrado Julio Roberto Piza Rodríguez. De un lado, porque constituye el antecedente más reciente, además de referirse de manera puntual y concreta a la interpretación que debe darse al inciso 3° del artículo 338 constitucional, cuando se trata de impuestos de periodo y la derogatoria ocurre antes de consolidarse la obligación tributaria.

En dicha providencia, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo hace un análisis pormenorizado de los pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional a los que se ha hecho alusión a lo largo de este pronunciamiento, reconociendo que si bien esa corporación hizo referencia a la aplicación inmediata de las normas beneficiosas a los contribuyentes tratándose de impuestos de periodo, esa postura no constituye precedente judicial sobre el particular, pues se trata de un dicho de paso (*obiter dictum*) y no de la razón principal de dichas decisiones (*ratio decidendi*).

Así mismo, llama la atención sobre la claridad que ofrece el canon constitucional acerca de la entrada en vigencia de las normas tributarias, el cual no está llamado a generar confusiones o interpretaciones diferentes, para finalmente reiterar que sólo el Congreso de la República puede modular de manera expresa los efectos temporales de la ley tributaria, y que la favorabilidad sólo se halla concebida en materia de impuestos, tratándose del régimen sancionatorio.

Sobre lo anterior, se reproduce en lo pertinente la sentencia en mención al referirse sobre los artículos 338 y 363 constitucionales:

(...) Basta leerlas para comprender el mandato que incorporan. Tienen la pretensión de automatizar el examen constitucional de las decisiones legislativas que dotan de efectos retroactivos a las normas tributarias, zanjando toda duda acerca de la inadmisibilidad de las posibles formas de retroacción que pudieran presentarse; deslegitiman, con una regla apriorística, cualquier ejercicio de ponderación que se plantee entre seguridad jurídica y libertad de configuración normativa tributaria, pues siempre primará aquella sobre esta.

(...) Por esas circunstancias, no cabe entender que lo afirmado por la Corte Constitucional en esa providencia en el sentido de que «las derogaciones tributarias, cuando benefician al contribuyente, tienen efecto general

inmediato y, por tanto, principian a aplicarse a partir de su promulgación, a menos que el legislador, de manera expresa, advierta lo contrario», representa la expresión de las conclusiones de un análisis completo, depurado, reflexivo, deseado, general y válido para todos los casos sobre los efectos que tienen en el tiempo las normas derogadoras de tributos. Aunque altilocuo (*grandilocuente*, anota el Tribunal), se trata de un argumento accidental, de un *obiter dictum* que no constituye un criterio de decisión de casos siguientes, pues se dijo solo para superar la eventual desigualdad de una norma que había derogado una deducción tributaria. 8- Con todo, a lo largo de los años la reiterada cita descontextualizada del párrafo transcrito de la sentencia C-185 de 1997 llevó a entender que la Corte Constitucional estableció la «*favorabilidad*» como un criterio de aplicación de las normas tributarias en el tiempo. La conclusión es desacertada por varios motivos. El más relevante es que el juicio no se siguió sobre una norma adversa a los intereses de los contribuyentes, de modo que nada de lo que se haya manifestado en la sentencia sobre aplicación de las normas beneficiosas tiene el alcance de *ratio decidendi*.

(...).En toda regla, esa sentencia C-063 de 1998 (no contemplada por los demandantes) representó un caso de *overruling* o cambio de precedente, pues se moduló la fuerza vinculante de las consideraciones planteadas a partir de la sentencia C-185 de 1997, toda vez que el propio tribunal encontró que se habían afirmado de forma muy amplia y requería precisar que la derogatoria de tributos en ningún caso podría tener efectos retroactivos (impropios), a menos de que lo señalara expresamente el legislador. La segunda razón obedece a que las proclamaciones hechas en la sentencia C-006 de 1998 confrontan axiológicamente el sistema constitucional

colombiano porque contrarían el ordinal 1.º del artículo 150 de la Constitución, que fija como competencia privativa del legislador derogar las leyes que componen el ordenamiento, y porque instauran un prejuicio interpretativo cuyo razonamiento de base es una equiparación entre las normas punitivas y las impositivas, desatendiendo que unas y otras responden a justificaciones y bases teóricas diversas. 10.2- En efecto, la única circunstancia para la que se prevé la «favorabilidad» o «retroactividad in bonus» es la consagrada en el artículo 29 constitucional, por medio del cual se fijan los criterios de aplicación de las normas en las cuales el Estado ejerce el *ius puniendi*.

(...) El fundamento de esa «favorabilidad» o «retroactividad in bonus» está ligado a los fines que justifican la imposición de sanciones o penas. No se trata de una regla contemplada para resolver conflictos relacionados con la eficacia temporal de dos normas respecto de las cuales se encuentra plenamente definido el momento de inicio de su vigencia, sino de una regla de valoración sobre el reproche atribuible a una conducta cuando la ley que establecía su desvalor para la época en que fue realizada cede por cuenta de una posterior decisión legislativa que disminuye o elimina por completo el reproche punitivo que se le venía otorgando a la acción. Esa categoría de conceptos para definir las normas aplicables a un caso no es trasladable desde el ámbito penal al tributario, pues delitos y tributos no son instituciones conmutables. El desvalor de los primeros, que propicia el correspondiente nivel de reproche, de ninguna manera está presente en los segundos, que constituyen una realización del principio de solidaridad dirigido a brindarle al Estado los medios financieros con los cuales atender las tareas que le han sido asignadas constitucional y legalmente.

(...) - En resumidas cuentas, esta Sala juzga que, por las razones arriba expuestas con detalle, no existe el precedente jurisprudencial alegado en la acusación. Así las cosas, ni de la Constitución, ni de la ley, ni de la jurisprudencia vigente, surge el principio de favorabilidad como un mandato que imponga la forzosa aplicación inmediata de las normas que modifican de manera beneficiosa los elementos de los tributos de periodo. Por esa razón, no entraña ninguna ilegalidad el acto acusado pues, tanto en la tesis que afirma como en el análisis jurídico que realiza, deja en claro que en el ámbito tributario la «favorabilidad» no representa un precepto que habilite al destinatario de la norma a plantear la aplicación de la disposición novedosa antes de que inicie su vigencia, a partir de ejercicios interpretativos sobre el favor o desfavor que conlleva (...) /Los resaltados no son del texto original/.

En conclusión, en armonía con la postura asumida por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo y las reglas hermenéuticas introducidas por vía jurisprudencial, si bien le asiste razón a la parte actora al afirmar que de manera genérica el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016 estableció que esta norma regía a partir de su promulgación, que tuvo lugar el veintinueve (29) de diciembre de ese año, y con ello habría lugar a concluir que su entrada en vigor tuvo lugar desde esa data, mal podría otorgarse a ese mandato una intelección diferente o contraria a la que de manera categórica impone el precepto supralegal consagrado en el artículo 338 inciso 3º de la Carta Política.

Como ya se anotó, el impuesto de renta para la equidad CREE creado por la Ley 1607 de 2012 constituía sin lugar a dudas un impuesto de periodo, por lo que las normas que lo modificaron o aquella que finalmente lo derogó, únicamente entraban en vigencia a partir del periodo siguiente a aquel en que fue promulgada la norma, se itera, por expreso y categórico mandato

constitucional, atendiendo de manera adecuada el postulado de supremacía del texto fundamental (art. 4 C.P.).

De otro lado, expresa la sociedad demandante que la obligación de declarar y pagar el impuesto CREE de 2016 solo se consolidaba el treinta (31) de diciembre de ese año, atendiendo a su carácter periódico y a lo previsto en el artículo 22 de la derogada Ley 1607 de 2012. Aun cuando esa aseveración es veraz, también lo es que contrasta con la verdadera fecha en la que la norma derogatoria se incorporó al ordenamiento jurídico, que como ya se anotó, corresponde al periodo siguiente, es decir, el año gravable 2017, cuando la obligación tributaria ya se había causado y tenía pleno fundamento jurídico.

Finalmente, la parte actora acude a la favorabilidad como elemento que a su juicio, permitiría entender que la derogatoria del impuesto CREE operó inmediatamente promulgada la Ley 1819 de 2016, sin violentar el ordenamiento superior, es decir, que ese tributo quedó derogado el a partir de ese momento.

Frente a este punto, la postura jurisprudencial vigente de esta jurisdicción especializada resulta enfática al restringir la aplicación de la favorabilidad en el ámbito tributario a los procesos sancionatorios, proscribiendo de manera explícita su utilización para definir, por vía de interpretación, la fecha de entrada en vigencia de las normas, o la aplicación de estas de manera anticipada por vía retrospectiva o de ‘retroactividad impropia’¹³, potestad que itera, corresponde de manera exclusiva al legislativo.

Lo anterior, dados los ribetes conceptuales de la favorabilidad en el marco del poder punitivo estatal, y la imposibilidad de asimilarlos a una figura tan diferente como los elementos sustanciales del tributo, así como el carácter

¹³ Dijo el Consejo de Estado en la última de las sentencias aludidas “Con el ánimo de obviar esa clase de discusiones y para cerrarle puertas tanto a la retroactividad propia (*i.e.* la producida cuando las nuevas disposiciones regulan supuestos de hecho de periodos ya concluidos), como a la retroactividad impropia (*i.e.* la que tiene lugar cuando las nuevas normas inciden sobre hechos imponderables que se están desarrollando en el periodo gravable en curso), nuestra Constitución adoptó reglas estrictas sobre la materia.”

de orden público y de interés general que subyacen al concepto de impuesto, como ya lo avizoraba la Corte Constitucional en la Sentencia C- 235 de 2019, citada líneas atrás.

En este orden, ninguna prescripción explícita adoptó el legislador en el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016 sobre el momento a partir del cual entraba a regir la derogatoria del impuesto CREE, como sí lo hizo con otras normas del mismo texto legal, por lo que ha de entenderse que dicha derogatoria se ciñe a la regla constitucional multicitada, prevista en el artículo 338 inciso 3º Superior y, en consecuencia, solo estaba llamada a producir efectos en el periodo siguiente, el año gravable 2017.

Así mismo, al abordar un problema jurídico afín al que ahora ocupa la atención del Tribunal, el Consejo de Estado determinó que las menciones que de manera marginal se hacen en algunas sentencias de constitucionalidad, no devienen en regla que de manera imperativa dispongan la aplicación inmediata de normas benéficas tratándose de impuestos de periodo, por el contrario, estima suficientemente claro y contundente el precepto constitucional que cierra la puerta a esta interpretación, la cual contradice de manera directa el viraje que le dio el constituyente al sistema tributario a partir del 1991, específicamente con la introducción del mandato de irretroactividad.

Colofón de lo expuesto, la declaración y pago del impuesto sobre la renta para la equidad CREE de 2016 efectuados por EFIGAS S.A., así como las declaraciones de autorretención de ese periodo gravable, contaban con una causa jurídica válida, que residía en los mandatos de la Ley 1607 de 2012, que aunque fue derogada posteriormente por la Ley 1819 de 2016, desaparición del ordenamiento jurídico sólo operaba a partir de la vigencia fiscal siguiente, atendiendo que se trataba de un impuesto de periodo.

Todo lo expuesto, fuerza por modo, a denegar las pretensiones de la parte nulidisciente.

COSTAS.

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437/11, se condenará en costas a la parte demandante.

Como agencias en derecho, se fija la suma de CIENTO DOCE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS TREINTA PESOS (\$112' 748.730 m/cte) a cargo de la parte actora y a favor de la demandada, equivalente al 3% de lo pretendido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° del Acuerdo PSAA-16-10554 de cinco (5) de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Por lo discurrido, es que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la parte actora, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la sociedad **EFIGAS S.A.**, contra la **UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN**.

COSTAS a cargo de la parte actora, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.

FÍJASE como agencias en derecho la suma de CIENTO DOCE MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS TREINTA PESOS (\$112' 748.730 m/cte) a cargo de la parte actora y a favor de la demandada, equivalente al 3% de lo pretendido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° del Acuerdo PSAA-16-10554 de cinco (5) de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 070 de 2020.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 184 de fecha 15 de Diciembre de 2020.

Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, with a long vertical stroke extending downwards from the center.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020).

A.I. 285

Radicado: 17001-23-33-000-2020-00040-00
Naturaleza: Protección de los Derechos e Intereses Colectivos
Demandante: Beatriz Elena Jaramillo y Otros
Demandados: Municipio de Manizales y otros

ANTECEDENTES:

La demanda de Protección de Derechos e Intereses Colectivos fue interpuesta por **Beatriz Elena Jaramillo y otros** contra el **Municipio de Manizales y otros**; después de notificado el auto admisorio, las entidades demandadas contestaron la demanda y formularon excepciones.

CONSIDERACIONES:

Respecto a la forma como inicia el término de traslado de la demanda el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del CGP, prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 199. Modificado. Ley 1564 de 2012, art. 612.- Notificación personal del auto admisorio y del mandamiento de pago a entidades públicas, al Ministerio Público, a personas privadas que ejerzan funciones públicas y a particulares que deban estar inscritos en el registro mercantil.

(...) las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la secretaría a disposición del notificado y el traslado o los términos que conceda el auto notificado, sólo comenzarán a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación. Deberá remitirse de manera inmediata y a través del servicio postal autorizado, copia de la demanda, de sus anexos y del auto admisorio, sin perjuicio de las copias que deban quedar en el expediente a su disposición de conformidad con lo establecido en este inciso. (...)”

De la norma citada se puede concluir: 1) Se supedita el cómputo del término del traslado de la demanda a que sean notificados todos los demandados; 2) El término de traslado es común y 3) El trámite procesal se suspende por el término de 25 días.

Ahora bien, el artículo 22 de la Ley 472 de 1998, consagra el traslado de la demanda de la siguiente forma: *“En el auto admisorio de la demanda el juez ordenará su traslado al demandado por el término de diez (10) días para contestarla. También dispondrá informarle que la decisión será proferida dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del término de traslado y que tiene derecho a solicitar la práctica de pruebas con la contestación de la demanda. Si hubiere varios demandados, podrán designar un representante común.”*

La anterior norma es clara en establecer que, **el término de traslado de la demanda es de 10 días**, y que dentro de dicho término la parte demandada tiene la carga procesal de contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas.

En el presente asunto, el término de traslado transcurrió desde el 19 de febrero al 20 de agosto de 2020¹. Ahora bien, según las constancias de radicación visibles a folios 39, 59 y 76 del cuaderno principal, Aguas de Manizales, Invama y municipio de Manizales, respectivamente, dieron contestación dentro del término de traslado, razón por la cual se tendrá por contestada la demanda.

Ahora bien, según la constancia secretarial que antecede esta providencia Corpocaldas no contestó la demanda.

En consecuencia, resulta procedente continuar con la etapa procesal que corresponde, esto es, la audiencia especial de pacto de cumplimiento, establecida en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

1. Tener por **CONTESTADA** la demanda por parte de **Aguas de Manizales, Invama y municipio de Manizales**.
2. Tener por **NO CONTESTADA** la demanda por parte de **Corpocaldas**.
3. **Fijar** fecha para audiencia especial de pacto de cumplimiento, para el día **17 de febrero de 2021, a partir de las 9:00 am**, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 472 de 1998.
4. Se requiere a los apoderados de las entidades demandadas, así como el actor popular informar los correos electrónicos y números telefónicos, previamente a la celebración de la audiencia al correo: sgtadmincl@ntificacionesrj.gov.co, para enviarles el enlace del aplicativo a través del cual se realizará la audiencia.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VÍVAS
Magistrado

¹ los términos anteriores se corrieron teniendo en cuenta los días de suspensión de términos ordenados por el Consejo Superior de la Judicatura debido a la pandemia Mundial denominada por la OMS Covid-19

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020).

A.I. 288

Radicado: 170012333000-2020-00171-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandantes: Libardo Giraldo Giraldo
Demandados: Municipio de Manizales

I. Antecedentes

Mediante memorial radicado el 29 de octubre de 2020 el municipio de Manizales, presentó llamamiento en garantía con el fin que fueran vinculados al presente proceso los rectores y miembros del consejo directivo de la Institución Educativa María Goretti.

En cuanto al fundamento de los llamamientos se señaló la Ley 715 de 2001 que creó los Fondos de Servicios Educativos y el Decreto 4791 de 2008, que disponen que *“la administración y ejecución de estos recursos por parte de las autoridades del establecimiento educativo, es autónoma”* y su administración se encuentra en cabeza del rector o director rural en coordinación con el Consejo Directivo del establecimiento educativo.

Que además la Ley 715 de 2001 contempla la prohibición expresa para quienes administran los fondos de servicios educativos de atender con cargo a sus recursos, gastos inherentes a personal. Del mismo modo el artículo 13 de la misma ley 715 de 2001, que afirma que son los rectores y el Consejo Directivo responden por los actos y contratos celebrados por fuera de las potestades que le han sido otorgadas para administrar los fondos de servicios educativos.

II. Consideraciones

El artículo 225 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA- establece la posibilidad del llamamiento en garantía en los procesos contenciosos administrativos, al igual que determina los requisitos que debe contener la solicitud de la siguiente manera:

“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.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

- 1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.*
- 2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.*
- 3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.*
- 4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales...”.*

Respecto a la oportunidad para formular la solicitud de llamamiento en garantía el artículo 172 del CPACA dispone:

“ARTÍCULO 172. TRASLADO DE LA DEMANDA. De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvencción.

De conformidad con lo anterior, se tiene que la formulación de los llamamientos en garantía fue oportuna, sumado a que resulta diáfano que fueron acreditados los requisitos de ley arriba señalados, de tal manera habrán de admitirse.

En cuanto a la notificación de los llamados en garantía, se dispondrá notificar personalmente en la forma prevista en el artículo 8 del Decreto 806 de 2020. Y respecto de quienes la llamante afirma no conocer su dirección física, electrónica o cualquier otro dato de contacto, se dispondrá su emplazamiento de conformidad con el artículo 108 del Código General del Proceso y 10 del Decreto 806 de 2020.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero: Admitir el llamamiento en garantía formulado por el municipio de Manizales frente a los rectores y miembros del consejo directivo de la Institución Educativa María Goretti, así:

- Rectores:

Olga Adíela Gutiérrez; Lisímaco Hincapié A; María Marta; Ibeth Julieta Moncada P. y Nancy Stella Grisales García.

.- Miembros Consejo Directivo:

Nombre	Estamento		
Aleyda Quintero Valencia	Rectora		
María Eugenia Rodríguez	Docente		
Luz Marina Duque	Docente		
Adriana Castaño	Padres Familia		
Lucía Rivas	Estudiantes		
Daniel Jiménez	Estudiantes		
María Alejandra Gallo	Egresados		
Nidia Vallejo	Sector Productivo		
2011			
Nombre	Estamento		
Carlos Alberto Morales	Rector		
Adalberto Molina	Docente		
Luz Marina Duque	Docente		
José Felipe Galindo	Estudiante		
2012			
Nombre	Estamento		
Carlos Alberto Morales	Rector		
Adalberto Molina	Docente		
Yaneth Cardona López	Docente		
Jhon Jairo Molina	Padres Familia		
Juan Camilo Orlas Aristizábal	Egresado		
Faisulier Vallejo Hurtado	Estudiante		
Nilsa Morales	Padres Familia		
2013			
Nombre	Estamento		
Ibeth Julieta Moncada Pineda	Rectora		
Adalberto Molina	Docente		
María Otilia Marín Bedoya	Docente		
Diego Alejandro Cortés	Estudiante		
Leidy Lorena Molano	Egresada		
Consuelo Valencia	Sector Productivo		
Luis Alberto Candelo Muñoz	Padres Familia		
Álvaro Pérez Castellanos	Padres Familia		
2014			
Nombre	Estamento		
Ibeth Julieta Moncada Pineda	Rectora		
Carolina Salgado Duque	Padres De Familia		
Martha Lucia Ospina	Padres De Familia		
Luz Amanda Jaramillo	Docentes		
María Cenelia Cifuentes	Docentes		
Yesica López	Estudiantes		
Leidy Lorena Molano	Egresada		
Alba Miryam Patiño	Sector Productivo		
2015			
Nombre	Estamento		
Ibeth Julieta Moncada Pineda	Rectora		
Carolina Salgado Duque	Padres De Familia		
Hugo Fernando Tangarife	Padres De Familia		

Alba Miryam Patiño	Sector Productivo		
Mariluz Sánchez	Egresados		
Paola Andrea Molano Giraldo	Estudiante		
Robinson Alvarado Giraldo	Docente		
Marta Elena Galvis	Docente		
2016			
Nombre	Estamento		
Ibeth Julieta Moncada Pineda	Rectora		
María Beatriz Carvajal Patiño	Padres De Familia		
Magnolia Amparo Oliveros	Padres De Familia		
Alba Miryam Patiño	Sector Productivo		
Paola Andrea Molano Giraldo	Egresados		
Robinson Alvarado Giraldo	Docente		
María Cenelia Cifuentes	Docentes		
Richard Pirazán Osorio	Estudiante		
2017			
Nombre	Estamento		
Nancy Stella Grisales García	Rectora		
Gloria Inés Marín Cancelado	Docente		
Jorge Alberto Idárraga Orozco	Docente		
Sorangela Hernández Ramírez	Padres De Familia		
Julieth Delgado Hurtado	Padres De Familia		
Alba Miryam Patiño	Sector Productivo		
Juan Manuel Galindo Robledo	Estudiantes		
Richard Pirazán Osorio	Egresado		

Segundo: Notificar personalmente la admisión del llamamiento en garantía, en la forma prevista en el artículo 8 del Decreto 806 de 2020, a las personas respecto de las cuales se informó la dirección física o electrónica o número telefónico. Y emplazar a las demás personas de conformidad con el artículo 108 del Código General del Proceso y 10 del Decreto 806 de 2020:

Nombre	Teléfono	Correo Electrónico	Dirección
Aleyda Quintero Valencia	3108902651 3217017452	aley.qui@hotmail.com	Carrera 16 63-27 La Toscana
Juan Camilo Orlas Aristizábal	8706011 8784292	camilo-08-23@hotmail.com	
Carlos Alberto Morales	3104101213	carlosalbertomoralesgir@gmail.com	Calle 67 N 28b-36 Edificio Bosques De Cantabria Apto 501A
Ibeth Julieta Moncada Pineda	3122978917	ibethjulietam19@hotmail.com	Carrera 24 A 3-37
Nancy Stella Grisales García	3012417630 302417630 8706278	iruralmariagoretti@gmail.com	Carrera 71 27-42 Apto 417
Yaneth Cardona López	3126810535	janakardona@gmail.com	
Jorge Alberto Idárraga Orozco	3178364533	jorgeidarraga@gmail.com	

Gloria Inés Marín Cancelado	3116099610	kaa27polaca@gmail.com	
María Cenia Cifuentes	3006349458	maccifuentes9@hotmail.com	
María Eugenia Rodríguez	3206404628	mariae_969@hotmail.com	
Julieth Delgado Hurtado	3117981624	mariagiomaravd@gmail.com	
Marta Elena Galvis	3136953763	marta.galvis@hotmail.com	
Robinson Alvarado Giraldo	3116444899	robinson_0512@hotmail.com	
Hugo Fernando Tangarife	3007877181		
Sorangela Hernández Ramírez	3104218145		Bajo tablazo, detrás del colegio
Mariluz Sánchez	3105929693		
Alba Miryam Patiño	3108382368		Vereda Hoyo Frio
Luis Alberto Candelo Muñoz	3113544146		
Diego Alejandro Cortés	3113787846		
Adalberto Molina	3127765891		
María Beatriz Carvajal Patiño	3128491707		
Magnolia Amparo Oliveros	3145140827		
Richard Pirazán Osorio	3145744253		
María Otilia Marín Bedoya	3147454407		
Álvaro Pérez Castellanos	3215368800		
Jhon Jairo Molina	3116110010 8703100		
Paola Andrea Molano Giraldo	3145109816 3146464184		
Carolina Salgado Duque	3184628036 8706296		
Faisulier Vallejo Hurtado	3218814236 8706222		
Adriana Castaño			
Consuelo Valencia			
Daniel Jiménez			
José Felipe Galindo			
Juan Manuel Galindo Robledo			
Leidy Lorena Molano			
Lucía Rivas			
Luz Amanda Jaramillo			

Luz Marina Duque			
María Alejandra Gallo			
Martha Lucia Ospina			
Nidia Vallejo			
Nilsa Morales			
Yesica López			
Olga Adíela Gutiérrez			
Lisímaco Hincapié A			

La notificación personal se entenderá realizada una vez transcurridos dos días hábiles siguientes al envío del mensaje, momento a partir del cual los llamados en garantía contarán con el término de quince (15) días para contestar el llamamiento, proponer excepciones y solicitar pruebas a que haya lugar (art. 225 inc. 2).

Tercero: Reconocer personería para actuar como apoderada del municipio de Manizales, a la abogada, Gloria Yaneth Osorio Pinilla, identificada con cédula de ciudadanía No. 30.402.413 de Manizales y tarjeta profesional No. 257.149 del C.S.J.

Cuarto: De conformidad con el artículo 78 del C.G.P. se **insta** a las partes para que en el término de ejecutoria de esta providencia, alleguen las piezas procesales que se encuentren en su poder en medio magnético en formato PDF al buzón de correo sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

ACTA DE AUDIENCIA INICIAL
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, catorce (14) de diciembre del año dos mil veinte (2020)

A.I.: 286

Radicado: 17001-23-33-000-2020-00223-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Cénida Cortés Montoya
Demandados: Nación-Ministerio de Educación-Fomag.

Procede el Despacho Sustanciador de conformidad con lo establecido el artículo 13 de Decreto 813 de 2020 *“Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, a resolver a cerca de la procedencia de correr traslado para alegar, previo a las siguientes consideraciones.

1.- Saneamiento:

Analizadas las etapas previamente adelantadas dentro del asunto, no se observa algún vicio o situación que deba ser objeto de saneamiento.

De tal suerte que ejecutoriada esta actuación, mientras no se trate de situaciones presentadas con posterioridad, no se podrá alegar vicio alguno respecto de las actuaciones surtidas.

2.- Resolución de Excepciones Previas:

Teniendo en cuenta de una parte, que el Ministerio de Educación no planteó excepciones previas, y de otra, que el Tribunal no encuentra configurada alguna de las excepciones artículo 180 numeral 6 del CPACA, es necesario indicar que los medios exceptivos planteados corresponden al fondo del asunto y serán resueltos en la sentencia que se profiera.

3.- Decreto De Pruebas:

➤ **Parte Demandante**

Documentales:

Se decretan y se apreciarán por su valor legal al momento de proferir sentencia los documentos aportados con la demanda, visibles en el archivo PDF “04Demanda” del expediente digital.

No realizó solicitud especial de práctica de pruebas.

➤ **Parte Demandada**

No aportó documentos que pretenda hacer valer como pruebas.

En cuanto a la solicitud de oficiar al ente empleador, para que indique desde qué fecha la actora se encuentra realizando aportes al sistema de seguridad social en pensión y a que Fondo Pensional fueron efectuados los mismos, se niega la misma, toda vez que, dicha información reposa en el expediente digital, en documentación aportada con la demanda.

4.- Traslado Alegatos:

De conformidad con lo establecido en el ordinal primero, artículo 13 del Decreto 806 de 2020, se corre traslado a las partes para la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes a esta providencia, ello según lo dispuesto en el artículo 181 del CPACA.

Por lo expuesto el Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve:

Primero: Declarar saneado el proceso.

Segundo: Incorporar como prueba hasta donde la Ley lo permita, los documentos aportados con la demanda, visibles en el archivo PDF "04Demanda" del expediente digital.

Tercero: Negar la solicitud probatoria de la parte demandada.

Cuarto: Correr traslado a las partes y al Ministerio Público para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión y concepto respectivamente, dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento de la ejecutoria de providencia, ello según lo dispuesto en el artículo 181 del CPACA, los cuales deberán ser allegados al correo: sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co.

Quinto: Reconocer personería para actuar como apoderado de la parte demandada, al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, identificado con tarjeta profesional No. 250.292 del C.S.J.; así mismo, se acepta la sustitución del poder y se reconoce personería para actuar en nombre de la entidad demandada a la abogada Ana María Manrique Palacios, quien se identifica con tarjeta profesional No. 293.235 del C.S.J.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020).

A.I. 287

Radicado: 17001-23-33-000-2020-00231-00
Naturaleza: Protección de los Derechos e Intereses Colectivos
Demandante: Personería de Chinchiná
Demandados: Corpocaldas y otros

ANTECEDENTES:

La demanda de Protección de Derechos e Intereses Colectivos fue interpuesta por la **Personería del municipio de Chinchiná** contra el **Corpocaldas y otros**; después de notificado el auto admisorio, las entidades demandadas contestaron la demanda, así como el señor Jorge Hernando Hoyos y formularon excepciones.

CONSIDERACIONES:

Respecto a la forma como inicia el término de traslado de la demanda el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del CGP, prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO 199. Modificado. Ley 1564 de 2012, art. 612.- Notificación personal del auto admisorio y del mandamiento de pago a entidades públicas, al Ministerio Público, a personas privadas que ejerzan funciones públicas y a particulares que deban estar inscritos en el registro mercantil.

(...) las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la secretaría a disposición del notificado y el traslado o los términos que conceda el auto notificado, sólo comenzarán a correr al vencimiento del término común de veinticinco (25) días después de surtida la última notificación. Deberá remitirse de manera inmediata y a través del servicio postal autorizado, copia de la demanda, de sus anexos y del auto admisorio, sin perjuicio de las copias que deban quedar en el expediente a su disposición de conformidad con lo establecido en este inciso. (...)”

De la norma citada se puede concluir: 1) Se supedita el cómputo del término del traslado de la demanda a que sean notificados todos los demandados; 2) El término de traslado es común y 3) El trámite procesal se suspende por el término de 25 días.

Ahora bien, el artículo 22 de la Ley 472 de 1998, consagra el traslado de la demanda de la siguiente forma: *“En el auto admisorio de la demanda el juez ordenará su traslado al demandado por el término de diez (10) días para contestarla. También dispondrá informarle que la decisión será proferida dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del término de traslado y que tiene derecho a solicitar la práctica de pruebas con la contestación de la demanda. Si hubiere varios demandados, podrán designar un representante común.”*

La anterior norma es clara en establecer que, **el término de traslado de la demanda es de 10 días**, y que dentro de dicho término la parte demandada tiene la carga procesal de contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas.

En el presente asunto, el término de traslado transcurrió desde el 13 al 27 de noviembre de 2020. Ahora bien, según las constancias de radicación visibles a folios 19, 28 y 30 del cuaderno principal, el municipio de Chinchiná, Coporcaldas y el señor Jorge Hernando Hoyos, respectivamente, dieron contestación dentro del término de traslado, razón por la cual se tendrá por contestada la demanda.

Ahora bien, el señor Jorge Hernando Hoyos, manifestó en su contestación, que actúa en representación de las señoras Rosa Elena Maya de Hoyos, Beatriz Elena Maya Hoyos, María Claudia Maya Hoyos y Margarita María Maya Hoyos, aduciendo que son su madre y hermanas; no obstante, no es posible tener por contestada la demanda por parte de ellas, toda vez que no fue aportado documento que acredite con suficiencia que aquellas confirieron poder a Jorge Hernando para que actué en su presentación, razón por la cual se tendrá por no contestada la demanda.

En consecuencia, resulta procedente continuar con la etapa procesal que corresponde, esto es, la audiencia especial de pacto de cumplimiento, establecida en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

1. Tener por **CONTESTADA** la demanda por parte de **municipio de Chinchiná, Coporcaldas y Jorge Hernando Hoyos**.
2. Tener por **NO CONTESTADA** la demanda por parte de **Rosa Elena Maya de Hoyos, Beatriz Elena Maya Hoyos, María Claudia Maya Hoyos y Margarita María Maya Hoyos**.
3. **Fijar** fecha para audiencia especial de pacto de cumplimiento, para el día **23 de febrero de 2021, a partir de las 9:00 am**, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 472 de 1998.
4. Se requiere a los apoderados de las entidades demandadas, así como el actor popular informar los correos electrónicos y números telefónicos, previamente a la celebración de la audiencia al correo: sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co, para enviarles el enlace del aplicativo a través del cual se realizará la audiencia.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VÍVAS
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.: 162

Asunto: Corre traslado prueba documental
Medio de control: Nulidad Electoral
Radicación: 17001-23-33-000-2019-00602-00
Demandante: Jairo Perdomo Ortiz
Demandado: Juan Camilo Aldana Morales (concejal del Municipio de La Dorada)

Manizales, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Encontrándose pendiente el presente asunto de la realización de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, por remisión expresa del artículo 285 del mismo estatuto, observa el Despacho que las pruebas decretadas son de carácter documental en su totalidad.

Por tal razón, atendiendo el principio de economía procesal y con el fin de darle celeridad al trámite del proceso de la referencia, así como en procura de garantizar el derecho al debido proceso, este Despacho prescindirá de la celebración de la referida audiencia de pruebas, para en su lugar, conceder a las partes la oportunidad de ejercer de manera escrita su derecho de contradicción respecto de la prueba documental aportada por el Movimiento Alternativo Indígena y Social – MAIS (obranse en los documentos nº 33 a 36 del expediente digital) y el Consejo Nacional Electoral (visible en el documento nº 39, ibídem).

En consecuencia, **CÓRRESE** traslado a las partes de la prueba documental indicada anteriormente, por el término de tres (3) días, contado a partir de la notificación de este auto, para que aquellas se pronuncien al respecto si lo consideran pertinente. Para tal efecto, al enviar el mensaje de datos correspondiente, la Secretaría de esta Corporación anexará de manera escaneada la prueba documental de la que se corre traslado.


Si al vencimiento del término de traslado indicado las partes no realizan pronunciamiento alguno, se entenderá debidamente allegada la prueba documental referida.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que cualquier pronunciamiento que consideren necesario realizar en relación con la prueba documental referida, deberán remitirlos únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

Surtido lo anterior, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho para decidir lo que corresponda.

NOTIFÍQUESE el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el artículo 201 del CPACA, en concordancia con el artículo 9 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No.184

FECHA: 15/12/2020



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO No.	17-001-33-33-001-2017-00006-02
CLASE	EJECUTIVO
ACCIONANTE	MARÍA FABIOLA QUIROS ARDILA
ACCIONADO	LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Procede la Sala de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a proferir sentencia de segunda instancia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 6 de agosto de 2019, dentro del proceso ejecutivo de la referencia, que ordenó seguir adelante con la ejecución.

PRETENSIONES

1. Solicitó se libre mandamiento de pago en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, y a favor del señor Quitos Ardila, por la suma \$22.854.242.00, por concepto de intereses moratorios derivados de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, los cuales se causarían desde el 23 de febrero de 2011 al 31 de octubre de 2012, de conformidad con lo establecido en el inciso 5 del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo¹, suma que deberá ser indexada hasta que se verifique el pago completo de la obligación.
2. Que se condene en costas a la demandada.

HECHOS

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

¹ También CCA

- Mediante sentencia del 22 de octubre de 2009 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales condenó a la extinta CAJANAL reliquidar y pagar la pensión tomando como base la totalidad de los factores salariales e indexación de la primera mesada pensional.
- El 15 de abril de 2011 se solicitó ante la UGPP el cumplimiento del fallo judicial.
- En el mes de noviembre de 2012 se reportó la novedad de inclusión en nómina, cancelándose al actor una suma de \$38.968.058.29 por mesadas y \$7.924.003.16 por indexación, sin que se cancelaran los intereses.

EL MANDAMIENTO DE PAGO Y LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales, mediante auto del 20 de febrero de 2017, libró mandamiento de pago en contra de la demandada, por la suma de \$22.854.242.00 por concepto de intereses moratorios derivados del fallo base de recaudo ejecutivo, desde el 23 de febrero de 2011 al 31 de octubre de 2012. (fol.40-41, C.1).

Notificado debidamente del mandamiento ejecutivo, la UGPP se opuso a las pretensiones proponiendo como medios exceptivos los siguientes:

- **Pago de la obligación:** CAJANAL dio cumplimiento a lo dispuesto en el fallo judicial, por lo que no se adeuda suma alguna por concepto de intereses moratorios, más aún cuando en la sentencia no se dispuso el pago por ese concepto.
- **Falta de competencia:** la entidad no es la competente para responder por intereses moratorios generados por el posible cumplimiento tardío de la obligación por parte de CAJANAL, siendo el llamado a responder la Fiduagraría S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes de CAJANAL.
- **Caducidad de la acción ejecutiva contenciosa:** Solicita en dado caso, se declare la caducidad del derecho cuya causación se halle dentro del fenómeno jurídico indicado en el artículo 164 del CPACA.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales en la audiencia inicial consagrada en el artículo 372 del Código General del Proceso, consideró seguir adelante con la ejecución en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, pero por una suma diferente por la cual se había librado mandamiento de pago, siendo la suma a ejecutar de \$ 14.376.378.56.

Frente al caso concreto argumenta que la entidad accionada no prueba haber cancelado suma alguna por concepto de intereses moratorios, de tal suerte que solo se canceló lo concerniente a las mesadas atrasadas y la indexación, adeudándose en consecuencia los intereses moratorios.

RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

El apoderado de la UGPP al interponer el recurso de apelación manifiesta que no es procedente la condena en costas, toda vez que la entidad no actuó con mala fe, por lo que deberá revocarse la sentencia de primera instancia en este punto. Ahora sobre los intereses reconocidos manifiesta que debieron ser reconocidos en valor de \$8.773.089.92 y no por el valor por el que se ordenó seguir la ejecución.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

La entidad accionada en sus alegatos se ratifica en los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. ¿Se causaron a favor del actor intereses moratorios en los pagos que hiciera UGPP con ocasión a la sentencia del 22 de octubre de 2009 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, tal y en el monto señalado en el mandamiento de pago?

2. ¿Para imponer la condena en costas al tenor del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, debe el operador judicial analizar la conducta asumida por las partes dentro del trámite del proceso?

I. LO PROBADO

- Mediante sentencia proferida el 22 de octubre de 2009 el Juzgado Primero Administrativo del Circuito condenó a CAJANAL reliquidar la pensión de jubilación reconocida a la señora María Fabiola Quiroz Ardila, incluyendo los factores salariales devengados en el último año de servicio, con los reajustes anuales de ley, y haciendo los descuentos respectivos sobre los factores indicados si no se hubieren efectuado, así como la indexación de la primera mesada pensional. La sentencia fue modificada por el Tribunal Administrativo de Caldas mediante fallo del 2 de diciembre de 2010, quedando ejecutoriada la sentencia de primera instancia el 22 de febrero de 2011. (fol. 9 a 22, C.1)
- A través de Resolución UGM 017093 del 15 de noviembre de 2011 se reliquidó la pensión en los términos ordenados en el fallo (fol. 28 a 33, C.1)
- La hoja liquidación de la Resolución de reconocimiento pensional, da cuenta que al demandante se le calculó por concepto de total de mesadas atrasadas indexadas a la fecha de ejecutoria, la suma de \$34.958.749.82 que corresponde a la sumatoria del valor de las mesadas pagadas sin indexar a la fecha de ejecutoria; más la indexación 7.924.003.16. (fol. 36 a 38, C.1)

Solución al primer problema jurídico

Marco Normativo:

Tanto en el antiguo CCA, como en el CPACA, se ha establecido que el pago extemporáneo de las obligaciones que resulten de una sentencia conlleva el pago de intereses moratorios así:

El inciso 5º del artículo 177 del antiguo CCA, señalaba:

“Las cantidades líquidas reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales y moratorios”.

Por su parte el inciso 3º del artículo 192 del CPACA señala:

“Las cantidades líquidas reconocidas en providencias que impongan o liquiden una condena o que aprueben una conciliación devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia o del auto, según lo previsto en este Código”.

Por lo anterior, tanto en el Código Contencioso Administrativo, establecido en el Decreto 01 de 1984, como en el CPACA, regulado por la Ley 1437 de 2011, se consagra el derecho a reclamar intereses moratorios por pago extemporáneo de una obligación que surge de una sentencia.

Respecto a los intereses moratorios, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, en concepto del 10 de octubre de 2016, Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00087-00, sostuvo lo siguiente:

“Los intereses moratorios son aquellos que se causan cuando la obligación no se cumple en el momento pactado y su objeto es indemnizar los perjuicios que se ocasionan al acreedor por el incumplimiento de la obligación².

[...]

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-188 de 1999 precisó que los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia excepto en las que se fija un plazo para su pago³.

Según la doctrina de la Sala⁴, los intereses moratorios surgen del cumplimiento tardío de la condena fijada por la sentencia⁵, razón

² La Corte Constitucional en Sentencia C-604 de 2012, indicó: "Los intereses moratorios son aquellos que se pagan para el resarcimiento tarifado o indemnización de los perjuicios que padece el acreedor por no tener consigo el dinero en la oportunidad debida. La mora genera que se hagan correr en contra del deudor los daños y perjuicios llamados moratorios que representan el perjuicio causado al acreedor por el retraso en la ejecución de la obligación".

³ La Corte Constitucional indicó: “**INTERESES MORATORIOS**-Momento a partir del cual se causan. *Es entendido que, en las dos normas sobre cuya constitucionalidad resuelve la Corte, el momento en el cual principia a aplicarse el interés de mora depende del plazo con que cuente la entidad pública obligada, para efectuar el pago. Así, en el caso de la conciliación, se pagarán intereses comerciales durante el término que en ella se haya pactado y, vencido éste, a partir del primer día de retardo, se pagarán intereses de mora. En cuanto al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago -evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales-, los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria.*”

⁴ Conflicto No. 11001-03-06-000-2014-00020-00 del 2 de octubre de 2014.

⁵ Respecto del pago de los intereses moratorios, la Sección Tercera, Subsección B (C.P. Ruth Stella Correa Palacio), del Consejo de Estado, en Sentencia del 30 de abril de 2011 dictada dentro del proceso radicado con el No. 11001-03-26-000-2011-00060-00 (No. Interno 42126) sostuvo lo siguiente: “(...) la orden de pagar intereses de mora a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia Financiera no constituye un asunto ajeno a la controversia ni está por fuera del pronunciamiento de los árbitros ni de su competencia, dado que es aplicación de la ley en materia de pago de obligaciones dinerarias contenidas en condenas judiciales. (...) recuérdese que las expresiones del inciso quinto del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, que establecían un trato diferente para las entidades estatales en el pago de sus condenas del que se aplica según las reglas generales a los particulares, fueron declaradas inexecutable, como consecuencia de lo cual en adelante sean entidades públicas o sean particulares, todos deben someterse a las mismas reglas generales (arts. 1608 y 1617 del Código Civil y el artículo 884 del Código de Comercio, entre otras), esto es, pagar intereses cuando no se cumpla oportunamente con lo dispuesto por la sentencia judicial condenatoria (o por un laudo arbitral). (...) Las cantidades líquidas reconocidas en las sentencias emitidas por esta jurisdicción devengarán intereses a partir de la ejecutoria

por la cual son accesorios al pago del valor principal, de donde se sigue la aplicación del bien conocido aforismo jurídico según el cual *-lo accesorio sigue la suerte de lo principal-*.”⁶

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-188 de 1999, al estudiar la constitucionalidad del artículo 179 del CCA, estableció que los intereses moratorios se causan desde el momento mismo de la ejecutoria de la sentencia, pues de lo contrario daría lugar a una injustificada e inequitativa discriminación, que favorecería la ineficiencia y la falta de celeridad en la gestión pública. En esa oportunidad señaló:

“Es entendido que, en las dos normas sobre cuya constitucionalidad resuelve la Corte, el momento en el cual principia a aplicarse el interés de mora depende del plazo con que cuente la entidad pública obligada, para efectuar el pago. Así, en el caso de la conciliación, se pagarán intereses comerciales durante el término que en ella se haya pactado y, vencido éste, a partir del primer día de retardo, se pagarán intereses de mora. En cuanto al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago -evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales-, los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria”.

Conforme a la anterior jurisprudencia, no solamente son procedentes los intereses moratorios, sino que los mismos, cuando se originan a fallos en vigencia del antiguo CCA, se causan desde la ejecutoria misma de la sentencia.

Está probado que la sentencia base de la ejecución como se ha indicado, quedó ejecutoriada el 22 de febrero de 2011, es decir cuando estaba en vigencia el Código Contencioso Administrativo, norma que establecía en su artículo 177, que las cantidades líquidas reconocidas en las sentencias devengarían intereses comerciales y moratorios; y por otra parte, además, que conforme a la sentencia C-188 de 1999 los intereses moratorios se causan desde la ejecutoria de la sentencia.

De conformidad con el material probatorio, es claro que a través de Resolución UGM 017093 del 15 de noviembre de 2011 se reliquidó la pensión en los términos ordenados en el fallo, reconociendo la suma de \$34.958.749.82 que corresponde a la sumatoria del

de la providencia, norma por supuesto aplicable a los laudos proferidos por los jueces arbitrales cuando conocen de asuntos que se ventilan en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por virtud de un pacto arbitral”.

⁶ Consejo De Estado, Sala De Consulta Y Servicio Civil, Consejero Ponente: Oscar Dario Amaya Navas, Bogotá D.C., Diez (10) De Octubre De Dos Mil Dieciseis (2016), Radicación Número: 11001-03-06-000-2016-00087-00(C)

valor de las mesadas pagadas sin indexar a la fecha de ejecutoria; más la indexación \$7.924.003.16.; Incluida dicha liquidación en nómina en el mes de noviembre de 2012, sin que se reconocieran intereses moratorios sobre la misma.

Conforme a lo anterior, al actor efectivamente se le adeudan los intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia.

Ahora bien, a fin de establecer si la suma que se ordena ejecutar en el fallo es correcta, procederá esta Sala a determinar si ésta corresponde efectivamente a los intereses moratorios adeudados, teniendo en cuenta que los intereses se causaron a partir del 9 de noviembre de 2011 y hasta el 31 de octubre de 2012, por configurarse una causa mayor entre el 22 de febrero de 2011 hasta el 8 de noviembre de 2011, liquidación de Cajanal, y paso de competencia de los asuntos de ésta a la UGPP..

Año	Mes	Días	Diferencias mesadas	Capital	Interés Corriente	Interés Moratorio	Interés nominal	Interés Mes	Interés acumulado
				45.868.414,55					
2011	Noviembre	22	229.798,26	46.098.212,81	19,39	29,09	1,49%	502.969	502.969
2011	Diciembre	30	626.722,54	46.724.935,35	19,39	29,09	1,49%	695.191	1.198.159
2012	Enero	30	313.927,52	47.038.862,87	19,92	29,88	1,53%	717.486	1.915.645
2012	Febrero	30	313.927,52	47.352.790,39	19,92	29,88	1,53%	722.274	2.637.920
2012	Marzo	30	313.927,52	47.666.717,91	19,92	29,88	1,53%	727.063	3.364.982
2012	Abril	30	313.927,52	47.980.645,43	20,52	30,78	1,57%	752.115	4.117.097
2012	Mayo	30	313.927,52	48.294.572,95	20,52	30,78	1,57%	757.036	4.874.133
2012	Junio	30	313.927,52	48.608.500,47	20,52	30,78	1,57%	761.957	5.636.090
2012	Julio	30	313.927,52	48.922.427,99	20,86	31,29	1,59%	778.544	6.414.635
2012	Agosto	30	313.927,52	49.236.355,51	20,86	31,29	1,59%	783.540	7.198.175
2012	Septiembre	30	313.927,52	49.550.283,03	20,86	31,29	1,59%	788.536	7.986.711
2012	Octubre	30	313.927,52	49.864.210,55	20,89	31,34	1,59%	794.579	8.781.290

Concepto	Valor
Intereses	\$ 8.781.290
Total	\$ 8.781.290

De acuerdo a lo anterior la orden de ejecución debió librarse por la suma de **\$8.781.290.00** y no por la suma de **\$ 14.376.378.56.00** establecida por el Juzgado de conocimiento, suma que no entiende esta Sala de donde proviene toda vez que en el fallo

no se anexa la liquidación efectuada por el Juzgador de primera instancia. en este sentido habrá de modificarse el fallo apelado.

Segundo problema jurídico

En relación con las costas, debe indicarse que estas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el proceso, la cual corresponde por una parte a las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

En vigencia del Decreto 01 de 1984, es decir, el anterior Código Contencioso Administrativo, se había establecido lo siguiente en relación con el tema de las costas:

“Artículo 171. Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”.

Nótese como esta disposición claramente disponía que el Juez podría, teniendo en cuenta la conducta de las partes, imponer la condena en costas; pues solamente en la medida en que la actitud procesal asumida por la parte vencida reflejara un abuso de sus derechos, habría lugar a la condena.

Ya en vigencia de la Ley 1437 de 2011, sobre este mismo asunto, el artículo 188 dispuso lo siguiente:

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

De acuerdo a la redacción del artículo, la condena en costas ya no se condicionó a la forma en que la parte se desarrolló dentro del litigio, pues simplemente estableció que la sentencia dispondría lo pertinente, aclarando que la liquidación y ejecución se ceñirían hoy en día a lo establecido en el Código General del Proceso, norma que reguló el asunto en sus artículos 365 y 366.

A raíz de la expedición de la Ley 1437 de 2011, existe divergencia en relación con este tema de las costas, al considerarse por parte de algunos operadores judiciales que aún en vigencia del CPACA debe seguirse aplicando un criterio subjetivo para examinar la procedencia o no de las mismas; mientras que, por parte de otros, lo ajustado al tenor del artículo 188 es que se acuda a un criterio objetivo valorativo.

Para entender mejor entonces uno y otro criterio, y solo a modo de ilustración, se citan providencias del Consejo de Estado alusivas al tema.

Sobre la primera interpretación del artículo, es decir, la aplicación del criterio subjetivo, se trae providencia de la Sección Segunda – Subsección B, Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter del 17 de octubre de 2017, radicación 17001-23-33-000-2013-00308-01(1877-14) que indicó:

“En ese orden, la referida norma especial que regula la condena en costas en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo dispone:

Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

La lectura interpretativa que la Sala otorga a la citada regulación especial gira en torno al significado del vocablo disponer, cuya segunda acepción es entendida por la Real Academia Española como «2. tr. Deliberar, determinar, mandar lo que ha de hacerse». Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación *per se* contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución (artículo 366 del CGP).

En tal virtud, a diferencia de lo que acontece en otras jurisdicciones (civil, comercial, de familia y agraria), donde la responsabilidad en materia de costas siempre es objetiva (artículo 365 del CGP), corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma.

Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes

etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP).

Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía de acceder a la pensión gracia, pues con base en el ordenamiento que la rige y los lineamientos jurisprudenciales en la materia, así lo consideró.

Así las cosas, esta Sala considera que la referida normativa deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las resultas del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella adolece de temeridad o mala fe, actuación que, se reitera, no desplegó el *a quo*; y, por lo tanto, al no predicarse tal proceder de la parte demandante, no se impondrá condena en costas”.

En relación con el criterio objetivo valorativo, se referencia fallo de la Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez del 7 de abril de 2016, radicación 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14) que consideró:

“El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

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

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

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

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en

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

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

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁷, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

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

Debe resaltarse que aunque esta última providencia es del año 2016, se encuentra ratificada en sentencias del 30 de noviembre de 2017, también con ponencia del Consejero doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso radicado 70001-23-33-000-2013-00052-01(3280-14); y del 25 de enero de 2018, también de la Subsección A de la Sección Segunda, Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas - radicación número: 25000-23-42-000-2013-00330-01(4922-15).

Atendiendo entonces la redacción del artículo 188 del CPACA, que varió sustancialmente en relación con lo dispuesto en el artículo 171 del CCA, y las jurisprudencias transcritas, especialmente en lo analizado por la Subsección A de la Sección Segunda, debe precisarse que esta Sala de Decisión desde la expedición de la Ley 1437 de 2011 ha acogido el criterio objetivo valorativo para efectuar el análisis de la condena en las costas, en el cual como se ha dejado expuesto no entra en juego la conducta procesal asumida por las partes, sino que simplemente se examina cuál fue la parte vencida, y además si las costas se causaron dentro del trámite judicial.

En este orden de ideas, y ya descendiendo al caso particular, aunque el apoderado de la UGPP en el recurso de apelación argumentó que en el presente proceso no se probó la mala fe de la entidad ni la misma ha actuado de manera temeraria, debe precisarse que atendiendo el criterio objetivo lo procedente era determinar al momento de aplicar el

⁷ “Artículo 366. liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, cuál había sido la parte vencida en juicio, y en este caso, de acuerdo a la sentencia de primera instancia, lo fue la entidad accionada.

Debe recordarse y aclararse que la condena en costas bajo este criterio que adopta la Sala, no es el resultado del actuar temerario o de mala fe de una parte, como erradamente lo interpreta la accionada, sino que es el reflejo de las resultas del proceso, es decir, que una parte fue derrotada en juicio.

Sin embargo, si hay algo que debe precisarse, y es que aunque el criterio para la condena en costas acogido sea el 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; análisis que sí se echa de menos en la providencia de primera instancia, pues en esta simplemente se plasmó que con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 se condenaba en costas a la UGPP, fijando como agencias en derecho la suma de \$561.291, e indicando que las mismas se liquidarían por la Secretaría de acuerdo al artículo 366 del Código General del Proceso.

Para esta Sala una imposición de costas así, le impide a la parte que condenada ejercer el derecho de defensa, pues no sabe por qué razón o circunstancia se determinaron, y por ende no puede esgrimir argumentos en contra de la decisión.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y atendiendo y acogiendo el criterio objetivo valorativo, es claro que le correspondía al Juez de primera instancia al momento de disponer sobre las costas, señalar las razones por las cuales las iba a imponer, evidenciando que en el *sub lite* estas razones o valoraciones no se hicieron, impidiendo a la UGPP ejercer su derecho de defensa, por lo que se deberá revocar la sentencia en lo relativo a este tópico.

Corolario de lo anterior

Considera la Sala que las obligaciones que se originan en sentencias judiciales, conforme a las normas del CPACA y del anterior CCA, causan intereses moratorios desde la ejecutoria de la misma, y como en el caso presente el pago se hizo después de la ejecutoria, deben pagarse al actor los intereses moratorios correspondientes.

Sin embargo, se debe modificar el monto de los intereses que se ordenan pagar en el ordinal segundo de la sentencia del 6 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, pues al revisar su liquidación por el Tribunal, arrojan un valor inferior. De igual forma se deberá revocar el ordinal cuarto de la sentencia recurrida en cuanto a la condena en costas. En lo demás la providencia será confirmada la sentencia.

Costas

Atendiendo que hay necesidad de modificar y revocar un ordinal de la sentencia, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida en la audiencia del artículo 372 del Código General del Proceso que se realizó el 6 de agosto de 2019, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso ejecutivo promovido por **MARÍA FABIOLA QUIROZ ARDILA** contra **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** en el siguiente sentido:

Seguir adelante con la ejecución por la suma de **OCHO MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS (\$8.781.290.00)** por concepto de intereses, cantidad efectivamente adeudada al ejecutante por concepto de intereses moratorios.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal cuarto de la sentencia recurrida en cuanto a la condena en costas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la providencia del 6 de agosto de 2019.

CUARTO: No se condena en costas de la segunda instancia, por lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

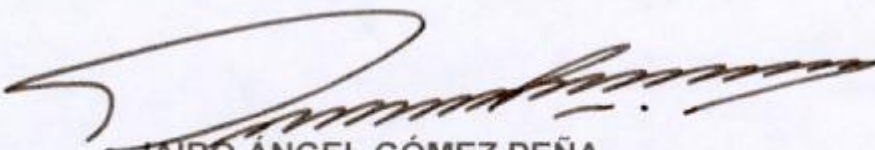
SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

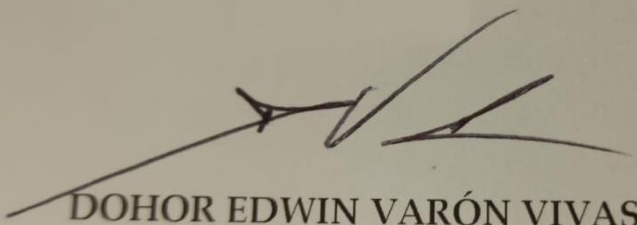
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual celebrada el 10 de diciembre de 2020, según Acta n° 063 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 184 del 15 de diciembre de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes and a horizontal base, with a long vertical stroke extending downwards from the left side.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

RADICADO	17001-33-33-001-2018-00050-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	RUBIELA QUIROGA PÁEZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo que accedió a pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial celebrada el 27 de marzo de 2019.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 820 del 26 de septiembre de 2017 en cuanto reconoció una pensión vitalicia de jubilación y calculó la mesada pensional sin incluir todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios al cumplimiento del estatus de pensionado y/o subsidiariamente los factores salariales percibidos durante el año anterior al retiro del servicio.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación a partir del 25 de septiembre de 2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus de pensionado y/o subsidiariamente los percibidos en el año de retiro del servicio.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada que reconozca y pague una reliquidación ordinaria de jubilación a partir del 23 de septiembre de 2016, equivalente al 75% del promedio de los salarios, sobresueldos, primas y demás factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento en que adquirió el estatus de pensionada y/o subsidiariamente los factores percibidos en el último año de servicios, que son los que constituyen la base de la reliquidación de la pensión.
2. Que al valor reconocido se le descuente lo que fue reconocido y cancelado en virtud de la Resolución nro. 820 del 26 de septiembre de 2007, que reconoció la pensión.
3. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que sobre el momento inicial de la pensión aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución Política.
4. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las mesadas atrasadas desde el momento de la consolidación del derecho hasta la inclusión en la nómina del pensionado. Que el pago del incremento decretado se siga realizando en las mesadas futuras como reparación integral del daño.
5. Que se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este, tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA.
6. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las diferencias en las mesadas pensionales decretadas, por tratarse de sumas de tracto sucesivo tomando como base el IPC.
7. Ordenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento de los intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se cumpla en su totalidad la condena.

8. Condenar en costas a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

HECHOS

- La demandante laboró más de veinte años al servicio de la docente oficial, por lo que al cumplir con los requisitos de ley le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

- La base de la liquidación pensional incluyó en su momento solo la asignación básica, y dejó por fuera del IBL la prima de navidad, prima de vacaciones y demás factores salariales percibidos en el año anterior al cumplimiento del estatus de pensionado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1° de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985 y Decreto Nacional 1045 de 1978.

Explicó que de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 que estableció el régimen prestacional de los docentes, el régimen pensional de estos depende de la fecha de su vinculación. Así, si aquella fue anterior a la entrada en vigencia de la ley referida (27 de junio de 2003), como en el presente caso, el régimen corresponderá al previsto en la Ley 91 de 1989; pero si se dio de manera posterior, la normativa aplicable será la Ley 100 de 1993.

Indicó que para la liquidación de la pensión de jubilación debe acudirse a la Ley 33 de 1985, la cual si bien no estableció de manera taxativa los factores salariales que debían incluirse, lo cierto es que tal circunstancia no es un impedimento para tener en cuenta todo lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, tal como lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Adujo que el acto demandado desconoce la previsión hecha por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que remitió al Decreto 1045 de 1978, con base en el cual, la liquidación de la pensión debe incluir la totalidad de los factores devengados por el empleado.

Acotó que en el evento de no haberse realizado los respectivos aportes a pensión por concepto de los factores a incluir, la entidad debe disponer los descuentos correspondientes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Nación - Ministerio de Educación - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio: Manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones, puesto que los actos demandados se ajustan a derecho.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de integración del contradictorio – litisconsorcio necesario:** Adujo que según la Ley 715 de 2001 la administración del servicio educativo ya no es nacionalizada sino descentralizada en cada una de las entidades territoriales, es decir, en los municipios y departamentos; y de igual manera la Ley 91 de 1989 atribuyó a las entidades territoriales las prestaciones sociales del personal nacionalizado.

Que el Decreto 2831 de 2005 estipula que el trámite de reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales serán efectuadas por las Secretarías de Educación de las entidades territoriales certificadas, quienes elaboran y remiten el acto administrativo a la Fiduciaria La Previsora, quien administra los recursos del fondo, y por ello debe ser vinculada al presente proceso al igual que la entidad territorial, en este caso, el Municipio de Manizales.

- **Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación:** Hizo alusión a que la competencia de administrar las plantas de personal de docentes vinculados a las entidades, por ser nominadoras – empleadores, se encuentra en cabeza de las entidades territoriales certificadas en educación, ya que el Ministerio de Educación según la Ley 715 de 2001 solo se encarga de establecer las políticas educativas, y por ello no presta el servicios educativo, ni administra plantas de personal docente.

- **Inexistencia del demandado – falta de relación con el reconocimiento del derecho conexo o derivado del acto administrativo expedido por la entidad territorial certificada. Falta de competencia del Ministerio de Educación para expedir el acto administrativo y reconocer el derecho reclamado:** Hizo alusión al procedimiento para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a cargo del fondo según el Decreto 1075 de 2015, para indicar que no

existe relación de causalidad o vínculo entre la entidad y el derecho solicitado por el docente, ya que el trámite está en cabeza de la entidad territorial certificada y de la sociedad fiduciaria.

- **Inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica:** Manifestó que no hay lugar a incluir en el IBL de la pensión el factor de prima de servicios, por cuanto el mismo no fue creado a favor de los docentes según la Ley 91 de 1989.
- **Prescripción:** Adujo que se debe declarar la prescripción de los derechos que superen el lapso de 3 años desde que se hizo exigible la obligación, según el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969.
- **Buena fe:** Hizo énfasis en que la entidad no ha obrado con el ánimo de desconocer los derechos prestacionales, sino con estricto apego a la ley aplicable al caso.
- **Genérica:** Pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el curso del proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 27 de marzo de 2019 accedió a las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico si la demandante tenía derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación teniendo en cuenta el 75% del promedio de lo devengado en el año anterior al reconocimiento pensional o de prestación de servicios, con inclusión de la totalidad de factores salariales percibidos.

Tras hacer un recuento normativo que incluyó la Ley 91 de 1989, la Ley 33 de 1985, la Ley 62 de 1985 y la Ley 812 de 2003, así como la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado, indicó que la accionante tenía derecho al reajuste de su pensión con la inclusión de los factores salariales percibidos en el último año de servicios, en tanto la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 no era aplicable a los docentes.

Declaró entonces la nulidad parcial del acto administrativo demandado, y ordenó el reajuste de la pensión para que se incluyera en el IBL la totalidad de factores salariales percibidos por la demandante en el último año de servicios, específicamente la bonificación mensual, la prima de servicios y la prima de navidad que fueron dejados por fuera del ingreso base de liquidación.

Se plasmó en la parte resolutive:

Primero: NEGAR TODAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS en todos los procesos por el Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

Segundo: Declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos que negaron la reliquidación de la pensión de los accionantes de la siguiente manera:

[...]

4) Radicado Rad. 2018-00050. La nulidad parcial de la Resolución No. 0820 del 26 de septiembre de 2017 que reconoció la pensión de jubilación de la señora Rubiela Quiroga López, sin incluir los factores salariales devengados en el último año de servicios.

[...]

Tercero: Se ordena a la entidad Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que reliquide la pensión de jubilación de los demandantes, teniendo en cuenta la totalidad de los valores devengados por cada demandante durante el último año de servicios prestados, según las directrices dadas en la parte motiva del fallo.

Cuarta: La diferencia de los valores dejados de percibir y lo que se pagó deberá ser indexado desde la fecha de su causación hasta la ejecutoria de la sentencia, mediante la fórmula financiera establecida por el Consejo de Estado, la cual se aplicará mes por mes, al tratarse de prestaciones periódicas.

Quinto: Con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, las sumas dejadas de percibir, generarán los intereses establecidos en el art. 192, 195 y siguientes del CPACA, hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago.

Sexto: se condena en costas a la parte demandada en todos los procesos los cuales se liquidarán por la Secretaría del Despacho en su debida oportunidad, y en las que se tendrán en cuenta las Agencias en Derecho a favor de los demandantes y a cargo de la demandada, las cuales se fijaran en el 6% de las pretensiones reconocidas en cada proceso y que corresponden a las sumas de:

[...]

-Ciento noventa y siete mil seiscientos noventa y tres pesos con sesenta y cuatro centavos (\$197.693,64) en el caso radicado 2018.0050

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte demandada presentó recurso de apelación en forma oportuna, mediante memorial visible a folios 199 a 197 del cuaderno 1.

Adujo que para ser beneficiario de la Ley 33 de 1985 era necesario al momento de entrar en vigencia la norma haber cumplido 15 años de servicios; y que de otra parte la excepción solo comprendía lo relacionado con la edad de jubilación, de lo cual se desprende que lo atinente a los factores salariales no quedó comprendido en esta excepción, y por ello no le asiste derecho a la accionante en relación con la normativa que invoca.

Añadió que el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 establece que los docentes nacionalizados que figuren vinculados al 31 de diciembre de ese año, para efectos de sus prestaciones, mantienen el régimen prestacional del que han venido gozando, y para el caso de los nacionales indica que se les aplicará el mismo régimen de los empleados del orden nacional, lo que significaría que sería la Ley 33 de 1985, con sus modificaciones, la norma a aplicar, y en tal sentido los únicos factores que pueden ser incluidos son aquellos sobre los que se haya cotizado, lo cual se complementa con lo determinado en el Decreto 1158 de 1994 y en el Acto Legislativo 01 de 2005.

También hizo alusión a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 en lo que respecta a los factores salariales a tener en cuenta en el IBL, para reafirmar que solo pueden incluirse aquellos sobre los que se haya cotizado.

Concluyó entonces que la pensión de la demandante fue liquidada de manera correcta, y no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: Hizo énfasis especialmente, que en desarrollo de lo que la jurisprudencia ha denominado como confianza legítima en la administración de justicia y respeto al principio de seguridad jurídica, el proceso debe ser resuelto conforme al precedente que existía para el momento en el cual fue radicada la demanda.

Parte demandada: No presentó alegatos de conclusión.

Ministerio Público: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Problemas jurídicos

¿Es procedente para el caso concreto reliquidar la pensión de jubilación de la señora Rubiela Quiroga Páez, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el año de servicios anterior a la adquisición del estatus pensional?

Lo probado

- Según los considerandos de la Resolución nro. 820 del 26 de septiembre de 2017, la demandante nació el 22-09-1961 (fol. 19 y 20 C.1).
- A la señora Rubiela Quiroga Páez se le reconoció una pensión de jubilación por aportes a través de la Resolución nro. 820 del 26 de septiembre de 2017, en cuantía de \$2.388.571 a partir del 25-09-2016, día siguiente al de la adquisición del estatus. El monto de su pensión fue equivalente al 75% de un IBL conformado por el sueldo mensual, el auxilio de movilización y la prima de vacaciones (fol. 19 y 20).
- Se decretó como prueba de oficio por parte de este Tribunal, se allegara certificación por parte de la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales que indicara si la accionante ya se había retirado del servicio o no; y en caso negativo, debía certificar los factores salariales percibidos en los años 2015 y 2016, año de estatus pensional.

En respuesta se allegó constancia expedida por el área de Recursos Humanos de la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales, que reposa a folio 24 del cuaderno 2, mediante la cual se certificó que la actora estaba activa, y que en los años 2015 y 2016 devengó: asignación básica, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios y bonificación mensual.

Régimen legal aplicable

Para determinar cuál es el régimen aplicable a los docentes, debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹, que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

¹ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

El Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional.

Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

2. Pensiones: [...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

Para el caso concreto, aunque no se allegó la prueba sobre la fecha de vinculación de la demandante, se consignó en el acto administrativo 0820 del 26 de septiembre de 2017 que se ha desempeñado como docente por más de 20 años, hecho que además se afirmó en la demanda y que no fue controvertido por la parte accionada de ninguna manera.

En este orden de ideas, si para el año 2017 tenía más de 20 años de servicios prestados como docente, se infiere que su vinculación fue anterior a la Ley 812 de 2003, y por ello le es aplicable en materia pensional el régimen vigente para los pensionados del sector público nacional.

Así lo precisó igualmente el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación del 25 de abril de 2019², en la que indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados³, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁴”*.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 dispuso: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio”*.

Debe advertirse que en este caso se trata de una pensión de jubilación por aportes, misma que está regulada en la Ley 71 de 1988 así:

Artículo 7 .- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60)

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

³ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁴ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas. Ver: artículos 4, 19 y ss. Decreto Nacional 1160 de 1989 Lo relacionado con pensión de jubilación por aporte.

***Parágrafo.- INEXEQUIBLE.** Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varón o cuarenta y cinco (45) años o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes. Corte Constitucional Sentencia C-012 de 1994*

Por su parte, el Decreto 2709 de 1994 estableció el salario base para la liquidación de la pensión por aportes y el monto de la misma de la siguiente manera:

Artículo 6. SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACION DE LA PENSION POR APORTES: El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley. Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificarlo (sic) pagado por los citados conceptos durante el periodo correspondiente.

Artículo 8º. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley. (Subrayado fuera de texto).

El artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 fue derogado por el artículo 24 del Decreto 1474 de 1997. Sin embargo, esta última norma fue declarada nula por el Consejo de Estado – Sección Segunda, en sentencia proferida el 15 de mayo de 2014 dictada dentro del proceso 11001-03-25-000-2011-00620-00 (2427-2011)37.

Ingreso base de liquidación pensional y factores salariales a reconocer

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y la manera de establecerlo, debe precisarse que a la parte demandante no le es aplicable la Ley 100 de 1993 ni el régimen de transición previsto en dicha normativa en razón de la fecha de su

vinculación al servicio docente y, por ende, no le es predicable la regla⁵ y primera subregla⁶ establecidas en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018⁷, relacionadas con la interpretación adecuada del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por el contrario, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *“La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”*.

Debe advertirse que la Ley 71 de 1988 era una norma vigente para efecto de reconocimiento pensional antes de la expedición de la Ley 812 de 2003. Y si bien la sentencia de unificación alude a la Ley 33 de 1985, la interpretación allí vertida resulta aplicable al entendimiento que debe darse al monto de la pensión por aportes, mucho más cuando, en términos de requisitos y monto, resulta de similares alcances a la norma mencionada.

⁵ De conformidad con la sentencia de unificación, la regla es la siguiente: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”* (negrilla es del texto).

⁶ Atendiendo lo indicado en la sentencia de unificación, la primera subregla es la siguiente:

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

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

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

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia del 28 de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 52001-23-33-000-2012-00143-01(IJ).

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Aplicación de la nueva jurisprudencia sobre los factores salariales a incluir en la liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Para resolver este caso la Sala considera que debe acudir al precedente vigente sobre la materia, dado que el presente asunto se encuentra pendiente de decisión y no ha operado cosa juzgada.

Reconocimiento y liquidación de la pensión de jubilación de la parte demandante

Para el caso que convoca la atención de esta Sala, se observa que a la señora Quiroga Páez le reconocieron pensión de jubilación por aportes, en cuya liquidación se incluyeron la asignación básica, el auxilio de movilización y la prima de vacaciones.

En la demanda promovida, la parte actora reprocha que se hubiera omitido incluir los demás factores salariales devengados en el último año de servicio anterior a la adquisición del estatus pensional.

Conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, los factores que deben tenerse en cuenta son solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En ese orden de ideas, la parte demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama, pues no pueden tomarse como factor salarial ni la prima de servicios ni la prima de navidad, dado que aquellas no constituyen base de liquidación de los aportes.

En relación con la bonificación mensual, debe advertirse que de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1566 de 2014 se creó esta para los servidores públicos docentes, la cual *“constitu[ye] factor salarial para todos los efectos legales”*, circunstancia que en criterio de este Tribunal permite inferir que a partir de la fecha de su reconocimiento (1º de junio de 2014) y hasta el 31 de diciembre de 2015, siempre que hubiere sido devengada en el último año anterior al estatus pensional, debe incluirse en la liquidación pensional de los docentes. En este caso el año de estatus lo fue del 22 de septiembre de 2015 al 23 de septiembre de 2016.

Se aclara que la determinación de incluir la bonificación mensual como factor salarial en este caso concreto se adoptará por la Sala sin perjuicio de que en el evento que la docente solicite la reliquidación de su pensión de jubilación atendiendo el último año de servicio, deban considerarse solo los factores devengados en ese lapso, de acuerdo con lo establecido por la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

Así pues, la Sala de Decisión encuentra que la reliquidación pensional reclamada procede solo respecto de la bonificación mensual.

Aclara el Tribunal que no obstante que la Resolución nro. 0820 del 26 de septiembre de 2017 tuvo en cuenta la prima de vacaciones y el auxilio de movilización para liquidar la pensión de jubilación de la parte demandante, dicho acto de reconocimiento pensional no

puede modificarse en ese aspecto, en tanto la nulidad solicitada respecto del mismo fue parcial y solo en lo que correspondía a la inclusión de los rubros dejados de incluir en el IBL.

Llegar a una conclusión diferente implicaría, como lo sostuvo el Consejo de Estado⁸, no solo desbordar el objeto del litigio fijado sino que afectaría principios y derechos constitucionales como el debido proceso, la confianza legítima y la tutela efectiva de los derechos que pretende quien impugna una decisión administrativa a través de este medio de control.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho a que su pensión de jubilación se reliquide incluyendo la prima de servicios y la prima de navidad como factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del estatus pensional. Sin embargo, sí procede la reliquidación frente a la bonificación mensual percibida en el mismo lapso. En ese sentido, se modificará la sentencia dictada en primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, este Tribunal considera que en el presente asunto no debe condenarse en costas, pues la demanda fue interpuesta conforme a la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado para dicha época.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia del 27 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **RUBIELA QUIROGA PÁEZ** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**

⁸ Así lo precisó en la sentencia de unificación del 29 del 25 de abril de 2019 ya citada.

– **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, específicamente el numeral 4, en el sentido de **EXCLUIR** de la reliquidación pensional ordenada la prima de servicios y la prima de navidad como factor de salario, y **MANTENER** el de bonificación mensual así como aquellos rubros que habían sido reconocidos por la entidad en el acto demandado. Lo anterior, atendiendo las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR UN ORDINAL a la providencia recurrida, en el sentido de negar las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

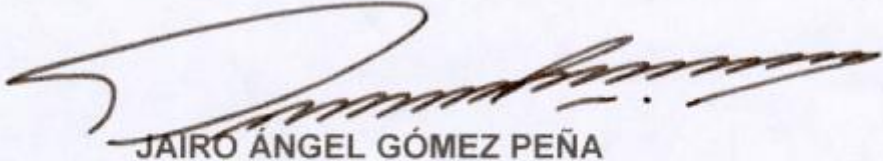
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

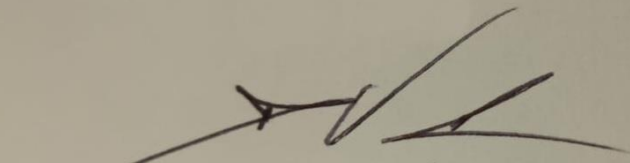
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 10 de diciembre de 2020 según acta nro. 063 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 184 del 15 de diciembre de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

PROCESO No.	17001-33-39-008-2018-00514-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MARIA AMPARO GONZALEZ MORENO
ACCIONADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Procede la Sala a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó a pretensiones, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 28 octubre de 2019 dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Se suplica por la parte actora que se hagan los siguientes pronunciamientos:

1. Que se declare la nulidad de las Resolución nro. GNR 326720 del 30 de noviembre de 2013 y de la Resolución n° VPB 45928 del 28 de mayo de 2015 por medio de la cual se negó la reliquidación pensional con lo devengado en el último año de servicios como lo establece la Ley 33 de 1985.
2. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, se declare que la actora tiene pleno derecho a que Colpensiones le reliquide la pensión de sobrevivientes con lo devengado en el último año de servicios conforme lo establece la Ley 33 de 1985.
3. Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo en los términos previstos en el artículo 176 del CPACA y 178.

HECHOS

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

- ✓ La señora María Amparo González Moreno prestó sus servicios como empleada pública por más de 20 años.
- ✓ Mediante Resolución n°2236 del 18 de mayo de 2006 se reconoció una pensión como beneficiaria del régimen de transición, efectiva a partir del 01 de junio de 2006.
- ✓ Mediante petición del 11 de abril de 2013 se solicitó la reliquidación pensional con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios siendo negada mediante las Resolución nro. GNR 326720 del 30 de noviembre de 2013 y de la Resolución n° VPB 45928 del 28 de mayo de 2015.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Política: artículo 53; Ley 100 de 1993; Ley 33 de 1985; Decreto 1848 de 1969; Ley 12 de 1975 y Decreto 1160 de 1989.

Adujo que la entidad violó la ley al momento de reconocer la pensión de jubilación y la posterior sustitución pensional del demandante pues lo hizo de manera incompleta, al no tener en cuéntalo devengado en el último año de servicios, siendo que la señora González Moreno prestó sus servicios como empelada pública por más de 20 años siendo beneficiaria del régimen de transición.

Que también se contravino la Ley 100 de 1993 al no haber respetado que la demandante se encontraba cubierta por el régimen de transición establecido en esta norma, hecho que generaba que le tuvieran que ser aplicadas para reconocer la prestación periódica la Ley 33 de 1985.

Con apoyo en jurisprudencias del Consejo de Estado referentes al tema, sostuvo que deben tenerse como factores salariales para determinar la base de la pensión todos los dineros devengados por los servicios prestados en el último año de servicios.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

En cuanto a los hechos afirmó que son ciertos los relacionados con el reconocimiento de la pensión, pero aseguró que la misma se liquidó de conformidad con las normas que regulan el asunto.

Propuso como excepciones:

- **Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional:** sostuvo que no es posible acceder a la reliquidación pensional reclamada por el actor, toda vez que al dar aplicación a una normativa anterior en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre ella se puede aplicar lo relativo a la edad, semanas y monto, más no la forma de calcular el IBL con el cual se liquida la prestación.
- **Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados:** afirmó que los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de la prestación pensional son los que taxativamente contempla la norma, y sobre los cuales efectivamente se hubieran realizado las correspondientes cotizaciones.
- **Improcedencia de reliquidar la prestación pensional:** que teniendo en cuenta que el accionante es beneficiario del régimen de transición, la pensión debe liquidarse conforme lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- **Prescripción:** manifestó que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en establecer que el derecho a la pensión no prescribe, pero las mesadas pensionales sí, y por ello solicitó que en caso de reconocerse algún derecho a favor del actor se dé aplicación a la prescripción del artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969.
- **Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA:** según el inciso quinto del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, para la causación de intereses moratorios la ley dispone que el interesado debe presentar reclamación ante la entidad, ya que los intereses nacen únicamente de haberse proferido una sentencia condenatoria.

- **Buena fe:** afirma que las actuaciones de la entidad se han ceñido a los postulados de la buena fe y conforme a las normas vigentes.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El 28 de octubre de 2019 el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales en audiencia inicial, dictó sentencia mediante la cual negó pretensiones tras plantearse como problema jurídico, si procedía el reajuste de la pensión de jubilación de la parte demandante con la inclusión de todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios.

Luego de hacer un recuento normativo, jurisprudencial, que incluyó el cambio de interpretación de las Altas Cortes respecto al ingreso base de liquidación en el régimen de transición, concluyó que según la sentencia de unificación del Consejo de Estado no procede la reliquidación pensional con lo devengado en el último año de servicios, pues la transición respetando y tiempo de servicios, debiendo establecerse el IBL conforme a la Ley 100 de 1993, que para el caso concreto es lo devengado en los últimos 10 años.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia a través de memorial que reposa de folios 137 a 148 del expediente.

Señala que la sentencia de unificación del Consejo de Estado constituye una regresión a los derechos laborales y violatoria de la Constitución Política. Que aplicar dicha postura va en contravía de los derechos de la actora, puesto que al estar cubierta por el régimen de transición tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: guardó silencio.

Parte demandada: insistió en su posición sobre la improcedencia de acceder a la reliquidación de la pensión en los términos solicitados por la parte demandante, ya que el precedente judicial de la Corte Constitucional es vinculante, de obligatorio cumplimiento

y prima sobre cualquier pronunciamiento que se encuentre en contravía de lo establecido por la corporación encargada de la guarda de la Constitución Política.

Adujo que su posición encuentra respaldo principalmente en la sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015 de la Corte Constitucional y en otros apartes jurisprudenciales que transcribió.

Ministerio Público: guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Como no se observa ninguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, se procederá a fallar de fondo la litis.

Problemas jurídicos

1. ¿A raíz de las sentencias proferidas sobre la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente la de unificación del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, cómo se determina el IBL para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en la norma en comento que presentaron sus demandas antes de la expedición de la providencia mencionada?

2. ¿Tiene derecho la señora González Moreno a que se reliquide su pensión de vejez con base en el 75% del promedio del salario devengado en el último año de servicios, al estar cubierta por el régimen de transición?

En caso de que la respuesta anterior sea positiva se deberá determinar:

3. ¿Qué factores salariales ingresarían a conformar el ingreso base de liquidación de su pensión?

4. ¿Hay lugar a ordenar se realicen descuentos sobre nuevos factores salariales a incluir en el IBL; cuáles serían los parámetros para efectuar los mismos?

Lo probado en el proceso

- La señora González Moreno conforme a la fotocopia de la cédula nació el 21 de mayo de 1950 (fol. 50, C.1)
- Conforme a la Resolución n° 2236 de 18 de mayo de 2006 la señora González Moreno ingreso al servicio público el 1 de diciembre de 1977 hasta el 30 de mayo de 2006 (Fol. 46, ibidem)
- Mediante Resolución n°2236 del 18 de mayo de 2006 se reconoce una pensión a favor de la señora González Moreno, siendo beneficiaria del régimen de transición, efectiva a partir del 01 de junio de 2006 (Fol. 47 a 49, C.1)
- Mediante Resolución nro. GNR 326720 del 30 de noviembre de 2013 se niega la reliquidación pensonal solicitada por la actora con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, decisión que fuera confirmada mediante la Resolución n° VPB 45928 del 28 de mayo de 2015 (Fol. 19 a 32, C.1)
- Que conforme al certificado de salariales allegado la señora González Moreno devengó en el último año de servicios además del sueldo básico, la prima de servicios, la bonificación por servicios, la bonificación por recreación, la prima de vacaciones, y la prima de navidad (fol. 44, ibídem)

Cuestión previa

Debe destacarse que en el presente proceso no está en discusión que la demandante se encuentra cubierta por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ya que las partes concuerdan en esto.

Primer problema jurídico

A raíz de las sentencias proferidas sobre la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, especialmente la de unificación del Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, ¿Cómo se determina el IBL para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del

régimen de transición establecido en la norma en comento que presentaron sus demandas antes de la expedición de la providencia mencionada?

Tesis: El IBL que se tiene en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias de la transición de la Ley 100 de 1993 se determina conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley en comento, según el caso, y con inclusión de los factores salariales sobre los que se hicieron aportes al sistema, ya que la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018 dispuso que el fallo se aplicaba de forma retrospectiva a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias.

Antecedentes históricos jurisprudenciales

Respecto al ingreso base de liquidación que se debe tener en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias del régimen de transición, se presentó en el pasado una controversia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

I. El Consejo de Estado con algunas variables expuso desde la expedición de la Ley 100 de 1993 lo que finalmente determinó en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (número interno 0112-09), que las personas que reunían los requisitos de transición de esta ley tenían el beneficio de que para su pensión la edad, tiempo de semanas cotizadas y el monto de la misma se determinarían conforme a la ley anterior, esto es, las Leyes 33 y 62 de 1985. Que el término monto incluía no solo la tasa de remplazo sino además la base sobre la cual se aplicaba esta, y que los factores salariales a tener en cuenta no eran únicamente los expresamente señalados en la ley si no todos los que fueron devengados en el último año de servicios y que hayan sido recibidos de manera habitual y periódica como contraprestación, ya sea que sobre ellos se hubiere cotizado o no, pues en este último caso se reconocían estos factores pero se autorizaba a las cajas correspondientes para que del mayor valor determinado se descontara lo correspondiente.

II. Mediante sentencia C-258 de 2013¹ la Corte Constitucional frente a cómo se determinaría el IBL para los beneficiarios de transición señaló:

4.3.6.3. Sobre el Ingreso Base de Liquidación

Para el efecto, la Corte acudirá a la regla general de Ingreso Base de Liquidación prevista en los artículos 21 y 36 de la Ley 100. En efecto, el artículo 36 estableció dos reglas específicas en la materia: (i) para quienes el 1° de abril de 1994, les faltara menos de 10 años para pensionarse, el IBL sería (a) “el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta” para reunir los requisitos para causar el derecho a la pensión, o (b) el promedio de lo “cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”. (ii) En los demás casos, es decir, en la hipótesis de las personas a quienes el 1° de abril de 1994 les faltaban más de 10 años para reunir los requisitos de causación de la pensión, a falta de regla especial en el artículo 36 y teniendo en cuenta que el inciso segundo ibídem solamente ordena la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes especiales sobre edad, tiempo de cotización o servicios prestados, y tasa de reemplazo, se les debe aplicar la regla general del artículo 21 de la Ley 100 (...).

Como consecuencia de esta sentencia, para la pensión de los Congresistas, el IBL se determinaría conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, según el caso.

III. Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015 extendió lo manifestado en la sentencia C-258 de 2013 a los beneficiarios del régimen de transición, y reiteró las consideraciones allí expuestas relacionadas con el ingreso base de liquidación. Así mismo, interpretó lo que debe entenderse por la expresión “monto” que determinó el artículo 36 de la Ley 100, y señaló que se refiere únicamente a la tasa de remplazo y que no incluye el IBL, el cual se deberá determinar conforme lo señala esa disposición, refiriéndose al artículo 21 y al inciso 3 del artículo 36 de esa ley.

IV. Frente a la anterior posición el Consejo de Estado se mantuvo en su tesis inicial, y así se señaló en la sentencia de unificación de la Sección Segunda de fecha 25 de febrero de 2016, radicación 25000-23-42-000-2013-01541-01, en la cual planteó argumentos jurídicos con los cuales debatió los postulados expuestos por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU- 230 de 2015.

V. La Corte Constitucional, entre otras, con las sentencias sentencia SU-427 de 2016 y la SU-395 del 22 de junio de 2017 mantuvo su posición, y exigió que esta interpretación debía ser tenida como precedente obligatorio.

VI. Finalmente, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha agosto 28 de 2018, expediente 2001-23-33-000-2012-00143-01, unificó el tema con el siguiente tenor:

Fijación de la Regla Jurisprudencial sobre el IBL en el régimen de transición

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

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

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

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

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

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

(...)

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

97. Esta subregla se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política que consagra el principio de solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho.

98. El artículo 48 constitucional define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El legislador (artículo 2 de la Ley 100 de 1993) explica este principio como “[...] la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”.

99. La interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, solo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.

100. De conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo 48, para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio y las semanas de cotización. Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones.

101. A juicio de la Sala Plena, la tesis que adoptó la Sección Segunda de la Corporación, en la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, según la cual el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y no impedían la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicio, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social. La inclusión de todos los factores devengados por el servidor durante el último año de servicios fue una tesis que adoptó la Sección Segunda a partir del sentido y alcance de las expresiones “salario” y “factor salarial”, bajo el entendido que “constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios” con fundamento, además, en los principios de favorabilidad en materia laboral y progresividad; sin embargo, para esta Sala, dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

102. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera que el tomar en cuenta solo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afecta las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

103. Por el contrario, con esta interpretación (i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.

De la anterior sentencia de unificación se puede extractar:

- Que el régimen de transición contemplado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cobija únicamente la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión estipulado en la ley anterior.

- Que la expresión "monto de la pensión" hace referencia únicamente al porcentaje o tasa de remplazo aplicable al IBL, y, por tanto, a las personas cobijadas por el régimen de transición se les debe liquidar su pensión con el IBL en la forma señalada en el artículo 21 y/o inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

-Que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión solamente los factores salariales sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.

El Tribunal Administrativo de Caldas acoge los precedentes tanto de la Corte Constitucional como el ahora expuesto en la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2018, que incluso sobre los efectos de este fallo dispuso lo siguiente:

Efectos de la presente decisión

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

114. La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos

diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política³⁶. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

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

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

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

118. Como uno de los efectos de esta decisión comprende los procesos administrativos en curso, la Sala solicita de manera imperiosa a las entidades administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida que, al momento de efectuar el reconocimiento de la pensión, expliquen precisa, completa y detalladamente cada uno de los factores y/o valores numéricos tenidos en cuenta en la liquidación, de forma que sea comprensible al usuario y garantice un debido proceso administrativo (subrayado Sala de Decisión).

Según lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias SU-427 de 2016 y la SU-395 del 22 de junio de 2017 sobre la obligatoriedad del precedente frente al tema del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pero especialmente lo determinado por el Consejo de Estado como órgano de cierre de esta jurisdicción en la providencia del 28 de agosto de 2018, no es de recibo el argumento de la parte actora relacionado con que esta última providencia, especialmente, se aplicó de manera retroactiva al caso del demandante, puesto que para el momento en que fue proferida la sentencia de primera instancia, y ahora la de segunda instancia, el precedente judicial vigente a través del cual

se unificó la controversia en la materia ya había sido expedido, razón por la cual era de acatamiento obligatorio para el juez natural de la causa.

En lo que respecta a la vulneración del principio de confianza legítima alegada por la parte recurrente con ocasión del cambio de jurisprudencia, debe precisarse que el Máximo Tribunal Administrativo en sentencia de tutela del 26 de septiembre de 2016² precisó lo siguiente:

Es importante considerar que la Constitución Política establece una serie de principios que propenden por la salvaguarda de los intereses de los asociados frente a las decisiones del Estado, que pudieren alterar significativamente las relaciones que surgen entre el Estado y los administrados. Dentro de esos principios la Sala destaca el de la confianza legítima.

Precisamente, la Corte Constitucional ha sido uno de los órganos que más ha recurrido a ese principio para proteger la integridad del ordenamiento constitucional o amparar derechos fundamentales de las personas. Sobre el principio de la confianza legítima, señaló:

Así pues, en esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Müller, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.

Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación³.

Bajo esa perspectiva, la confianza legítima se erige como garantía del administrado frente a cambios bruscos e inesperados de las autoridades públicas —trátese de órgano legislativo, administración pública o autoridades judiciales—

Ahora bien, es de anotar que la confianza legítima no tiene la connotación de principio absoluto y, por tanto, es factible su limitación o restricción, en razón de otros principios constitucionales que también ameriten aplicación según las particularidades del caso. Así, la confianza legítima debe ceder, por ejemplo, frente a un interés público imperioso que se le contraponga.

Generalmente, se habla de confianza legítima en las actuaciones administrativas y en la expedición de leyes. Empero, a juicio de la Sala, nada obsta para que se refiera también a la expedición de sentencias.

Como se sabe, los órganos jurisdiccionales tienen la facultad de variar sus líneas jurisprudenciales, pues el ejercicio hermenéutico lleva implícito la posibilidad de hallar diferentes significados a las disposiciones normativas y, por lo tanto, un análisis serio y argumentado puede poner de manifiesto la equivocación de una tesis que antes se admitía como válida.

En principio, cuando las autoridades judiciales varían la jurisprudencia no desconocen el principio de la confianza legítima de la persona que activó el aparato judicial y que, en estricto sentido, sería la primera que afrontaría las consecuencias adversas del cambio jurisprudencial, toda vez que es perfectamente posible que el nuevo sentido jurisprudencial busque efectivizar otros principios que demanden aplicación y que, dada la importancia que revisten en el asunto, deben prevalecer ante la confianza legítima.

En el caso de las personas cubiertas por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se hizo necesario modificar la postura que se había adoptado desde la sentencia del 4 de agosto de 2010 en aras de efectivizar el principio de solidaridad en materia de seguridad social, sin que tal cambio jurisprudencial, para esta Sala de Decisión, haya dado lugar a desconocer el principio de la confianza legítima.

Como se adujo en líneas anteriores, y frente al primer problema jurídico, por respeto al precedente, la Sala acoge la postura de las Altas Cortes, especialmente la del Consejo de Estado, que disponen que el IBL que se tiene en cuenta para liquidar la pensión de las personas beneficiarias de la transición de la Ley 100 de 1993, como es el caso de la actora,

se determina conforme lo señala el artículo 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley en comento, según el caso.

Segundo y tercer problema jurídico

¿Tiene derecho la señora María Amparo González Moreno a que se reliquide su pensión de vejez con base en el 75% del promedio del salario devengado en el último año de servicios al encontrarse cubierta por el régimen de transición?

¿Qué factores salariales ingresarían a conformar el ingreso base de liquidación de su pensión?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que el accionante no tiene derecho a que el IBL de la pensión esté conformado por los factores salariales percibidos en el último año de prestación de servicios de la señora González Moreno ya que el ingreso base de liquidación debe calcularse según los postulados de la Ley 100 de 1993, y con los factores salariales sobre los que haya realizado cotizaciones.

Conforme a la posición actual de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, que como se indicó será la que acoge esta Corporación, se entiende entonces que en aplicación de esta para los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 deben respetarse las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de reemplazo) de la pensión que consagraba el régimen pensional anterior, en este caso, la Ley 33 de 1985.

Y para determinar el IBL la liquidación debe regirse por lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la misma norma, según el tiempo que le faltare al interesado a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para adquirir el derecho a la prestación.

Así pues, si al 1º de abril de 1994 (empleados nacionales) o al 30 de junio de 1995 (empleados territoriales), a la persona beneficiaria del régimen de transición le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, la liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para acceder a la prestación, o el cotizado durante todo el tiempo si fuere superior. Lo anterior, con la correspondiente actualización con base en la variación del IPC.

Ahora, sobre los factores que se deben tener en cuenta, según lo dispuesto por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación sobre la materia, los únicos que pueden incluirse para determinar el IBL son aquellos devengados por la parte actora durante el tiempo de liquidación referido y que sirvieron de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, conforme al Decreto 1158 de 1994, esto es: asignación básica mensual; gastos de representación; prima técnica, cuando sea factor de salario; primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario; remuneración por trabajo dominical o festivo; remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y bonificación por servicios prestados.

En este caso la parte demandante solicitó que su pensión fuera reliquidada con la inclusión de todos los factores salariales percibidos en el último año de servicios, lo cual no es procedente de conformidad con lo discurrido, por cuanto a las personas beneficiarias del régimen de transición, como es el caso de la actora, se les debe calcular el IBL con base en la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo percibido en los 10 últimos años de servicios o el tiempo que faltare para adquirir el derecho, y con inclusión de los factores del Decreto 1158 de 1994 o sobre lo que haya cotizado.

Así las cosas, y en virtud de la nueva postura acogida por este Tribunal Administrativo de Caldas según las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, al actor no le asiste derecho a que se le reliquide su pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, sino únicamente aquellos señalados en el Decreto 1158 de 1994 o sobre los cuales realizó aportes al sistema pensional.

Por lo anterior, se confirmará la providencia de primera instancia, y por sustracción de materia no se resolverán los demás problemas jurídicos.

Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada, y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, en un cambio de postura, acogiendo las sentencias de unificación de las Altas Cortes, especialmente la del Consejo de Estado, estima esta Sala de Decisión que a la parte actora no le asiste derecho de acceder a la reliquidación pensional que reclama, en tanto el IBL de las pensiones sujetas a régimen de transición debe

calcularse conforme a lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, y no de la forma como lo solicitó la parte actora, esto es, con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

Costas

En el presente asunto no se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, que es la demandante, en atención a que sus reclamaciones en sede judicial se realizaron con fundamento en la tesis que para el momento planteaba el Consejo de Estado en relación con el régimen de transición.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el 28 de octubre de 2019, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **MARÍA AMPARO GONZÁLEZ MORENO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

SEGUNDO: SIN COSTAS.

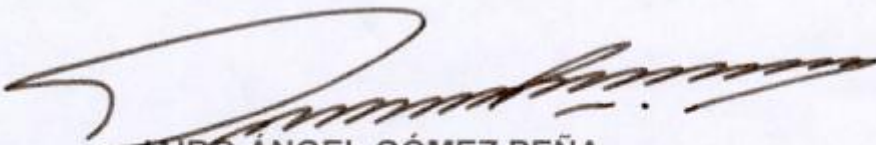
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

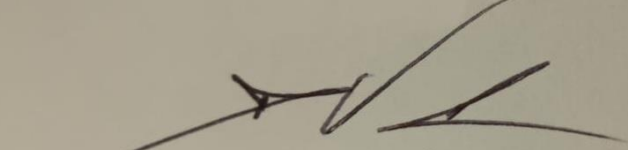
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual realizada el 10 de diciembre de 2020 conforme Acta n° 063 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la partes por Estado Electrónico No. 184 del 15 de diciembre de 2020.
Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.

Manizales, _____

A handwritten signature in green ink, consisting of several vertical strokes of varying heights and a horizontal base line, with a long vertical stroke extending downwards from the left side.

HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de aceptar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

Diciembre (14) de 2020.



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario.

Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Radicación: 17001-33-33-001-2014-00512-02
Demandante: JUAN CAMILO QUINTERO HURTADO Y OTROS
Demandado: COSMITET LTDA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020) A.S. 180

De conformidad con lo estipulado en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA, se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 15 de mayo de 2020 (Archivo PDF 063), al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el memorial se radicó el 03 de julio de 2020 (Archivo PDF 066), es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, concédase el término de diez (10) días para presentar los alegatos de conclusión.

Vencido el término concedido a las partes, el señor Agente del Ministerio Público dispone igualmente de diez (10) días para emitir su concepto.

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **184**

FECHA: 15/12/2020



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

CONSTANCIA SECRETARIAL: Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de aceptar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

Diciembre catorce (14) de 2020.



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17001-33-33-002-2016-00343-02
Demandante: GLORIA TERESA GÓMEZ ARIAS
Demandado: DEPARTAMENTO DE CALDAS Y OTROS



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (2020) A.S. 181

De conformidad con lo estipulado en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA, se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida en audiencia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 11 de mayo de 2020 (Archivo PDF 20), al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el memorial se radicó el 15 de mayo de 2020 (Archivo PDF 23), es decir dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, concédase el término de diez (10) días para presentar los alegatos de conclusión.

Vencido el término concedido a las partes, el señor Agente del Ministerio Público dispone igualmente de diez (10) días para emitir su concepto.

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase

PABLO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **184**

FECHA: 15/12/2020



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión - Sistema Escrito

Magistrado ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

A.I. 256

Manizales, nueve (9) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación:	17001-33-31-003-2008-00008-00 (Acumulados) 17001-33-31-004-2008-00794-02 17001-33-31-001-2010-00080-00 17001-33-31-003-2010-00797-00
Clase:	Reparación directa
Demandante:	Betsabé Luna Arcos y otros
Demandado:	La Nación- Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Procede la Sala a decidir sobre la solicitud de corrección de la sentencia No. 107 proferida por esta Corporación.

I. Antecedentes

El Tribunal Administrativo de Caldas profirió sentencia No. 107 el día 27 de octubre de 2020, mediante la cual se modificó el ordinal cuarto de la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Manizales, el 28 de marzo de 2014, y se hicieron algunas actualizaciones de los perjuicios reconocidos en la misma.

La providencia cuya aclaración se pretende en esta oportunidad, fue debidamente notificada el día 6 de noviembre de 2020, y según constancia secretarial su ejecutoria transcurrió entre el 9 y el 23 de noviembre de 2020.

Ahora bien, la apoderada judicial de los demandantes del proceso acumulado 2010 0080, allega correo electrónico el día 12 de noviembre de 2020, mediante el cual solicita corregir el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida en segunda instancia, refiriendo que por error involuntario se transcribió allí el nombre de Julián Andrés Perafán Guevara, cuando lo correcto es Juan Andrés Perafán Guevara; así como que se consignó el nombre de Sara Sofía Perafán Guevara y lo correcto es Sara Sofía Perafán Velazco (sic).

II. Consideraciones

El artículo 286 del Código General del Proceso (CGP) establece:

“Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella”.

Del artículo en cita queda claro que la corrección de la sentencia puede realizarse por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte. En este caso, la constancia secretarial dice que la sentencia proferida en segunda instancia dentro del asunto de la referencia fue notificada el 6 de noviembre del año en curso, y que quedó debidamente ejecutoriada el día 23 de noviembre, así como que el escrito mediante el cual solicita la corrección de la demanda fue allegado el día 12 de noviembre de 2020.

Ahora, al revisar cuidadosamente el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia número 107 notificada el 6 de noviembre de 2020, ordinal relacionado con la actualización de las sumas reconocidas por perjuicios materiales, se consignaron los nombres de *Julián Andrés Perafán Guevara y Sara Sofía Perafán Guevara*, no obstante en la parte considerativa de la sentencia, así como en el ordinal primero, se observa que los nombres y apellidos correctos son Juan Andrés Perafán Guevara y Sara Sofía Velasco, tal como aparecen en los respectivos registros civiles de nacimiento allí relacionados.

Así pues, al considerar lo ocurrido con un error por cambio de palabras, por lo que a juicio de esta Sala procede la corrección solicitada del ordinal segundo de la sentencia número 107 notificada el 6 de noviembre de 2020, en el siguiente sentido, haciendo claridad que las sumas allí descritas se conservan, y el único cambio consiste en modificar Julián por Juan, y Guevara por Velasco así:

Segundo: Actualizar las sumas reconocidas por perjuicios materiales así:

Proceso 2010 00080:

(...)

Juan Andrés Perafán Guevara (hijo) VR = \$111.807.138,26

Reparación directa
17001-33-31-003-2008-00008-00 (Acumulados)
17001-33-31-004-2008-00794-02
17001-33-31-001-2010-00080-00
17001-33-31-003-2010-00797-00
Corrección sentencia
Diciembre 9 de 2020

Sara Sofía Perafán Velasco (hija) VR = \$111.294.916,42

De igual manera se advierte, en el numeral 5.3. de la parte considerativa de la sentencia, denominado actualización de los perjuicios materiales reconocidos en primera instancia, idéntico yerro al consignado en el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia, pues allí se cita: “*Proceso 2009 00080: Karen Natalia Perafán Rendón (hija) \$ 81.441.529.82, Julián Andrés Perafán Guevara (hijo) \$85.769.423.09 y Sara Sofía Perafán Guevara (hija) \$85.376.457.79*”, razón por la cual se hará la corrección respectiva.

Finalmente, debe decirse que en este mismo numeral 5.3., se hizo referencia al proceso *2009 00080*, lo cual correspondió de igual manera a un yerro en la digitación, por obedecer el radicado al 2010 00080, tal como quedará igualmente corregido y consignado en la parte resolutive de esta providencia.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala

III. Resuelve

Primero: Corregir la Sentencia N°.107 del 27 de octubre de 2020, concretamente en su parte considerativa, el numeral *5.3. De la actualización de los perjuicios materiales reconocidos en primera instancia*, en el párrafo cuarto que quedará así:

Proceso 2010 00080:

Juan Andrés Perafán Guevara (hijo) \$85.769.423.09
Sara Sofía Perafán Velasco (hija) VR = \$85.376.457.79

Segundo: Corregir la Sentencia N°.107 del 27 de octubre de 2020 del 06 de julio de 2018, específicamente el ordinal segundo de la parte resolutive quedará así:

“Segundo: Proceso 2010 00080:

(...)

Juan Andrés Perafán Guevara (hijo) VR = \$111.807.138,26
Sara Sofía Perafán Velasco (hija) VR = \$111.294.916,42

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, prosígase con el trámite pertinente.

Notifíquese y cúmplase

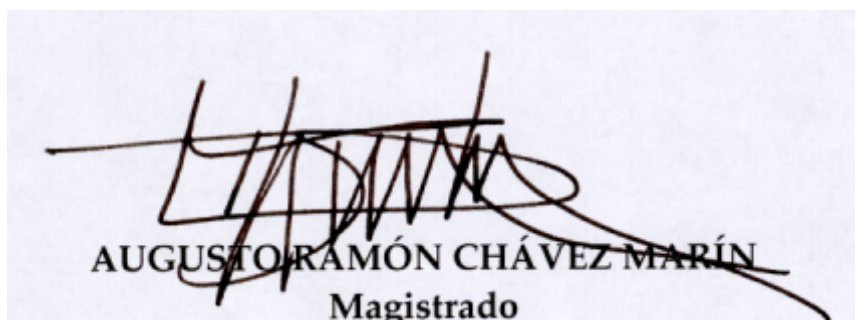
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión del Sistema Escrito de la fecha.

Reparación directa
17001-33-31-003-2008-00008-00 (Acumulados)
17001-33-31-004-2008-00794-02
17001-33-31-001-2010-00080-00
17001-33-31-003-2010-00797-00
Corrección sentencia
Diciembre 9 de 2020

Los integrantes de la Sala de Decisión del Sistema Escrito,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Jairo Ángel Gómez Peña', written in a cursive style.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Augusto Ramón Chávez Marín', written in a cursive style. Below the signature, the name and title are printed in black text.

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado
Con impedimento aceptado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Acción:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2018-00365-00
Demandante:	Beatriz Elena Castañeda Díaz
Demandado:	Hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio, Caldas
Providencia:	Sentencia N° 128

Se profiere sentencia dentro del proceso de la referencia.

La Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, procede a dictar sentencia, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz contra la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio, Caldas.

Al no encontrar irregularidad alguna que pueda dar lugar a la nulidad de lo actuado, se procede a proferir fallo que finalice la instancia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

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

“1. Declarar la nulidad del acto administrativo emitido por la E.S.E. Hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio, Caldas con fecha 28 de febrero de 2018, notificado el día 01 de marzo de 2018, que negó la solicitud presentada por mi poderdante, tendiente al pago de las prestaciones sociales en los mismos términos que las percibían los funcionarios de planta.

2. Declarar que entre mi poderdante y la entidad demandada, existió una relación laboral de carácter legal y reglamentaria desde el 27 de enero de 2001, razón por la cual ostentaba la condición de empedada pública.

3. Declarar que en la relación de carácter general y reglamentaria existente entre mi poderdante y la entidad demandada, no ha tenido solución de continuidad y ha sido indefinida.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho y reparación del daño, solicito condenar a la entidad accionada a:

1. *Reconocer y pagar integralmente a mi poderdante, las prestaciones sociales que correspondan a una auxiliar de servicios asistenciales "auxiliar de enfermería" desde el 27 de enero de 2001, así como al pago de los aportes por dicho periodo a las entidades de Seguridad Social. (…).*
2. *Que en sede judicial se fije la condena económica que podrá coincidir con el valor final definitivo que se infiere de la estimación razonada de la cuantía, prefiriéndose la primera si fuere mayor.*
3. *Condenar a la ESE Hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, a pagarle los perjuicios morales a mi poderdante, equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago."*

2. Hechos

Cita el apoderado judicial de la demandante que, la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz ingresó a laborar en el Hospital departamental San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, el día 27 de enero de 2001 en el cargo de auxiliar de enfermería.

Sostiene el demandante que sólo a partir del 1º de enero de 2015 se firmó contrato de prestación de servicios de forma directa con la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, sin que se le haya cancelado suma alguna de dinero por concepto de salarios y prestaciones sociales.

Así mismo sostiene que la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz ingresó a laborar en el hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, el día 27 de Enero de 2001 en el cargo de Auxiliar de Enfermería, hasta la fecha de presentación de la demanda; y que el día 01 de marzo del año 2016 se firma acta de suspensión del contrato vigente, de mutuo acuerdo, por incapacidad médica.

Indica la demandante que desde el 23 de mayo de 2016 hasta el 30 de junio de 2016, se reanuda contrato de prestación de servicios, en calidad de auxiliar de enfermería, bajo las órdenes del personal del Hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio, Caldas; y que el 01 de julio de 2016 se firma contrato de prestación de servicios con la E.S.E. Hospital hasta el 30 de septiembre del año 2016, en calidad de auxiliar de enfermería en las instalaciones del hospital; contratos que se suscribieron hasta el 31 de Marzo del año 2017, en la misma calidad de auxiliar de enfermería.

Narra que desde marzo del año 2017, ella ha estado con órdenes de incapacidad por problemas de salud e intervención quirúrgica, incapacidades que se han extendido hasta la fecha de presentación de la demanda, y que el 1º de marzo de 2016, se firma suspensión del contrato por mutuo acuerdo por incapacidad, el cual se reanudó posteriormente

Expone que, de forma continua y sin interrupción la demandante ha venido realizando la misma función para el hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, por 17 años, en igualdad de funciones al personal de planta de la entidad, recibiendo órdenes del personal de la entidad, bajo subordinación permanente, cumpliendo horario y recibiendo un salario por parte del hospital departamental San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, por las labores realizadas en la misma entidad.

Afirma que el tiempo trabajando para el hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, estuvo bajo una verdadera relación legal y reglamentaria de índole laboral; sin que se le hayan cancelado sus derechos laborales, entre ellos, cesantías, seguridad social, primas, vacaciones, parafiscales y demás legales en consideración a la función pública y administrativa; desconociendo además, las prerrogativas a las que tiene derecho en calidad de empleada pública.

Cita que el hospital departamental San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, ha utilizado la tercerización laboral por medio de cooperativas y sindicatos para evadir la responsabilidad de cancelar las prestaciones sociales a las que tenemos derechos, en tal sentido durante la relación legal y reglamentaria que se ha camuflado; y que la demandante estuvo con tercerización laboral por medio de las siguientes cooperativas: Coopreserva, Gestiones, Cooprosol, Cooperamos, Sindicato Nacional de la Rama de Actividad de la Salud y Terracaf STC.

3. Contestación de la demanda. (Fls. 604 a 646 C. 1C)

La demandada ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas contestó la demanda y sostiene que la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios por unos cortos periodos que cita entre folios 607 y 608, y afirma que los demás periodos a los cuales hace referencia la demandante, se explican en que la entidad obtenía servicios mediante procesos y subprocesos contratados con distintas personas jurídicas, como Cooperativas de Trabajo Asociado.

Afirma la demandada que la ESE Hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio no tiene injerencia ni relación con la forma de vinculación laboral de los afiliados y las demás gestiones internas de dichas Cooperativas, pues tanto la ESE como las diferentes cooperativas con las que se contrató, son dos personas jurídicas completamente autónomas, independientes y diferentes. Y añade que entre los años 2013 y 2014, la ESE Hospital contrató servicios de apoyo asistencias con unas organizaciones sindicales en el marco de la regulación prevista en esa clase de personas jurídicas; y hace una exposición detallada de la naturaleza jurídica de la ESE demandada y de las Cooperativas de Trabajo Asociado.

Expone que la ESE no tuvo ningún tipo de vínculo laboral con la demandante, y que pese a la existencia de algunos contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, la relación contractual estuvo compuesta por oferta de servicios, actas de ejecución de las actividades pactadas, pagos de los honorarios convenidos y las liquidaciones de dichos contratos.

Refiere la ESE que efectivamente la suspensión del contrato se dio por las razones de salud a que hace la referencia la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz en su demanda, y que dicha suspensión es acorde con la modalidad contractual en la que se encontraba la demandante, y que el último de los contratos firmado el 1° de enero de 2017, si bien tenía una duración de tres meses, no se ejecutó durante todo ese lapso, por circunstancias atribuibles exclusivamente a la contratista.

Así mismo acepta que a la demandante no se le han cancelado las sumas de dinero solicitadas, ello por cuanto no existió entre las partes una relación laboral que diera lugar a dichos reconocimientos.

Resalta el apoderado de la demandada que, desde el año 2004 la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio se encuentra en proceso de ajuste institucional, modernización, rediseño y reorganización de la red pública hospitalaria, por orden expresa del Ministerio de la Protección Social, y que suscribió contratos con diversas Cooperativas de Trabajo Asociado y con algunos sindicatos; y que contrató con terceros unos servicios especializados para los cuales estaba habilitado, pero el personal con el cual se realizan las actividades, la forma, tiempos e instrumentos; todos se determinan directamente con las Cooperativas, pues son ellas quienes definen con que personal y de que manera lo ejecutan.

Señala respecto de las Cooperativas de Trabajo Asociado que la ESE demandada solo ha realizado la interventoría de los contratos con éstas, así como la verificación de su objeto diariamente; y que por lo demás, las relaciones de los asociados en materia de horarios, turnos, actividades y compensaciones o contraprestaciones, permios y demás, están a cargo directamente de la Cooperativa según sus propias regulaciones.

Cita la demandada que en los contratos con agremiación sindical, suscritos entre los años 2013 y 2014, su régimen es claro, y solo basta referirse al contrato o contratos suscritos, y al régimen contenido en sus artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto reglamentario 1429 de 2010.

Seguidamente sostiene que entre los años 2015 a marzo de 2017, fue el único periodo donde se evidencia una relación directa con la demandada ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas, pues la relación contractual quedó plasmada en los contratos, actas parciales de avance y liquidación; siendo esos documentos de contenido especial, de valor pleno probatorio de los documentos públicos, y alcance contenido en el artículo 211 de CPACA, en concordancia con el CGP.

Como excepciones de fondo propone las siguientes:

- Falta de legitimación en la causa por pasiva.

Afirma la demandada que la ESE Hospital San Juan de Dios es demandada de manera directa, como si existiera un vínculo laboral con la demandante, pero que ello no es cierto; y que la vinculación se realizó fue con las Cooperativas de Trabajo Asociado, pero que la demandante pretende desconocer su condición de asociada a dichas CTA; y que es claro que la relación que se pudiera establecer entre los años 2003 y 2012, estuvo basada en el marco legal de asociados, beneficiarios y compensaciones, contratación para la cual estaba autorizada por la ley. Y concluye en esta excepción que no existe un solo acto o contrato o documentos que dé cuenta de la relación laboral pretendida entre la ESE demandada y la demandante; y contrario a ello, si existen contratos de prestación de servicios suscritos con las CTA, respecto de las cuales la demandante era parte como asociada autogestionaria.

- Inexistencia de relación laboral.

Afirma que esta excepción se funda en los argumentos planteados en la excepción antes citada, y hace una extensa cita del sistema de contratación con terceros de las Empresas Sociales del Estado en el marco del decreto 536 de 2004, así como el decreto 4588 de 2006, y reitera que la única forma concreta de vinculación directa entre la demandante y la ESE demandada, es la relacionada en contratos de prestación de servicios en los años 2015, 2016 y hasta el 21 de marzo de 2017; pues de los demás periodos aludidos por la demandante, la relación fue entre ésta y las agremiaciones sindicales.

- Cobro de lo no debido.

Reitera la demandada que la relación laboral que se evidencia con la demandante es entre los años 2005 y marzo de 2017, relación enmarcada en la prestación de servicios, donde se pagó la contraprestación pactada, no subsistiendo ninguna obligación de pago pendiente.

Resalta en esta excepción que no existe certeza de los tiempos y la forma de vinculación de la demandante con algunas de las Cooperativas de Trabajo Asociado; así como que la demandante no cita en sus pretensiones ni es de su interés una declaratoria en solidaridad, no procediendo la condena en contra de la demandada bajo ese principio; debiendo además exonerarse de toda responsabilidad a la ESE demandada, pues las CTA se comprometieron a mantenerla indemne de las obligaciones de esta naturaleza.

- Mala fe de la demandante.

Funda la ESE esta excepción en que la demandante pretende obtener unos beneficios económicos muchos años después, derivados de relaciones legales sostenidas con CTA y Sindicales, que obraron como terceros en la prestación de servicios, muchos de ellos donde no hay precisión en la forma de vinculación, tiempos y compensaciones.

También cita que se evidencia la mala fe cuando pretende una prima de servicios, que no está autorizada para la época a favor de servidores públicos y respecto de lo cual abunda la jurisprudencia como la contenida en la sentencia C- 402 de 2013.

- Pago y Prescripción de derechos.

La funda en que la demandada canceló mes a mes las sumas de dineros correspondientes a los contratos de prestación de servicios del periodo 2015 a marzo de 2017. Así como que por la fecha de los contratos, se evidencia prescripción.

4. Alegatos de conclusión

- Demandada (Fls. 695 A 700 c. 1C)

El apoderado judicial de la parte demandada presentó su escrito de alegatos reiterando los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda, especialmente en lo relacionado con las vinculaciones de la demandante a las Cooperativas de Trabajo Asociado, y expone que no se probó dentro del proceso dicha vinculación.

Dice que frente a la prueba testimonial, si bien algunos testigos aceptan haber visto a la demandante en las instalaciones de la ESE algunas veces, ninguno de ellos da cuenta sobre su forma de vinculación, ni sus actividades, ni que sus servicios fueran continuados.

Dice que la prueba documental testimonial y documental aportada no da cuenta de la supuesta relación laboral alegada, y contrario a ello, si da cuenta de la relación de la demandante con las Cooperativas de Trabajo Asociado. También cita que de la prueba documental aportada con la demandada, no hay evidencia de contratos en los que haya participado la demandante, ni como asociada.

Luego se refiere al valor probatorio de los documentos aportados, y aduce que los contratos de prestación de servicios suscritos con las Cooperativas de Trabajo Asociado o agremiaciones Sindicales, no guardan una relación directa con la demandante, ni da fe de su vinculación continúa; y que los contratos sin objeción, fueron ejecutados en su momento, pudiendo ser liquidados y declarados a paz y salvo.

Afirma que hay inexistencia de jurisdicción y competencia con relación a los contratos suscritos entre los años 2013 y 2014, por estar regulados por el Código Sustantivo del Trabajo.

Finalmente sostiene que la demandante no acreditó los elementos necesarios para determinar que era una empleada de la ESE demandada, y que solo obra un periodo de relación entre el año 2015 y marzo del año 2017, sin que la demandante cumpliera con la cara de la prueba correspondiente a dicho periodo, y que de los contratos suscritos con la ESE se evidencia que los pagos fueron realizados conforme al contrato de prestación de servicios; que la vinculación a seguridad social era cotizada por ella misma; que no se dio una relación que diera lugar a una subordinación; la gestión de vigilancia se redujo a la revisión de cumplimiento de las obligaciones pactadas; y que no hay prueba de los elementos necesarios para la declaratoria de una relación laboral.

- Parte Demandante (Fls. 701 a 711 C. 1C)

El apoderado judicial de la parte demandante presenta su escrito de alegatos afirmando que si se dio entre las partes una relación legal y reglamentaria de trabajo.

Se refiere a los testimonios rendidos dentro del proceso, y sostiene que ellos acreditan que la demandante prestaba sus servicios de manera personal en la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas, durante varios años como auxiliar de enfermería, y que dichas labores las prestó desde el año 2002 hasta el mes de marzo del año 2017.

Dice que los testigos ilustraron cuales eran las funciones que cumplía la demandante, especialmente que cumplía funciones de auxiliar de enfermería, actividades iguales a las que ejercía el personal de planta de la demandada.

Cita la demandante que con la demanda se aportó copia del manual de funciones del cargo de auxiliar de enfermería de la ESE demandada, y que al compararse dichas funciones con las que los testigos dicen que cumplía la demandante, se concluye que resultan ser las mismas, confirmándose de esta manera el cumplimiento de actividades misionales por parte de la señora Beatriz Elena Castañeda; de tal manera que, dichas funciones debían cumplirse con el personal de planta de la entidad, desvirtuando con ello el uso de contratos de prestación de servicios o Cooperativas de tercerización laboral.

También dice que en los testimonios quedó claro, que cuando debían ausentarse del sitio de trabajo debían enviar a sus jefes excusas, y que los cuadros de turnos no podían ser modificados, confirmando la potestad de los jefes de personal de planta de la entidad.

Cita que en la prueba documental aportada, se allega copia de los contratos suscritos con las Cooperativas de Trabajo Asociado y el hospital, así como las certificaciones emitidas por dichas entidades, donde se consigna que la demandante prestaba sus servicios personales de auxiliar de enfermería para el Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas, uno de ellos emitido por el propio Hospital el día 27 de enero de 2001.

Refiere que de los testimonio y documentos, se concluye que la demandante no tenía autonomía para prestar sus servicios personales, y que se trató por ello de una real prestación de servicios personales entre el 27 de enero de 2001 y el mes de marzo de 2017, sin solución de continuidad, para el cumplimiento de actividades misionales.

En cuanto a la remuneración, afirma la demandante en sus alegatos que los testigos afirman que se pagaba por la prestación de los servicios, y que el valor mensual fue variable.

Frente al elemento de la subordinación dice que los testigos Maria Mery Henao, Martha Cecilia Carmona y Maria Cenet (SIC) dan cuenta el cumplimiento de turnos de la demandante, el cumplimiento de instrucciones por parte de la ESE, cumplimiento de horario de trabajo y subordinación; así como que la profesional de talento humano Yina Alexandra Aguilar y la profesional Gloria Piedad Taborda dan cuenta de los horarios, cumplimiento órdenes, y que las obligaciones dependían de la necesidad de

la entidad; así como que la demandante era capacitada por medio de convenios del hospital con otras entidades, y que ninguno de los testigos afirma que dichas capacitaciones eran cargo de las Cooperativas de Trabajo Asociado.

Finalmente se refiere a las Cooperativas o Sindicatos y sostiene que, pese a las afirmaciones de la demandada frente a la vinculación de la demandante con las Cooperativas de Trabajo Asociado, la testigo Martha Cecilia Carmona, afirmó que las órdenes e insumos eran dados directamente por el Hospital; así como que Sindirasal fue conformado por el llamado del Gerente del Hospital San Juan de Dios de Riosucio, pero que era el Hospital el que daba las órdenes, y que los pagos realizados por el Sindicato, eran definidos por el Gerente del Hospital. Y adiciona que a las CTA se debían vincular, porque el Hospital llamada a las personas, y les informaban con quien contrataría, con que CTA para que se afiliaran a ésta, y que en recursos humanos se solicitaban los documentos necesarios, y ellos hacían toda la gestión, solo teniendo que firmarse por el personal.

Termina el apoderado judicial diciendo que de los testimonios rendidos dentro del proceso, se evidencia una imposición desde la gerencia de la modalidad de tercerización de labores, desconociendo derechos y garantías; y que queda demostrado que las CTA y los Sindicatos solo facilitaban el pago, porque las órdenes, los insumos, los espacios, y todo era propiedad del Hospital; resaltando que la tercerización está prohibida en la ley 1429 de 2010.

Solicita la parte demandante que se declare la nulidad del acto administrativo emitido por la E.S.E. Hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, con fecha 28 de febrero de 2018, mediante el cual se negó el reconocimiento de prestaciones sociales en los mismos términos que las percibían los funcionarios de planta; así como que se declare que entre la demandante y la demandada, existió una relación laboral de carácter legal y reglamentaria desde el 27 de enero de 2001, razón por la cual ostentaba la condición de empedada pública.

5. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto dentro de la presente actuación, tal como consta en constancia secretarial que obra a folio 712 del cuaderno 1C.

II. Consideraciones

Solicita la parte demandante que se declare la nulidad del acto administrativo proferido por la E.S.E. Hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio, Caldas,

con fecha 28 de febrero de 2018, mediante el cual se negó el reconocimiento de prestaciones sociales en los mismos términos que las percibían los funcionarios de planta, así como que se declare que entre la demandante y la demandada, existió una relación laboral de carácter legal y reglamentaria desde el 27 de enero de 2001, razón por la cual ostentaba la condición de empedada pública.

1. Problemas jurídicos a resolver

- ¿En la relación contractual originada entre la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz y el Hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio, se configuraron los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, que permita declarar una verdadera relación laboral?

Si la respuesta es positiva, se deberá resolver:

- ¿Cuáles son los extremos temporales que deben reconocerse como tiempo de duración de la relación laboral entre la demandante y la demandada ESE?
- ¿Le asiste derecho a la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz a que se le reconozca, liquide y pague las prestaciones solicitadas en la demanda?
- ¿Ha operado en este caso el fenómeno de la prescripción?

2. Acervo probatorio

De las pruebas que reposan en el expediente se resaltan las siguientes:

-Acto demandado; oficio de 28 de febrero de 2018 (Fls. 39 y 40 C. 1).

- Copia del derecho de petición elevado por la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz a la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Riosucio - Caldas (Fls. 41 a 49 C. 1).

-Contratos de prestación de servicios suscritos entre la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio –Caldas y las Cooperativas de Trabajo Asociado Coopreserva, Gestiones, Cooprosol, Cooperamos; así como con Sindical, Sindirasal, Sindical Terracaf STC., y con la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz (Fls. 53 a 203 C.1; 204 a 371 C. 1A y 401 a 459 C. 1B).

- Incapacidades médicas de la demandante (Fls. 500 a 510 C: 1B).

- Certificados de: Cooperativa Coopreserva, ESE Hospital San Juan de Dios y del Sindicato Nacional de la Rama de la Actividad de la Salud Sindirasal (Fls. 511 a 516 C. 1B).
- Contratos de prestación de servicios con Cooperativas de Trabajo Asociado, y contrato suscrito entre la ESE y la demandante en los años 2002 y 2003 (Fls. 1 a 200 C. 2).
- Contratos de prestación de servicios suscritos entre la ESE demandada y Terracaf STC (Fls. 201 a 237 C. 2A).
- Contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la demandada (Fls. 238 a 356 C. 2A).
- Certificado de la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas y relación de pagos por contratos de prestación de servicios (Fls. 356 y 357 C. 2A).
- Certificado de la ESE demandada en la que da cuenta de la existencia de personal desde el año 2001 cumpliendo actividades de apoyo asistencial, en los cuales se incluye las auxiliares de enfermería, un total de 18 empleados, y el apoyo de 66 personas por contrato sindical (Fl. 675 C. 1C).
- Testimonios de las señoras Maria Mery Henao Trejos, Martha Cecilia Carmona Noreña, Gina Alexandra Aguilar Ramírez, Gloria Piedad Taborda Gómez y Maria Aceneth Alarcón Vera, así como del señor Herman Roberto Trejos Patiño (CDs Fls. 683, 690 y 693 C. 1C).

3. El acto demandado

La demandante solicita la declaratoria de nulidad del oficio con fecha 1° de marzo de 2018, mediante el cual se negó la existencia de una relación laboral con la ESE, y el pago correspondiente en virtud de ello; así como negó el reconocimiento de la indemnización reclamada, y el niega que tuviera una estabilidad reforzada de la demandante.

La controversia de fondo del presente asunto, está encaminada a establecer, en primer lugar, si existió algún tipo de relación de índole laboral entre la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz y la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas, en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes; así como con ocasión a los contratos de prestación de servicios suscritos con diversas

Cooperativas de Trabajo Asociado y Contratos Sindicales, para determinar si procede o no el reconocimiento, la liquidación y pago de las prestaciones sociales solicitadas en la demanda. Así como determinar si en dicho vínculo, se configuraron los elementos de subordinación, prestación personal del servicio y remuneración, y si hay lugar a reclamar de ella una estabilidad reforzada.

Para abordar el análisis respectivo debe partirse de la base que, conforme a nuestra legislación, tanto el contrato de prestación de servicios como la relación legal y reglamentaria constituyen formas legítimas de establecer vínculos entre la administración pública y las personas naturales que colaboran con su gestión, cuando se las utiliza adecuadamente, pues cada una de ellas ostenta una naturaleza diferente y es regulada por disposiciones muy distintas.

Pero, en nuestro medio, en ocasiones, la administración pública utiliza indebidamente la figura del contrato de prestación de servicios, pues, siendo éste un recurso excepcional y por esencia temporal, lo convierten en la regla general y permanente de vinculación de servidores, conformando de esa manera las comúnmente conocidas “nóminas paralelas”, caracterizadas porque no se realiza la selección del personal por el sistema de méritos impuesto como regla general por la Constitución Política.

4. Del contrato de prestación de Servicios

El contrato de prestación de servicios se encuentra regulado esencialmente por el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, con características que lo tipifican como eminentemente TEMPORAL, es decir, sólo mientras se cumple su OBJETO, y éste por la ejecución de labores sólo por algún tiempo, mientras se supera una situación transitoria, podría decirse que coyuntural, o de emergencia, o altamente especializada, para actividades ocasionales o de momento que, por ello mismo, no pudieron programarse e incluirse en los planes de carácter permanente de la entidad oficial. Como tal servicio, así sea temporal, es remunerado, de todos modos se paga con el presupuesto de la entidad.

Por el contrario, la relación laboral se caracteriza por su continuidad en el tiempo, lo cual se explica por el carácter permanente de las funciones para las cuales se hace la vinculación del personal.

Se afirma en el escrito de la demanda que, en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes se evidencian los elementos esenciales para determinar la existencia de una verdadera relación de naturaleza legal y reglamentaria existente entre las partes; no obstante, para la Sala es preciso recordar que el Consejo de

Estado ha sido claro en que sólo pueden reputarse como empleados públicos, quienes han cumplido con los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública, como son el nombramiento y la posesión, lo que a su vez presupone la pre existencia de determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y la correspondiente disponibilidad presupuestal. De esta manera, no puede pretender la parte actora que de un contrato de prestación de servicios se desprenda una situación legal y reglamentaria.

En fin: cuando se acude al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, se pretende desentrañar un vínculo de índole laboral, catalogado como tal y no como una relación laboral, en tanto que ésta exige el cumplimiento de ciertos requisitos de rango constitucional y legal.

Sobre el tema el H. Consejo de Estado ha dicho¹:

“(…) Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Por su parte, la honorable Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones “no puedan realizarse con personal de planta o” y “En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales” contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997², precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así:

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

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

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda. Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016. C.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Exp. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

² Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.

el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo”.

(...)

De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales³.(...)” (Subrayas de la Sala).

Y así lo ha reiterado en pronunciamientos recientes⁴:

“(…) En otras palabras, el denominado «contrato realidad» aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales⁵.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁶ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde

³ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 28 de junio de 2018. C.P. Dr. Carmelo Perdomo Cueter. Rad. 13001-23-33-000-2013-00104-01(0940-15)

⁵ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto sub examine”.

En ejercicio de la acción jurisdiccional, la parte actora debe acreditar los elementos de la relación laboral, que se concretan en la **actividad personal del trabajador, la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y un salario como retribución del servicio**; una vez reunidos estos tres elementos se entiende que existe una relación laboral y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Así mismo, queda claro que le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia de su labor, en el entendido que ésta es inherente a la entidad, hace parte de su misión; y que dichas actividades o labores sean ejercidas igualmente por empleados de planta de la entidad; ello con el fin de desvirtuar el contrato de prestación de servicios.

De igual manera, en este caso se presenta la discusión de los contratos de prestación de servicios suscritos con Cooperativas de Trabajo Asociado y con Agremiaciones Sindicales, por lo que se hace necesario estudiar igualmente la normativa aplicable de la siguiente manera:

4.1. De las Cooperativas de Trabajo Asociado y del Contrato Sindical

La normativa de las Cooperativas de Trabajo Asociado se encuentra regulada en la ley 79 de 1998, en la cual se actualiza la legislación Cooperativa, y fue reglamentada por el Decreto 4588 de 27 de diciembre de 2006, por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado el cual, a su vez, fue modificado por el Decreto 2417 de 2007.

El artículo 3° del Decreto 4588 de 2006, define las Cooperativas de Trabajo Asociado de la siguiente manera:

“Naturaleza de las Cooperativas y Pre cooperativas de Trabajo Asociado. Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la

economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

Y el artículo 12 de la ley 1233 de 2008, mediante la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Pre cooperativas de Trabajo Asociado, entre otros, contempla como objeto de las Cooperativas de Trabajo Asociado el siguiente:

“El objeto social de estas organizaciones solidarias es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos se deberá precisar la actividad económica que desarrollarán encaminada al cumplimiento de su naturaleza en cuanto a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales sobre la materia.

Parágrafo. *Las Cooperativas de Trabajo Asociado cuya actividad sea la prestación de servicio a los sectores de salud, transporte, vigilancia y seguridad privada, y educación, deberán ser especializadas en la respectiva rama de la actividad; en consecuencia, las cooperativas que actualmente presten estos servicios en concurrencia con otro u otros deberán desmontarlos, especializarse y registrarse en la respectiva superintendencia o entidad que regula la actividad.”*

Así mismo, el artículo 1° del Decreto 1429 de 2010, mediante la cual se deroga el Decreto 657 del 3 de marzo de 2006, y se reglamentan los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo de Trabajo y se dictan otras disposiciones, define el contrato sindical así:

“El contrato sindical como un acuerdo de voluntades, de naturaleza colectivo laboral, tiene las características de un contrato solemne, nominado y principal, cuya celebración y ejecución puede darse entre uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores, para la prestación de servicios o la ejecución de obras con sus propios afiliados, realizado en ejercicio de la libertad sindical, con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato o de los sindicatos y que se rige por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo.”

Por su parte, el numeral 1 del artículo 7 de la ley 1233 de 2008, mediante la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado (CTA), entre otras, contempla dentro de las prohibiciones para las CTA lo siguiente:

“1. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos

como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.”

De igual manera, el Consejo de Estado, precisó respecto de dicha modalidad asociativa lo siguiente⁷:

“(…) La figura asociativa no fue creada por el Legislador para que se desconocieran los derechos de los trabajadores, al punto que, por mandato legal las cooperativas de trabajo asociado que incurran en prácticas deshonestas deben responder ante las autoridades correspondientes.

(…)

“Es claro que las cooperativas funcionan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, de tal suerte que, cuando el asociado es vinculado con otro ente, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, quien alega la configuración o existencia del contrato realidad con aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber probatorio de acreditar el trípede que la legislación consagra para la configuración de una relación laboral.(…)”

De acuerdo con el anterior panorama normativo, puede concluirse que, si bien se encuentra regulado en la ley tanto la modalidad contractual con Cooperativas de Trabajo Asociado como con el Contrato Sindical, dichas formas asociativas no deben ser empleados con el fin de desconocer o evadir las obligaciones de naturaleza laboral, ni de actuar como empresas de intermediación laboral, así como que es el asociado o vinculado, quien tiene la carga probatoria de acreditar la configuración de la relación laboral.

Por lo anterior, la Sala determinará con las pruebas documentales y testimoniales allegadas al plenario, si en el sub lite concurren los elementos de la relación laboral; si el servicio se prestó de manera ininterrumpida o, por el contrario, tuvo solución de continuidad y si, además, las funciones asignadas al demandante tenían un carácter eminentemente temporal, si las actividades desempeñadas eran propias de la misión de la demandada y si existen empleados de planta que desarrollaran igualmente las mismas. Así como si se encuentra acreditada la vinculación de la demandante a las diferentes Cooperativas de Trabajo Asociado y Agremiaciones Sindicales que contrataron a su vez con la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas.

5. El examen del caudal probatorio

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 28 septiembre de 2017. Rad. 76001-23-31-000-2011-00820-01(1486-15). Actor: Luis Hernando Hurtado Orozco. Demandado: E.S.E. Antonio Nariño en Liquidación.

5.1. De la prueba documental que obra dentro del proceso. (Fls. 53 a 203 C. 1; 204 a 400 C. 1A; 401 a 516 C. 1B; 675 C. 1C; 1 a 200 C. 2 y 201 a 357 C. 2A).

5.1.1. Contratos de prestación de servicios suscritos entre la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas y Cooperativas de Trabajo Asociado.

- Contratos de prestación de servicios entre la ESE Hospital San Juan de Dios y la Cooperativa de Trabajo Asociado Coopreserva con las siguientes fechas:

“Objeto: actividades logístico y asistenciales relacionadas con el documento anexo, y el cual forma parte de la propuesta (...)

Del 1° de abril al 30 de junio de 2003

Del 1° de mayo al 30 de julio de 2003

Del 1° de Julio al 30 de diciembre 2003

Del 1° al 30 de noviembre de 2003

Del 1° al 31 de mayo al 2004

Del 1° al 30 de junio de 2004

Del 1° de julio al 30 de septiembre de 2004

Del 1° de septiembre al 31 de diciembre de 2004

Del 1° de enero al 31 de marzo de 2005

Del 7 de febrero al 6 de agosto de 2005

Del 1° al 31 de julio de 2005

Del 1° al 30 de junio de 2005

Del 1° de agosto al 31 de diciembre de 2005

Del 1° al 31 de octubre de 2005

Del 2 de enero al 30 de junio de 2006

Del 4 de mayo al 30 de septiembre de 2006

Del 1° al 15 de octubre de 2006

Del 5 al 31 de diciembre de 2006

“Objeto: liquidación de facturas, tanto en el servicio de caja de urgencias como en los demás puntos de facturación del hospital, recaudo de facturas de contado, atención e información al usuario, recolección y análisis de información general, apoyo a las actividades de almacén, servicios generales y de mantenimiento, técnico, control de portería del servicio de urgencias y entrada general, desarrollo el área de auditoría médica y de calidad, de acuerdo a las necesidades del Hospital”

Del 1° de mayo al 30 de junio de 2010

*“Objeto: Servicios asistenciales de tipo auxiliar y técnico, **auxiliares de enfermería para servicios de Consulta externa, urgencias, atención a pacientes hospitalizados, servicio quirúrgico, auxiliares para consulta y procedimientos odontológicos, vacunación por auxiliar de enfermería en zona rural y urbana, auxiliares de laboratorio clínico, personal de promoción y prevención. Servicio administrativos de tipo profesional (...)***

Del 1° al 30 de junio de 2009

Del 1° al 30 de julio de 2009

Del 1° al 31 de octubre de 2009

Del 1° de noviembre al 31 de diciembre de 2009

Del 2 al 31 de enero de 2010

Del 1° de febrero al 30 de abril de 2010

Del 1° de Febrero al 15 de mayo de 2010

*“Objeto: Consulta externa por médico general (...) actividades de auxiliar de consultorio odontológico, **actividades relacionadas con auxiliares de enfermería, vacunación por auxiliar de enfermería en zona rural y urbana, auxiliares de laboratorio clínico, personal de promoción y prevención. Servicio administrativos de tipo profesional (...)** (Fls. 258 a 263 y 270 a 275 C 1A)*

Del 1° de julio al 30 de agosto de 2010

Del 1° de septiembre al 30 de noviembre de 2010

Del 1° de febrero al 31 de marzo de 2011

“Objeto: Procesos asistenciales consulta y procedimientos médicos generales y especializados en urología, procedimientos médicos de endoscopias digestivas y realización de espirometrias pre y postbroncodilatador.”

Del 1° al 31 de enero de 2011 Administrativo

Del 1° de mayo al 15 de junio de 2011 Facturación

Del 4 de marzo de 2011 duración de 10 meses

“Objeto: liquidación de facturas, tanto en el servicio de caja de urgencias como en los demás puntos de facturación del hospital, recaudo de facturas de contado, atención e información al usuario, recolección y análisis de información general, apoyo a las actividades de almacén, servicios generales y de mantenimiento, técnico, control de portería del servicio de urgencias y entrada general, desarrollo el área de auditoría médica y de calidad, de acuerdo a las necesidades del Hospital”

Administrativo mes de abril de 2011
Administrativo mes de mayo de 2011
Administrativo Del 15 al 30 de junio de 2011
Del 1 al 15 de julio de 2011
Del 16 de julio al 15 de agosto de 2011
Del 16 de agosto al 16 de septiembre de 2011
Del 16 de septiembre al 31 de octubre de 2011
Del 1° al 31 de diciembre de 2011

“Objeto: Asistencial médico especializado en medicina interna”

Del 1° de octubre al 10 de diciembre de 2011
Del 1° al 30 de noviembre de 2011

“Procesos asistenciales. Consulta y Procesos médicos especializados”

A partir del 4 de marzo de 2011, duración 4 meses

- Contratos de prestación de servicios entre la **ESE Hospital San Juan de Dios** y la **Cooperativa Gestiones** con las siguientes fechas:

“Objeto: Actividades propias de la detección temprana y protección específica de acuerdo a los parámetros del acuerdo 117 de CNSS, resoluciones 412 y 3384 del Ministerio de Salud, descritas en el estudio de conveniencia. Realizar actividades de apoyo logístico y asistenciales, profesional y asistencial, solicitadas por el hospital, descritas en el estudio de conveniencia. Servicios médico asistenciales de cirugía en general.”

Del 15 de enero al 15 de abril de 2007
Del 1° de marzo al 1° de mayo de 2007
Del 1° de mayo al 1° de septiembre de 2007
Del 1° de octubre de 2007 al 1° de enero de 2008
Del 8 de enero al 31 de marzo de 2008
Del 1° de abril al 1° de junio de 2008
Contrato del 1° de junio de 2008, no detalla hasta cuándo.
Del 1° de julio al 1° de septiembre de 2008
Del 9 de septiembre de 2008 duración un mes o hasta agotar los recursos
Del 14 de noviembre de 2008 por un mes y 17 días

- Contratos de prestación de servicios entre la **ESE Hospital San Juan de Dios** y la **Cooperativa de Trabajo Asociado Cooprosol** con las siguientes fechas:

*“Objeto: Servicios asistenciales de tipo auxiliar y técnico, **auxiliares de enfermería para servicios de Consulta externa, urgencias, atención a pacientes hospitalizados, servicio quirúrgico, auxiliares para consulta y procedimientos odontológicos, vacunación por auxiliar de enfermería en zona rural y urbana, auxiliares de laboratorio clínico, personal de promoción y prevención. Servicio administrativos de tipo profesional (...)** (Fls. 192 a 197 C. 1 y 204 a 245 C. 1A)*

Del 2 de enero al 31 de mayo de 2009

Del 1° de abril al 31 de mayo de 2009

Del 1° al 30 de junio de 2009

Del 1° al 30 de julio de 2009

Del 1° de agosto al 30 de septiembre de 2009

Del 1° al 31 de octubre de 2009

Del 1° de noviembre al 31 diciembre de 2009

Del 2 de enero al 1° de febrero de 2010

Del 1° de febrero al 30 de abril de 2010

“Objeto: Actividades especializadas de toma de endoscopias digestivas y otras con personal médico especializado”

Del 14 de mayo de 2010, por 2 meses o hasta que los recursos se terminen.

- Contratos de prestación de servicios entre la **ESE Hospital San Juan de Dios y la Cooperativa de Trabajo Asociado Cooperamos** con las siguientes fechas:

*“Objeto: Consulta externa por médico general (...) actividades de auxiliar de consultorio odontológico, **actividades relacionadas con auxiliares de enfermería, vacunación por auxiliar de enfermería en zona rural y urbana, auxiliares de laboratorio clínico, personal de promoción y prevención. Servicio administrativos de tipo profesional (...)** (Fls. 270 a 276 C 1A)*

Del 1° de Febrero a 31 de marzo de 2011

*“Objeto: Procesos asistenciales, **auxiliares en enfermería**”(Fls. 276 a 279 C. 1A)*

Del 16 de septiembre al 31 de octubre de 2011

- 5.1.2. **Contratos de prestación de servicios suscritos entre la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas y Agremiaciones Sindicales.**

- Contratos de prestación de servicios entre la **ESE Hospital San Juan de Dios** y el **Sindicato Nacional de la Rama de la Actividad de la Salud– Sindirasal-** con las siguientes fechas:

“Objeto: Procesos Médico Asistenciales y Administrativos de acuerdo a las especificaciones técnicas. Liquidación de facturas, tanto en el servicio de caja de urgencias como en los demás puntos de facturación del hospital, recaudo de facturas de contado, atención e información al usuario, recolección y análisis de información general, apoyo a las actividades de almacén, servicios generales y de mantenimiento, técnico, control de portería del servicio de urgencias y entrada general, desarrollo el área de auditoría médica y de calidad, de acuerdo a las necesidades del Hospital”

Del 1° de enero al 1° de abril de 2013

Del 1° de abril al 30 de junio de 2013

Del 1° de julio al 30 de septiembre de 2013

Del 1° de octubre al 30 de noviembre de 2013

- Contratos de prestación de servicios entre la **ESE Hospital San Juan de Dios** y **Terracaf STC** con las siguientes fechas:

“Objeto: Procesos asistenciales y administrativos de acuerdo a las especificaciones técnicas”

Del 1° al 31 de diciembre de 2013

“Objeto: Procesos Médico Asistenciales y Administrativos de acuerdo a las especificaciones técnicas. Liquidación de facturas, tanto en el servicio de caja de urgencias como en los demás puntos de facturación del hospital, recaudo de facturas de contado, atención e información al usuario, recolección y análisis de información general, apoyo a las actividades de almacén, servicios generales y de mantenimiento, técnico, control de portería del servicio de urgencias y entrada general, desarrollo el área de auditoría médica y de calidad, de acuerdo a las necesidades del Hospital”

Del 1° de enero al 31 de marzo de 2014

Del 1° de abril al 30 de junio de 2014

Del 1° de julio al 30 de septiembre de 2014

Del 1° de octubre al 15 de noviembre de 2014

Del 16 de noviembre al 31 de diciembre de 2014

5.1.3. Convenio de ejecución suscrito entre Terracaf STC y la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz (Fls. 315 a 320 C. 1A)

- Suscrito entre Terracaf STC – Identidad Territorial Cafetera, agremiación Sindical y la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, quien se llama el afiliado partícipe, y expresa que le dieron a conocer los estatutos de la asociación sindical, y hace constar que entre Terracaf.STC y la ESE Hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio – Caldas por un periodo fijo renovable desde el 1° de enero de 2014 al 31 de marzo de 2014.

En su cláusula cuarta: Descripción general del trabajo a realizar y responsabilidades especiales del afiliado partícipe: El “Afiliado partícipe” desempeñará el cargo de Aux. de Enfermería dentro del proceso Unidad C. San Lorenzo que se desarrollará en torno al Contrato Sindical No. 001 suscrito con la ESE Departamental San Juan de Dios. Las responsabilidades específicas, los deberes y prohibiciones especiales del trabajo desempeñado estarán comprendidos dentro del manual de responsabilidades y descripción de trabajo, el cual hará parte integral de este convenio.

Clausula sexta: Duración del convenio: El presente convenio tendrá una duración igual a la duración de la relación contractual entre el Sindicato y la ESE Hospital Departamental San Juan de Dios, protocolizada mediante el contrato sindical No. 001 y cuya vigencia está comprendida por un periodo fijo renovable entre el día 1 de enero de 2014 y el día 31 de marzo de 2014.

5.1.4. Contratos de prestación de servicios suscritos entre la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas y la demandante Beatriz Elena Castañeda Díaz

“Objeto: El contratista realizará de manera directa y personal con plena autonomía, actividades de auxiliar de enfermería (...)”

Del 20 de enero al 28 de febrero de 2003

*“Objeto: Prestar servicios personales en su condición de **auxiliar de enfermería en las instalaciones de la entidad**, cuyo objeto será prestar los servicios de enfermería a los pacientes.”*

Del 1° de enero al 31 de marzo de 2015

Del 1° de abril al 30 de septiembre de 2015

Del 1° al 31 de octubre de 2015

Del 1° de noviembre al 31 de diciembre de 2015

Del 1° de enero al 31 de marzo de 2016

Del 23 de mayo al 30 de junio de 2016

Del 1° de julio al 30 de septiembre de 2016

Del 1° de octubre al 31 de diciembre de 2016

Del 1° de enero al 31 de marzo de 2017

Acta de suspensión por mutuo acuerdo suscrita entre las partes el día 22 de febrero de 2016, pactando un reinicio el 23 de marzo de 2016, y que de no presentarse, se entenderá como terminación del contrato. (Este documento no está firmado por las partes) (Fl. 435 C. 1B)

Acta de suspensión por mutuo acuerdo suscrita entre las partes el día 1° de marzo de 2016, donde se dice que el día 23 de marzo se pacta el reinicio del contrato. (Fl. 436 C. 1B)

5.1.5. Certificaciones relacionadas con las vinculaciones de la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz

- Certificado de la Cooperativa Coopreserva en la que dice que la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, fue trabajadora asociada de dicha Cooperativa desde el 18 de septiembre de 2010 al 31 de enero de 2011, época en la cual desempeñó actividades de auxiliar de enfermería en el Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas. (Fl. 511 C. 1B)
- Certificado del Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas en el que dice que la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, laboró en dicho Hospital como auxiliar de enfermería desde el 27 de enero de 2001 hasta el año 2005. (Fl. 513 C. 1B)
- Certificado del SINDICATO Nacional de la Rama de Actividad de la Salud Sindirasal en el que consta que la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, era asociada a dicho sindicato desde el 1° de enero de 2013, al 14 de mayo de 2013, con un contrato a término renovable, desempeñando actividades de auxiliar de enfermería, en el centro de trabajo Hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio – Caldas. (Fl. 514 C. 1B)
- Certificado del Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas en el que dice que la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, presta sus servicios en dicha

entidad como auxiliar de enfermería desde el 1° de enero de 2015 al 8 de septiembre de 2016, por contratos de prestación de servicios. (Fl. 515 C. 1B)

- Certificado del Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas en el que dice que la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, prestó sus servicios en dicha entidad como auxiliar de enfermería mediante contratos de prestación de servicios durante los años 2002, 2003, 2015, 2016 y 2017. (Fl. 356 C. 2A)

5.1.6. Certificado relacionado con el personal de planta de la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio- Caldas

A folio 675 del cuaderno 1C reposa certificado proferido por el Gerente de la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio –Caldas el 22 de agosto de 2019, con ocasión a la prueba de oficio decretada por el Despacho en la correspondiente audiencia de pruebas; en el cual se dice que:

- Si se encuentra en los archivos que personal ha ejercido actividades de auxiliares de enfermería, contando la ESE con 18 empleos para tal finalidad.
- En los años 2001 a 2012 se han contratado procesos y subprocesos asistenciales, incluido el servicio de auxiliares de enfermería con diferentes Cooperativas de Trabajo Asociado.
- Para los años 2013 y 2014, se contrató esos servicios con Agremiaciones Sindicales.
- En los años 2015 a 2018, esas necesidades de apoyo se contrataron directamente mediante contratos de prestación de servicios.
- En el año 2019, se contrataron nuevamente esos sub procesos con una Agremiación Sindical.
- A la vigencia de 2019, el número de personas que ha realizado esas actividades corresponde a 18 funcionarios de planta.

6. Lo que se encuentra probado con la prueba documental que reposa dentro del proceso

- Pese a que se evidencia la suscripción de múltiples contratos de prestación de servicios con Cooperativas de Trabajo Asociado y Agremiaciones Sindicales entre el Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas durante los años 2003 y 2014; y que dichos contratos tenían como objeto, en unos casos la prestación de servicios asistenciales, y en otros, la de servicios administrativos; lo cierto es que sólo en algunos de ellos se hacía la referencia específica a actividades de auxiliar de enfermería de la siguiente manera: i) Cooperativa Coopreserva los meses de junio

y octubre de 2009, y de noviembre de 2009 a mayo de 2010; ii) Cooprosol del 2 de enero de 2009 al 30 de abril de 2010; iii) Cooperamos del 1° de febrero al 31 de marzo de 2011, y del 16 de septiembre al 31 de octubre de 2011.

- De los contratos de prestación de servicios suscritos con Agremiaciones Sindicales, no se refleja de manera expresa la prestación de servicios de auxiliares de enfermería.
- El convenio de ejecución suscrito entre Terracaf STC y la demandante, señora Beatriz Elena Castañeda Díaz da cuenta de su calidad de afiliada partícipe, y que durante el periodo comprendido entre el 1° de enero al 31 de marzo de 2014, desempeñó el cargo de Auxiliar de Enfermería en “C San Lorenzo”, desarrollado en torno del contrato Sindical número 001 suscrito con la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas. Convenio de ejecución en el cual se pacta el valor de la compensación básica mensual y las obligaciones correspondientes.
- De los contratos de prestación de servicios suscritos directamente entre la demandante y la demandada ESE se desprende que ésta prestó sus servicios de manera continuada como auxiliar de enfermería desde el 1° de enero de 2015 al 31 de marzo de 2016, y del 23 de mayo al 17 de marzo de 2017; y que tuvo un contrato del 20 al 28 de febrero del año 2003.
- La Cooperativa Coopreserva certifica que la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, fue trabajadora asociada del 18 de septiembre de 2010 al 31 de enero de 2011, y que durante ese tiempo, se desempeñó como auxiliar de enfermería del Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas.
- La demandada ESE certifica que la demandante se desempeñó como auxiliar de enfermería desde el 27 de enero de 2001 al año 2005; sin embargo, no hay soporte documental adicional a dicha afirmación; no hay contratos, ni se dice mediante qué tipo de vinculación se prestaron tales servicios asistenciales.
- La agremiación Sindirasal certifica que la demandada señora Beatriz Elena Castañeda Díaz fue asociada del 1° de enero de 2013 al 14 de mayo de 2013, y que se desempeñó como Auxiliar de Enfermería en el Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas.
- La ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas certifica que la demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería durante los años 2002, 2003, 2015, 2016 y 2017, mediante contratos de prestación de servicios;

encontrándose respaldo documental en contratos de prestación de servicios del 20 de enero al 28 de febrero de 2003, y de los años 2015 a 2017.

- La ESE demandada afirma que en su planta de personal cuenta con 18 auxiliares de enfermería; y que también ha vinculado a dicho personal mediante contratos de prestación de servicios suscritos con CTA, Contratos Sindicales y contratos de prestación de servicios directamente con las auxiliares que presten dicho servicios.

7. De la prueba testimonial

Mediante audiencia de pruebas llevada a cabo los días 27 y 28 de agosto de 2019, se receptionaron los testimonios de las señoras Maria Mery Henao Trejos, Martha Cecilia Carmona Noreña y Gina Piedad Taborda Gómez, así como del señor Herman Roberto Trejos Patiño; testimonios de los cuales se permite la Sala hacer las siguientes transcripciones (Fls. 683 y 690 C. 1C):

Testimonio de la señora Maria Mery Henao Trejos:

“(...) la conozco porque ella trabajó como promotora y nos colaborábamos mucho en el trabajo, y ella participada en el programa de prevención y promoción (...) eso fue en el 2001. Participamos en los programas de consulta en las escuelas PyP y llevábamos la programación para el mes que venía. (...) Yo la conocí a ella en el 2001 y yo me pensioné en el 2005. (...) Ella trabajaba en el hospital mientras yo estuve trabajando allá. (...) ella trabajaba mas, otra horita mas, porque nosotras trabajábamos 8 horas diarias (...) hacíamos la programación, hacíamos las tareas, y eso lo presentábamos cada mes a la jefe Maria Teresa, andábamos con ella y hacíamos de todo, iba a citologías y a vacunar. (...) Yo era de planta, de pronto teníamos una programación diferente a los demás, pero trabajábamos casi lo mismo (...) si eran actividades similares, ella también realizaba visitas, vacunaba, ella tenía otro cargo (...) Llegábamos a la reunión y presentábamos el informe, nos daban conferencias de odontología, planificación, como haciendo una especie de recordis, y eso incluía a la demandante, porque fuera de contrato estaba también ahí, y las mismas jefes. (...) De odontología, nos daban las muchachas de vacunación, o nosotros dábamos cualquier conferencia. (...) a veces nos avisaban las jefes, otras nos caían de sorpresa (...) a si ellas nos decía que estaba mal o que estaba bien, entonces uno tenía que estar pendiente (...) Ella cuando la conocí trabajaba en la vereda de Alto Medina donde ella vivía. (...) a mi me pagaban por el banco davivienda uno reclamaba el sueldo, de ella no. (...) uno firmaba y luego iba al banco, para nosotros como éramos de planta, firmábamos una nómina que era una hoja de block grande de todos los de planta, y los de contrato tenían otra clase de papel. (...) pues decían que ellas firmaban otro papel, pero no que sepa yo, ni cuanto el sueldo. (...) No se cómo estaba vinculada al Hospital (...) Nosotros teníamos que programarnos, que hacer los cronogramas, nosotros decíamos por ejemplo las visitas para tal parte, y cuando había reunión de padres de familia íbamos a dictar charlas, nosotros éramos las que teníamos que programarnos para el mes. (...) Si una no podía asistir a una charla, tenía que mandar una excusa para no asistir, a la Jefe Maria Teresa, o a doña Olga Mejía (...) en planta éramos como 12 y nos reuníamos como 30 personas en las reuniones. Esas otras eran de contrato.

Testimonio de la señora Martha Cecilia Carmona Noreña:

(...) La conozco desde el año 2008 cuando yo ingresé a trabajar en esa institución, ella era auxiliar de enfermería en el puesto de salud de san Jerónimo una vereda que queda en Riosucio – Caldas, recuerdo que ella trabajaba de 7 a 7 de la noche, y sólo nos veíamos los fines de semana que llegaba; y si teníamos jefes inmediatos, horarios, cumplíamos unos cuadros de turnos. (...) Porque los cuadros de turnos aparecían, yo en ese tiempo era recepcionista, y los cuadros de turnos reposaban ahí en la recepción, uno necesitaba a una auxiliar e iba al cuadro de turnos a buscar en qué dependencia del Hospital estaba. (...) Ella se limitaba al cuadro de turnos, uno no podía cambiar un cuadro de turnos, y menos las auxiliares de enfermería, no había manera, (...) eso lo vigilaba los jefes de área, cada dependencia tiene un jefe de enfermería, y las auxiliares de enfermería tiene una enfermera jefe que las coordina, en el tiempo que estuve allá era Gloria Piedad Taborda (...) desde el año 2008 hasta el año 2017, porque fue la fecha en que yo ingresé y la fecha en que salí del hospital. (...) Ellos trabajaban como una hora menos que los de contrato de prestación de servicios, pero si eran las mismas funciones (...) si había auxiliares de enfermería de planta y de prestación de servicios (...). El reconocimiento era el salario (...) al inicio a nosotros nos pagaban directamente por cheque, los recibíamos allá en pagaduría (...) A nosotros mensual a final de mes nos hacían una reunión o capacitación en el aula máxima, bien para regañarnos o para decirnos que se iba a hacer al mes siguiente, ahí nos encontrábamos todos, el personal de planta y el de contrato (...) a veces eran capacitaciones dictadas por el profesional en salud ocupacional, otras veces en salud o la niña de calidad (...) los que hacían las capacitaciones eran trabajadores de planta del Hospital San Juan de Dios (...) la señora Beatriz participada de esos escenarios (...). Inicialmente estuve como auxiliar de enfermería en el Puesto de San Jerónimo, luego fue en el de San Lorenzo, ya cuando tuvo la primera cirugía la subieron al Hospital y trabajó como en crónicos, después en la sala de consulta externa, y después pasó a citologías y terminó en materno infantil (...) si, en cada dependencia donde ella trabajaba, siempre había una auxiliar de enfermería de planta y una auxiliar de enfermería de contrato, el horario era un poco más corto, pero desempeñaban las mismas funciones. (...) ella debía estar siempre al horario establecido en el cuadro de turnos (...). En ese tiempo yo era la recepcionista y llamaba a los empleados que iban a reclamar su cheque, exactamente en el 2008 (...) no tengo conocimiento para que fue vinculada, no sé si era para cubrir permisos o licencias, pero cuando estuve allá pensé que era personal de planta, porque mantenía allá (...) no sabría decirle de actividades diferentes, relacionadas con el incremento de servicios (...) ella subía del puesto de salud a cubrir licencias de maternidad, licencias sí, no sabría el tipo de vinculación para ello. (...) si estuvo vinculada con Cooprosol, Sindirasal, fueron muchas Cooperativas. La Cooperativa lo hacía era pagar, nosotros recibíamos órdenes del Hospital, insumos y todo, la Cooperativa consignaba el dinero mensual. Los insumos siempre se reclamaban en el almacén con la señora Cristina Taborda, algunas veces vi a la señora Cristina haciendo el pedido para la papelería Iris. Los contratos siempre la firmábamos atrás con el Gerente, los contratos permanecían en la gerencia, yo llamaba al personal a decirle que fueran a firmar el contrato en la gerencia. (...) Sindirasal, era como una Cooperativa, ese sindicato lo conformamos los mismos empleados, el gerente nos dijo que formáramos un sindicato, la presidente ella pagaba y nosotros seguíamos recibiendo órdenes del hospital. (...) Beatriz era asociada al Sindicato y prestó servicios al hospital en ese tiempo, le pagaba la presidente del sindicato. Y se les pagaba la seguridad social y todo, pagaba el sueldo y las prestaciones, pensión y cesantías. Nos daban una prima. El Hospital consignaba un dinero por nosotras, pero el Sindicato nos pagaba. (...) La gerente del sindicato pasaba informe al hospital, un acta donde se decía que se había recibido tal dinero y que se daba a los empleados del hospital. En ese tiempo nos pagaba la Cooperativa, cuando estábamos por Cooperativa, la Cooperativa lo que hacía era consignar el sueldo cada mes. (...) Era obligación de todos los funcionarios de contratación llenar ese papel y hacer el pago a seguridad social (...) todos los funcionarios que no eran de planta tenían la misma modalidad, contratos de prestación de servicios. (...).

Testimonio de la señora Gina Alexandra Aguilar Ramírez:

(...) Cuando yo ingresé al Hospital ella también estaba prestando sus servicios en la institución en agosto de 2016, como Coordinadora del área, vinculada mediante contrato de prestación de servicios (...) tengo entendido que desempeñaba algunas actividades en el área asistencial como auxiliar de enfermería (...) entiendo que ella realizó una propuesta de sus servicios, ajustándose a las necesidades del Hospital que funciona 24 horas los 7 días de la semana, pero no me consta de que manera prestaba sus servicios (...) los recursos son suministrados por ella, porque son elementos especializados del área de la salud, eso los suministraba la entidad, ya los implementos personales los prestaba Beatriz como prestadora de servicios (...) el hospital cuenta con la implementación de unos horarios, y entiendo que Beatriz al presentar una oferta de servicios al hospital, presentaba su oferta y tenía la disponibilidad de cumplir con esos términos y horarios (...) en el tema contractual los contratos de prestación de servicios tiene supervisores asignados, que verifican el cumplimiento del contrato de los contratistas (...) me consta desde el momento que ingresé que fue el mes de agosto hasta el momento que se hizo la suspensión del contrato de Beatriz (...) al ser un hospital público del departamento, cuenta con una planta de personal, en la cual ha habido auxiliar de enfermería (...). Beatriz presentaba su propuesta de servicios, y la disponibilidad que tiene de esa prestación de servicios (...) de allí se suscribe un contrato de prestación de servicios (...) dentro de Iso contratos por prestación de servicios, queda supeditado la presentación de un informe y cuentas de cobro, y quien avala que se hayan realizado esas actividades es el supervisor encargado del contrato. (...) Esos informes son presentados por cada contratista (...) desde la academia se les indica que deben utilizar para la prestación de sus servicios, por habilitación por norma por indicación de la academia, pero el hospital no impone el uso de ningún uniforme (...) hay una presentación de informes, dentro de uno de los formatos de la cuenta de cobro, hay un formato donde se diligencian las observaciones, el cual lo llena el supervisor (...) las actividades que ella realizaba no se encuentran descritas en los documentos que revisé, siempre estuvo relacionada como auxiliar de enfermería. (...) en la documentación que pude ver, aparecía una cuenta de cobro en el cual relacionaban personal que prestaba sus servicios, planillas en las que encontraba a veces a la señora Beatriz (...) recuerdo unos meses con una Cooperativa Gestiones, llegado ya como el 2012 y 2013, hay unos sindicatos donde ella aparece relacionada por unos periodos intermitentes, y a partir de 2015 si se encuentra relacionada por la prestación de servicios. (...) el material no se entrega a una persona como tal, es para uso institucional, no para uso exclusivo (...) el suministro se hace al área (...).

Testimonio de la señora Gloria Piedad Taborda Gómez:

“(...) cuando yo ingreso a la Coordinación en el año 2016, ella entra ahí como auxiliar de enfermería en el área ambulatoria de consulta externa (...) lo hacía por Cooperativas, y más o menos en agosto de 2016, que yo era la Coordinadora del área de enfermería, lo hizo pro contrato de prestación de servicios (...) ellos hacían una oferta de prestación de servicios, donde ofertaban las tareas que podían ejecutar en sus profesiones, y la disponibilidad de los tiempos que tenía (...) en 2016 se presta la consulta externa a los pacientes en un horario de 8 a 12 y de 2 a 6 (...) la institución debía facilitar unos insumos y cumplir con la tarea asignada, ejemplo, vacunas (...) los contratistas debían cumplir con el uniforme, y cuando estaban por Cooperativas, unas Cooperativas les daban el uniforme (...). Con relación a la denominación de Jefe de las enfermeras, nuestra profesión es enfermeras, pero en el ambiente profesional hospitalario, siempre somos reconocidas como enfermeras jefes, pero nuestro título es enfermera (...) con relación a los uniformes, ella misma lo suministraba (...) las actividades de promoción y prevención son actividades que se hacen con cumplimientos de metas, contratadas con las Alcaldía o IPS, cuando es consulta externa se hace en la propia institución, prestación de servicio de manera continua en la semana, en el horario de 8 a 12 y de 2 a 6 (...) los contratos pueden variar, finalizando enero, empezando febrero, y no se va hasta final de año, eso en los casos de

PyP, por el cumplimiento de unas actividades (...) lo que se debe hacer es el cumplimiento de las metas (...) en lo relacionado las actividades de promoción de salud, yo en la época la veía en el Hospital, no la veía frecuente, porque yo no estaba en el área de promoción y prevención, yo estaba en hospitalización y urgencias, las actividades de promoción y prevención son de ambulatorios (...) no vi de manera constante permanente a la señora Beatriz, era por periodos eventuales, y esas actividades eran dentro del cumplimiento de metas. (...) Respecto del contrato por Cooperativas, conozco que la institución ha estado en procura de mejora de procesos y subprocesos, y con unas Cooperativas y unos Sindicatos de hicieron ese tipo de contratos que se requerían para la prestación de ese tipo de servicios (...) se identificaba que ella era contratista de esas Cooperativas o Sindicatos (...) ellos le rendían cuentas a las Cooperativas (...) nosotros tenemos unos Coordinadores de área, y ellos hacían la supervisión de la prestación de las tareas que se están ofertando, entonces los Coordinadores teníamos que mirar ese cumplimiento de metas, y ya se informaba a la Cooperativa por parte de los Coordinadores de las áreas. Yo si hice supervisiones en el caso de la señora Beatriz, yo asumí la Coordinación de enfermería en el año 2016, por lo que se debía mirar si se cumplían las tareas de las labores que ofertaban los contratistas, lo hice desde el año 2016 hasta marzo de 2017 (...) ella informaba de que tenía una cita o que no podía el turno, y como estaba en prestación e servicios, lo que hacíamos con las otras personas, miramos si se podía cubrir las actividades que ella tenía (...) ellos debían presentar un informe de las actividades que habían cumplido durante ese periodo, y si el informe no cumplía se hablaba con ella de porqué no se había logrado el cumplimiento, y se informaba a la gerencia. (...) Ellos siempre debían tener una cuenta, donde allí se consignaba, y en la época de Cooperativas y Sindicatos, se entendía directamente con los de la Cooperativa o Sindicato, la institución tiene que tener las actividades que se deben cumplir, y con el Coordinador de la institución y el coordinador del Sindicato o Cooperativa, la observación entonces que hiciera el hospital, lo hacía con la agremiación. (...) cuando la señora Beatriz estuvo por contrato de prestación de servicios, debía demostrar el pago de lo de salud; ya en el caso de las Cooperativas o Sindicato, ellas pagaban eso conceptos. (...).

Testimonio del señor Herman Roberto Trejos Patiño:

“(...) Conozco del caso, debido a que se ha manejado la información en el comité de conciliación, conozco a Beatriz como una auxiliar que estuvo en la institución prestando algunas veces sus servicios de enfermería. Dichas labores, conozco que estuvo en actividades vinculadas a proceso de Promoción y Prevención, luego en procesos de actividades de enfermería, y procesos desarrollados ahí en el hospital. (...) conozco que hay una oferta de trabajo, se contratan, hay unos supervisiones relacionados con las actividades y con base en eso se hacen los trámites administrativos de honorarios, o cosas de esas. Por la calidad de su perfil, debían realizarlo las enfermeras superiores (...) la institución tiene que cumplir actividades asistenciales, porque hace una organización de horarios, o turnos, o procesos (...) desconozco los horarios exactos (...) La institución tiene que proveer unos insumos, para dotar unas áreas donde se prestan unos servicios, en cuanto a dotación personal no tengo conocimiento que se les de ese tipo de suministros (...). Yo me encuentro vinculado con el hospital mas o menos 27 años, y conocí a Beatriz en algunas actividades de capacitaciones, cuando estuvo en el puesto de salud, en los servicios de consulta externa (...) la institución tiene establecido unas supervisiones y Coordinaciones de área (...) por funcionalidad y orden debe tener un sistema de asignación de turnos, dependiendo de las necesidades de la población y dependiendo de las contrataciones con las EPS, si aumenta la contratación aumenta las actividades, y si disminuye la contratación, disminuyen las actividades. (...)”

7.1. Lo que se encuentra probado con la prueba testimonial

De las versiones antes citadas, se desprenden las siguientes conclusiones:

- La demandante señora Beatriz Elena Castañeda Díaz prestó sus servicios en la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio - Caldas en calidad de auxiliar de enfermería, tanto mediante contrato de prestación de servicios suscrito directamente con ella, como por prestación de servicios con contratos suscritos entre la ESE y Cooperativas de Trabajo Asociado y Agremiación Sindical a las cuales perteneció durante los tiempos comprendidos entre el 1° de enero de 2013 y el 13 de marzo de 2014, según constancia que obra dentro del proceso, (Fl. 514 C. 1B)
- La demandante cumplía con un horario de 8 a 12 y de 2 a 6, en el cual cumplía con su cuadro de turnos correspondiente; algunos organizados por ella y presentados en su oferta de servicios, y otros asignados por la ESE demandada para el cumplimiento de su objeto misional.
- La demandante no era autónoma en el cumplimiento de sus funciones, ni en el horario a cumplir, así como tampoco en el lugar de desempeño, toda vez que dependía de la programación asignada, así como la ESE indicaba donde prestaba sus servicios, dependiendo si eran actividades de Promoción y Prevención, o si eran actividades que debían prestarse directamente en las instalaciones de la ESE.
- No precisan los testigos ninguna diferencia entre el personal contratado bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, y los trabajadores de planta de la entidad; excepto que unos de ellos prestaban sus servicios una hora más, sin especificar quienes. Y más aún, queda demostrado que las auxiliares bien fueran de planta o de contrato, cumplían las mismas funciones, cumplían los mismos horarios, y tenían las mismas obligaciones.
- Los testigos son coincidentes en afirmar que conocieron a la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, en calidad de auxiliar de enfermería, quien prestaba sus servicios en la ESE demandada, algunas veces vinculada mediante prestación de servicios y otras vinculada a Cooperativas de Trabajo Asociado y Sindicatos con los que tenía contrato la ESE.
- No son coincidentes los testimonios al referirse a los contratos con diversas CTA y Agremiaciones Sindicales, pues mientras unos afirman que lo único que hacía era que por ese medio se les pagaba a las personas que prestaban sus servicios a la ESE, otros dicen que eran autónomas con su personal y la

prestación de servicios, así como que las directrices las daban directamente las CTA.

- Son coincidentes los testimonios en afirmar que la demandante obtenía una remuneración por la prestación de sus servicios en calidad de auxiliar de enfermería, bien como prestadora de servicios directamente de la ESE, o bien como perteneciente a CTA o a Sindicatos.
- Los empleados de la ESE afirman que en varias contrataciones que tuvo la ESE con CTA y Agremiaciones Sindicales, era la demandante, quien afiliada a éstas, prestaba sus servicios como auxiliar de enfermería.

8. Análisis del caso concreto

8.1. De la prestación de servicios de la demandante como Auxiliar de enfermería mediante las Cooperativas de Trabajo Asociado y Contratos Sindicales suscritos con la ESE demandada, y la continuidad, prestación personal del servicio, subordinación, cumplimiento de horarios, y remuneración

Lo primero que debe estudiarse es si se encuentra probado en este caso que mediante las Cooperativas de Trabajo Asociado y Contratos Sindicales se desconocieron obligaciones laborales, o actuaron como empresas de intermediación laboral; y si en esos casos de tales contratos suscritos, se evidenciaron los elementos necesarios para la declaratoria de una relación laboral.

8.1.1. De la Prestación personal del servicio

No hay duda que la demandante, prestó de manera personal el servicio, cuando se desempeñó como auxiliar de enfermería en el Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas, y por la naturaleza de sus labores, claramente se entiende que no podía enviar a otra persona a realizar sus actividades.

8.1.2. De la remuneración como contraprestación del servicio

De las pruebas que obran dentro del proceso, lo único que resulta probado, con relación a la remuneración como contraprestación de los servicios prestados por la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, es el convenio de ejecución suscrito entre Terracaf STC y la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz (Fls. 315 a 320 C. 1A), en el cual expresamente se dice que la citada señora, era afiliada y que debía prestar sus

servicios como Auxiliar de Enfermería de la ESE demandada, ello entre el 1° de enero y el 31 de marzo de 2014; y en su cláusula séptima detalla expresamente que la remuneración básica mensual del “afiliado partícipe” por la prestación de servicios como auxiliar de enfermería dentro del proceso de unidad de C San Lorenzo, tendría derecho a una compensación básica mensual de \$850.000.

Por lo demás, debe decirse que en los contratos de prestación de servicios que reposan dentro del procesos, cuyas partes eran diversas Cooperativas de trabajo Asociado y Contratos Sindicales, nada se dice de pago a la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, y sólo hay prueba de la contraprestación pactada entre las partes y la ESE por la prestación de sus servicios; pero no se allegó prueba de los pagos o consignaciones realizadas por las CTA y Sindicatos a la demandante, ni su regularidad ni con ocasión a que se realizaban dichos pagos.

Más aún, pese a que dentro del proceso obran dos certificaciones mas, de la Cooperativa de Trabajo Asociado Coopreservay de Sindirasal, en las cuales se dice que la demandante estaba vinculada a las misma, y define los periodos de tiempo, así como que prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en la demandada ESE por periodos de 4 meses cada uno, allí no se detalla nada sobre la remuneración recibida por tales conceptos.

Así pues, respecto del elemento de remuneración como contraprestación de los servicios prestados, sólo se encuentra acreditado respecto de Terracaf STC entre el 1° de enero y el 31 de marzo de 2014.

8.1.3. De la Subordinación Laboral y cumplimiento de horarios

Es necesario aclarar en este punto, que el elemento de subordinación que acá se estudia, se dirige por ahora, a demostrar la subordinación de la demandante respecto de la ESE Hospital, durante el tiempo que ella prestó sus servicios a éste en calidad de Auxiliar de Enfermería durante el tiempo que estuvo vinculada con las diferentes Cooperativas de Trabajo Asociado y Agremiaciones Sindicales.

Así pues, de las pruebas estudiadas, si bien es cierto que queda claro que la citada señora debía cumplir un cuadro de turnos, así como el cumplimiento de unos horarios que también cumplía el personal de planta de la entidad, no queda demostrado que quienes daban las órdenes, y elaboraba el cuadro de turnos correspondientes fuera de manera exclusiva la ESE Hospital San Juan de Dios y no las empresas a las cuales estaba asociada. Pues en el único convenio de ejecución que obra dentro del proceso, se define en su cláusula quinta los deberes de ella como afiliada respecto a

Terracat STC, la entrega de informes, realización de actividades, así como las actividades detalladas de actualización de los sistemas, evolución de las historias. Específicamente en el numeral 26 dice que debe presentar la programación de sus agendas 5 días antes de cada mes, así como en el numeral 40 dice que debe reportar las novedades de ausencia, informando a Terrascaf STC para cubrir la ausencia garantizando el proceso de planeación.

De igual manera, en los diversos contratos de prestación de servicios suscritos entre CTA, y los Contratos Sindicales, se evidencia que son ellos los que deben rendir informes a la entidad, y es con ellos con quienes se coordina la ejecución del contrato.

Así mismo, de los testimonios rendidos, se evidencian versiones contrarias, dónde unas personas dicen que siempre se debía rendir información sobre la prestación del servicio por parte de la demandante a la ESE Hospital San Juan de Dios, y otros dicen que eran los Coordinadores de área de la ESE quienes se comunicaban directamente con las CTA para comunicar algo sobre la específica prestación del servicios de los vinculados.

También es necesario afirmar que, ante la ausencia de convenios de asociación o certificaciones que den cuenta primero de la calidad de afiliada las diferentes Cooperativas de Trabajo Asociado y Agremiaciones Sindicales de la demandante, y segundo, de las condiciones de prestación del servicio a tales entidades, no resulta posible precisar bajo qué circunstancias celebraron los mismos en caso de existir, así como no resulta posible corroborar el elemento de subordinación cuando trabajaba en calidad de asociada o Sindicalizada, respecto de las actividades desarrolladas directamente en la ESE Hospital San Juan de Dios en su calidad de Auxiliar de Enfermería.

En este sentido el Consejo de Estado⁸ se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“(…) Así las cosas, se concluye que se defrauda la finalidad con la que se creó este tipo de asociaciones, cuando, a través del funcionamiento de una cooperativa de trabajo asociado, se encubre el desarrollo de relaciones de labor dependiente, es decir, cuando el cooperado presta sus servicios con el fin de atender funciones propias de un tercero beneficiario bajo los tres elementos del contrato de trabajo, cuales son: (i) prestación de un trabajo o una labor en forma personal, (ii) subordinación, y (iii) contraprestación por la función desarrollada.

(…)

*Precisa la Sala que no obran en el expediente los convenios de asociación entre el demandante y las cooperativas de trabajo «COOSALUD LTDA» y «COPSALUSINÚ S.A.S.» que acrediten su condición de trabajador cooperado, pues solo se allegaron **contratos individuales de trabajo** en los que se denominó «trabajador» al demandante y actuaron como «empleador» las dos*

⁸Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub Sección B. Sentencia de 13 de agosto de 2018. CP. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Rad. 23001-23-33-000-2013-00330-01(1877-15)

empresas mencionadas, en los que se advierte que fue contratado «para desempeñar los oficios de JEFE DE FACTURACIÓN» y «CAJERO FACTURADOR [...] en la E.S.E. CAMU TOMAS [sic] CIPRIANO DIZ DE SAN ANTERO departamento de Córdoba», en los meses de enero, febrero, abril, mayo a julio de 2010, febrero, marzo a mayo y agosto a diciembre de 2011.

*Por otra parte, se demostró que la ESE CAMU de San Antero suscribió (i) **contratos de asociación y cooperación** para la tercerización de los procesos de «facturación y elaboración de cuenta» con «COOSALUD LTDA» en los lapsos del 1.º de octubre al 31 de diciembre de 2010 y posteriormente con «COPSALUSINÚ S.A.S.» del 1.º de agosto al 31 de diciembre de 2011; (ii) **órdenes de prestación de servicios con «COOSALUD LTDA»** entre el 1.º de octubre de 2010 y el 31 de enero de 2011 y desde el 1.º de mayo hasta el 31 de julio del mismo año para desarrollar la labor de cajero facturador y jefe de facturación, en su orden, con una asignación en todos los períodos de \$749.387; y (iii) **contrato de prestación de servicio 261 con el reclamante** cuyo el objeto fue prestar sus servicios como «JEFE DE FACTURACION [sic] EN EL AREA [sic] DE FACTURACION [sic] DEL (SIAU) [...]» del 1.º al 31 de marzo de 2011.*

(...)

Entonces, se advierte que las declarantes coinciden en afirmar que el accionante trabajó en forma continua como facturador en la ESE CAMU de San Antero, recibía órdenes de la coordinadora, el médico de urgencias y la gerente y cumplía horario de 7 a 12 a. m. y de 2 a 5 p. m., pero no especificaron en qué consistió tales órdenes por ellos impartidas o que los llamados de atención puedan determinar una sumisión a estos funcionarios.

(...)

Por lo tanto, en el sub lite, no se demostró con certeza que a través de las cooperativas «COPSALUSINÚ S.A.S.» y «COOSALUD LTDA», se encubrió el desarrollo de relaciones de labor dependiente, pues, se reitera, no se probó si el actor prestó sus servicios en la ESE CAMU de San Antero con el fin de atender funciones propias de un tercero beneficiario bajo los tres elementos del contrato de trabajo, cuales son la: (i) prestación de un trabajo o una labor en forma personal, (ii) subordinación y (iii) contraprestación por la función desarrollada.

En lo atañadero a los contratos de prestación de servicios, solo se aportó la copia del convenio 261 de 1.º de marzo de 2012, celebrado entre la ESE CAMU y el accionante «para prestar los servicios como jefe de facturación», se destaca que únicamente perduró por el lapso que se pactó para su ejecución, es decir, entre el 1.º y el 31 de marzo del mismo año; 1 mes que denota el carácter transitorio de su labor; además, no se demostró que al accionante se le haya exigido el cumplimiento de órdenes o que su labor estuvo enmarcada por la dependencia en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, ni mucho menos que perduraron estas circunstancias mientras el liqamen contractual con la ESE CAMU de San Antero estuvo vigente, por lo que no se halla demostrado el elemento subordinación.

(...)

Por otro lado, en lo concerniente a los otros contratos de prestación de servicios, si bien la parte actora pretende con la certificación de la asesora administrativa de la empresa social del Estado probar su existencia entre las mismas partes e igual objeto contractual del 1.º de enero al 28 febrero de 2012, ante la ausencia aquellos no es posible constatarse bajo qué circunstancias se celebraron, por lo que también impide corroborar la subordinación alegada por el actor. (...)(Subraya la Sala).

De lo expuesto, puede decir esta Sala que no se demostró con certeza que a través de las Cooperativas de Trabajo Asociado o las Agremiaciones Sindicales, se hubiera encubierto el desarrollo de actividades totalmente dependientes de la ESE demandada; así como tampoco logró comprobarse que la demandante hubiera prestado sus servicios a la ESE con el fin de atender funciones propias de un tercero

beneficiario bajo los tres elementos del contrato de trabajo; específicamente con la presencia de subordinación y contraprestación por la función desarrollada.

Así mismo, no se encontraron los medios probatorios suficientes, que lleven a la convicción que la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz hubiese prestado sus servicios a la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas, durante todo el tiempo que ésta suscribió contratos de prestación de servicios asistenciales con el fin de atender necesidades de auxiliares de enfermería, bien con CTA bien mediante contratos Sindicales; de tal manera que el período reclamado por la demandante y comprendido entre el 27 de enero de 2001 y el mes de diciembre de 2014, no encuentra acreditación para declarar respecto de éste una relación laboral, con el cumplimiento de los elementos necesarios para ello.

Por los motivos antes expuestos se debe declarar fundada parcialmente la excepción propuesta por la parte demandada, denominada “Inexistencia de relación laboral” respecto del periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2001 y el 31 de diciembre de 2014, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

8.2. De la prestación de servicios de la demandante mediante contratos de prestación de servicios suscritos directamente con la ESE y los elementos propios de la relación laboral

Está demostrada la prestación de servicios realizada por la demandante, señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, en su condición de auxiliar de enfermería a la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, concretamente, respecto del periodo de tiempo comprendido entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2017 (Fls. 240 a 357 del cuaderno 2A)

8.2.1. De la Prestación personal del servicio

Las pruebas documentales y los testimonios rendidos dentro de este proceso, en términos de lo que constituye el centro de la controversia, dan cuenta del primer elemento de la relación laboral, vale decir, de una actividad personal desempeñada por la demandante al servicio de la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, así como que por la naturaleza de sus actividades, en el eventual caso de faltar la demandante a prestar sus servicios, no podía enviar otra persona para que cumpliera con sus actividades, sino que debía suplirse dicha necesidad con otra persona de las mismas condiciones, que dispusiese la ESE para tales fines.

8.2.2. De la Remuneración como contraprestación del servicio

De acuerdo con los contratos de prestación de servicios, la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz tenía como contraprestación de sus servicios unas sumas de dinero, las cuales se encuentran determinadas en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos, los cuales comprenden el periodo entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2016; y el 23 de mayo de 2016 al 31 de marzo de 2017, disponiendo que se pagarían mensuales que fueron variando con el paso del tiempo entre \$1.231.816 del primer contrato, y la suma de \$1.300.700 en el último contrato; todo lo cual evidencia que la demandante recibía una remuneración por parte de la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio - Caldas, como contraprestación de sus servicios, por lo que el segundo de los elementos que configura la relación laboral se encuentra demostrado.

De igual manera, debe decirse que de cada contrato de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la demandada, obra la respectiva acta de terminación y liquidación del contrato, en las cuales se detallan los pagos realizados a la demandante.

8.2.3. De la Subordinación Laboral y del cumplimiento de horarios

De las pruebas estudiadas, especialmente de los testimonios rendidos, de los cuales fueron transcritos apartes de relevancia en páginas anteriores de esta providencia, se evidencia que la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz no tenía plena autonomía ni independencia en el cumplimiento de sus funciones o actividades, pues ésta dependía de las directrices que le dieran los respectivos Coordinadores de área.

Por otra parte, puede decirse que los testimonios rendidos dentro del proceso guardan coherencia con relación al desempeño como auxiliar de enfermería, así como varios de ellos aseguran que las actividades desempeñadas eran las mismas de las auxiliares de enfermería de planta de la entidad; así como que no había diferencia entre éstas, pues ambas cumplían horario de 8 a 12 y de 2 a 6; y realizaban las mismas tareas; tareas que debía estar coordinadas y supervisadas por las respectivas Coordinadoras de áreas, que eran las enfermeras jefes, quienes daban las indicaciones sobre la realización de las tareas.

Se encuentra demostrado pues, el cumplimiento por parte de la demandante de una jornada laboral establecida por la ESE Hospital San Juan de Dios, la cual se llevaba a cabo en sus instalaciones; así como los horarios y turnos por cumplir, no podían ser fijados por ella, pues tanto personal de planta como personal vinculado mediante

contratos de prestación de servicios convergían en el cumplimiento de sus obligaciones en los mismos horarios y en los mismo espacios.

Así mismo, se encuentra acreditado que el lugar de ejecución del contrato era la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio, estando ello dispuesto de manera expresa en el clausulado de cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la demandada.

Finalmente, no puede pasarse por alto, la constancia proferida por por el Gerente de la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio –Caldas el 22 de agosto de 2019 (Fl. 675 C. 1C), en la cual se dice que la ESE cuenta con 18 empleados de planta que cumplen con el ejercicio de actividades de auxiliares de enfermería; y que procesos y sub procesos asistenciales, incluido el servicio de auxiliares de enfermería, los ha contratado en diversas oportunidades con Cooperativas de Trabajo Asociado y Agremiaciones Sindicales; así como que esas necesidades de apoyo se contrataron también directamente mediante contratos de prestación de servicios.

La constancia expedida, en concordancia con los testimonios rendidos dentro del proceso, arrojan sin lugar a dudas que la actividad desarrollada por la auxiliar de enfermería, demandante Beatriz Elena Castañeda Díaz, sólo podía realizarse por un auxiliar del enfermería de planta, sin que se haya podido demostrar una diferencia tajante entre ambos.

De todo lo expuesto, se concluye que el vínculo de la demandante con la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas, trascendió del contrato de prestación de servicios a una verdadera relación laboral, que evidencia los elementos de prestación personal del servicio, remuneración como contraprestación del servicio y subordinación y dependencia.

Por los motivos antes expuestos se declaran infundadas la excepciones propuestas por la parte demandada, denominadas “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de relación laboral”, respecto de los periodos que a continuación se precisaran; “Buena fe”, “Cobro de lo no debido y ausencia de solidaridad”, Mala fe de la demandante” y “Pago”, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Es necesario dejar presente que con relación a la excepción de Caducidad formulada por la parte demandante, fue debidamente resuelta en audiencia inicial llevada a cabo el día 16 de julio de 2019, (Fl. 657 y 662 C. 1C) declarándose infundada por parte del Despacho; y dicha decisión no fue objeto de recursos por la parte demandada, motivo por el cual la Sala no hará pronunciamiento adicional respecto de ésta.

8.3. De los criterios de igualdad, continuidad y habitualidad

Finalmente, en el análisis realizado por esta Sala, se considera importante analizar los criterios planteados por la Corte Constitucional en la sentencia C - 171 de 2012, para lo cual se precisa la transcripción de los siguientes apartes de la misma:

“(…) 5.5 En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (iii) requieran de conocimientos especializados.

En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”⁹; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; (iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas 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”; y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”¹⁰.

En suma, de lo expuesto hasta aquí puede concluirse que el carácter de propio o permanente de la función contratada por una entidad del Estado, permite diferenciar si realmente se trata de un contrato laboral o de un contrato de prestación de servicios, ya que si la labor contratada hace parte de las funciones permanentes de la entidad o puede ser realizada por empleados de planta o no requiere conocimientos especializados, se trata en realidad de un contrato laboral aunque las partes le den el nombre y forma de contrato de prestación de servicios.(…)” (Subraya la Sala).

En virtud de la jurisprudencia en cita, para esta Sala es claro, que en el caso estudiado queda claro que en los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la demandada, se evidenció que las labores cumplidas como auxiliar de enfermería, son actividades propias de una Empresa Social del Estado que presta servicios de salud, pues dichas funciones, son de la naturaleza propia de la entidad, las cuales deben prestarse de manera permanente, para garantizar la prestación del servicio de salud en la población que acude a ésta.

⁹ Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰ Ibídem.

De igual manera, se encuentra debidamente acreditado que las labores realizadas por la señora Beatríz Elena Castañeda Díaz eran permanentes, no sólo porque los testimonios rendidos dentro del proceso así lo acreditan; sino porque en este caso se cumplen con los siguientes criterios citados por la Corte:

- a. Funcional, por cuanto cumplía labores propias de una auxiliar de enfermería en una entidad que prestaba servicios de salud.
- b. Igualdad, pues la misma ESE certifica en el presente asunto, que su planta de personal cuenta con 18 auxiliares de enfermería.
- c. Temporal o habitualidad, puesto que se encuentra demostrado que las labores realizadas por la demandante, eran continuas y diarias, con cumplimiento específico de un horario de trabajo, el cual además, coincidía en su totalidad, con el horario de los servicios prestados en dicha área por el personal de planta dela ESE, cumpliendo así con un horario impuesto por la demandada.
- d. Continuidad, pues quedó demostrada la vinculación mediante contratos sucesivos de prestación de servicios en el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2017.

9. De los extremos temporales en la prestación de servicios de la demandante

Debe precisarse que en las pretensiones de la demanda se solicita la declaratoria de una relación laboral de carácter legal y reglamentaria desde el 27 de enero de 2001; sin que se consigne un extremo temporal de terminación definido; y ello por cuanto, desde el mes de marzo de 2017 ha estado con órdenes de incapacidad que se han venido extendiendo hasta la fecha de presentación de la demanda.

En ese contexto, lo primero de lo que se ocupará esta Sala por definir, cuáles son las consecuencias de declaratoria de una relación legal; y luego determinar los extremos temporales de la misma en el presente asunto.

En necesario decir entonces que, dentro del proceso obra como último contrato de prestación de servicios suscrito entre la demandante y la demanda, el de fecha 1° de enero de 2017, y en su clausula quinta aparece como término de ejecución, el comprendido entre el 1° de enero y el 31 de marzo de 2017. (Fls. 313 a 315 C. 2A).

A folio 355 del cuaderno 2A obra la última acta de supervisión del contrato antes descrito, con fecha 21 de marzo de 2017 en donde se da cuenta del cumplimiento de

las actividades por parte de la contratista, ahora demandante; sin que se halle acta de terminación del contrato.

Entre folios 500 y 510 del cuaderno 1B obran una serie de incapacidades médicas de la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, siendo la primera la del 20 de marzo de 2017 por una duración de 35 días por cirugía; y luego otra del 6 de abril por otros 30 días; todas ellas proferidas por la Clínica Versailles, y cuya prestadora de servicios de salud es el Servicio occidental de Salud SA SOS y donde aparece como cotizante.

Reposan varias incapacidades de la clínica Roque Armando López, entre el 20 de junio y el 4 de julio de 2017, entre el 3 de octubre y el 1° de noviembre de 2017, entre el 17 de diciembre de 2017 y el 15 de enero de 2018, así como incapacidad del 16 al 30 de enero de 2018.

Obran también nuevas incapacidades del 21 de mayo al 19 de junio de 2017, del 5 de julio al 3 de agosto de 2017 y del 4 de agosto al 2 de septiembre, del 2 de noviembre al 1° de diciembre por parte de la Caja de Compensación Familiar, donde aparece como beneficiaria; obrando como última incapacidad la de 31 de enero de 2018 al 1° de marzo de 2018, por reemplazo total de cadera, incapacidad de Servicios Especiales de Salud de Caldas.

Ahora bien; queda claro que el último contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, es de fecha 1° de enero de 2017, en el cual se pactó una duración hasta el 31 de marzo del mismo año, y del cual obra acta de supervisión que da cuenta del cumplimiento de las obligaciones pactadas, y suscrita el 21 de marzo de 2017; quedando claro que dicha acta no se suscribió el 31 de marzo de 2017, fecha de terminación del contrato, como era usual tal como consta en todas las actas de supervisión e interventoría realizadas entre enero de 2015 y diciembre de 2016 (Fls. 328 a 251 del cuaderno 2A, donde se evidencia que siempre se suscribía este tipo de documentos el último día de ejecución del contrato, de acuerdo a la fecha de terminación pactada. Así como que claro que la última acta de supervisión se suscribió el 21 de marzo de 2017, esto es 10 días antes de la fecha de terminación del contrato suscrito, y un día después de la primera incapacidad médica de la señora Beatriz Elena Castañeda, con una duración de 35 días.

9.1. De la estabilidad laboral reforzada en los contratos de prestación de servicios

De lo expuesto en el numeral anterior no hay duda que, 10 días antes de que terminara el contrato de prestación de servicios suscrito entre la ESE demandada y la

señora Beatriz Elena Castaño Díaz, ésta empezó a tener incapacidades médicas que se fueron prorrogando hasta el 1° de marzo de 2018.

También es cierto que la fecha de terminación del contrato de prestación de servicios estaba prevista para el 31 de marzo de 2017, y no hay nada que demuestre que ese contrato tenía que prorrogarse, o se hubiera pactado una prórroga automática del mismo.

No obstante lo anterior, no puede esta Sala pasar por alto el estudio del tema de las incapacidades a que se refiere la demandante, ni del extremo temporal para declarar la relación legal solicitada; entendiéndose que, ello se traduce en el estudio de una posible estabilidad laboral reforzada de la siguiente manera:

La Corte Constitucional en sentencia de unificación del año 2018¹¹ ha precisado al respecto lo siguiente:

“(…) 3.2. La figura de “estabilidad laboral reforzada” tiene por titulares a: (i) mujeres embarazadas,¹² (ii) personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud,¹³ (iii) aforados sindicales,¹⁴ y (iv) madres cabeza de familia.¹⁵ (…) Adicionalmente, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite una discapacidad.¹⁶

(…)

¹¹Corte Constitucional. SU 40 de 10 de mayo de 2018. M.P. Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Exp. T-5.692.280.

¹² Ver entre otras, las sentencias T-141 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); T-568 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-119 de 1997 (MP. Eduardo Montealegre Lynett); T-426 de 1998 (MP. Alejandro Martínez Caballero); T-961 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre Lynett); T-291 de 2005 (MP. Manuel José Cepeda); T-898A de 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy); T-699 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza); T-1097 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. SV. Mauricio González Cuervo).

¹³ Ver entre otras las sentencias T-1040 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil); T-351 de 2003 (MP. Rodrigo Escobar Gil); T-198 de 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy); T-962 de 2008 (MP. Jaime Araujo Rentería); T-002 de 2011 (MP. Mauricio González Cuervo); T-901 de 2013 (MP. María Victoria Calle); T-141 de 2016 (MP. Alejandro Linares Cantillo).

¹⁴ Ver entre otras las Sentencias T-029 de 2004 (MP. Álvaro Tafur Galvis); T-323 de 2005 (MP. Humberto Sierra Porto); T-249 de 2008 (MP. Jaime Córdoba Triviño); T-043 de 2010 (MP. Nilson Pinilla Pinilla. AV. Humberto Sierra Porto); T-220 de 2012 (MP. Mauricio González Cuervo); T-123 de 2016 (MP. Luis Ernesto Vargas. SV. Luis Guillermo Guerrero).

¹⁵ Ver entre otras las sentencias T-792 de 2004 (MP. Jaime Araujo Rentería); T-182 de 2005 (MP. Álvaro Tafur Galvis); T-593 de 2006 (MP. Clara Inés Vargas); T-384 de 2007 (MP. Manuel José Cepeda); T-992 de 2012 (MP. María Victoria Calle); T-326 de 2014 (MP. María Victoria Calle).

¹⁶Corte Constitucional. Sentencia T-1040 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil). En esta oportunidad la Corte indicó que esta protección implica “(i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre y cuando que no se configura una causal objetiva que conlleve a la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador.” Esta posición ha sido reiterada en varias oportunidades, en las sentencias T-519 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-198 de 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-361 de 2008 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), T-263 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), T-784 de 2009 (MP. María Victoria Calle Correa), T-050 de 2011 (MP. María Victoria Calle Correa) T-587 de 2012 (MP. Adriana Guillén) y SU-049 de 2017 (MP. María Victoria Calle Correa. SPV. Alejandro Linares Cantillo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gloria Ortiz Delgado).

3.3. Así las cosas, existe desconocimiento de los fundamentos constitucionales y, especialmente, de los principios de igualdad y solidaridad cuando se evidencia un trato diferente o discriminatorio a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las calificadas como personas en situación de discapacidad, con independencia de la relación laboral acordada entre las partes.¹⁷

4.4. Así mismo, en distintas oportunidades la Corte Constitucional ha protegido derechos laborales constitucionales en casos de vinculación a través de contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios.¹⁸.
(...)

5. La estabilidad reforzada de las personas con discapacidad en contratos de prestación de servicios. Reiteración de jurisprudencia

(...)
5.2. Ahora bien, en sentencia T-521 de 2016⁹ se precisaron las reglas jurisprudenciales construidas por esta Corporación a lo largo de los años y relacionadas con la efectividad de la garantía de estabilidad laboral reforzada con independencia de la vinculación laboral y la presunción de discriminación en la terminación de la relación laboral, en el siguiente sentido:

(i) En primer lugar, en dicha sentencia se señala que existe el derecho a la estabilidad laboral reforzada “siempre que el sujeto sufra de una condición médica que limite una función propia del contexto en que se desenvuelve, de acuerdo con la edad, el sexo o factores sociales y culturales”. Luego de

¹⁷ Tal como se reconoció en la Sentencia T-040 de 2016, algunos magistrados han disentido de esta doctrina reiterada por la mayoría de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, por considerar que “es diferente la protección brindada a las personas discapacitadas -que se entienden calificadas-, a la protección otorgada a las personas en situación de debilidad manifiesta, quienes si bien no han sido calificadas ven disminuido su estado de salud. De esta manera, (i) la estabilidad reforzada del primer grupo se otorga en aplicación de la Ley 361 de 1997 y por tanto, ante el despido de una persona calificada como discapacitada sin la autorización de la autoridad laboral competente, procede el pago de la indemnización prevista en la Ley y el reintegro correspondiente. (ii) Respecto del segundo grupo, su protección no se desprende de la ley sino directamente de la Constitución, por ello, al comprobarse el despido de una persona en debilidad manifiesta no es procedente el pago de una indemnización sino simplemente el reintegro, teniendo en cuenta que la sanción se genera por la presunción contenida en la ley”. Esta discusión fue zanjada en la sentencia SU-049 de 2017 (MP: María Victoria Calle Correa. SPV Alejandro Linares Cantillo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gloria Ortiz Delgado) en la que se concluyó que “5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo. De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes. || 5.15. Esta protección, por lo demás, no aplica únicamente a las relaciones laborales de carácter dependiente, sino que se extiende a los contratos de prestación de servicios independientes propiamente dichos. (...)”.

¹⁸ Por ejemplo, en la Sentencia T-490 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt) la Sala de Revisión consideró que la actuación del Hospital demandado desconocía los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la estabilidad laboral reforzada de una persona que se encontraba en una situación de debilidad manifiesta por no renovar la orden de prestación de servicios, cuando la accionante se encontraba incapacitada por el médico tratante como consecuencia de la lesión que padece. En la Sentencia T-886 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva. AV. María Victoria Calle. SPV Mauricio González Cuervo), la Corte Constitucional, partiendo de la base de que la mujer embarazada o en periodo de lactancia cuenta con una protección reforzada, independientemente del tipo de contrato de trabajo que haya suscrito con su empleador, concedió el amparo de los derechos solicitados por la accionante, quién había suscrito tres contratos de prestación de servicios con el Instituto Municipal del Deporte y la Recreación accionado para llevar a cabo actividades de fisioterapia, cuyo último contrato no fue renovado a pesar de contar con 6 meses de embarazo. En la Sentencia T-350 de 2016 (MP María Victoria Calle. SV. Alejandro Linares Cantillo), este Tribunal consideró reprochable la actuación de la Universidad demandada al dar por terminado el contrato de prestación de servicios de la accionante con fundamento en el cumplimiento del término pactado sin antes contar con la autorización de la autoridad de trabajo correspondiente, la cual era necesaria por estar la accionante embarazada y debido a que el objeto del contrato continuaría desarrollándose

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-521 de 2016 (MP. Alejandro Linares Cantillo. AV. Gabriel Eduardo Mendoza y Gloria Stella Ortiz).

analizar varias providencias²⁰ en las que los accionantes, personas incapacitadas o con una discapacidad o problema de salud que disminuía su posibilidad física de trabajar, alegaban haber sido despedidos sin autorización del inspector de trabajo, la Corte consideró que “con independencia de la denominación, si el trabajador se encuentra en un periodo de incapacidad transitoria o permanente, sufre de una discapacidad o en razón de sus condiciones de salud se encuentra un estado de debilidad manifiesta, existirá el derecho a la estabilidad laboral reforzada”.

*(ii) En segundo lugar, se entiende activada esta garantía de estabilidad laboral reforzada una vez el empleador conoce de las afecciones de salud del trabajador retirado.*²¹

*(iii) En tercer lugar la estabilidad laboral reforzada se aplica “frente a cualquier modalidad de contrato y con independencia del origen de la enfermedad, discapacidad o estado de debilidad manifiesta del accionante”.*²²

5.3. De conformidad con el anterior recuento jurisprudencial, es evidente que la Corte ha acudido a varias fórmulas para resolver los casos que envuelven una estabilidad laboral reforzada y que el tipo de vinculación no ha sido un obstáculo para conceder dicha protección, aceptando que la misma procede en contratos de prestación de servicios independientes.

En este caso concreto, y sin que con ello se modifique la jurisprudencia reseñada en las consideraciones anteriores, la Sala Plena de esta Corte considera que la respuesta al problema planteado es negativa, por las razones que se expondrán a continuación:

7.1.1. Como se indicó en líneas precedentes, la estabilidad laboral reforzada es una garantía que está dirigida a proteger a aquellas personas en situación de discapacidad, cuya relación laboral finaliza como consecuencia de esa condición, es decir, por un criterio discriminatorio. Motivo por el cual, en los eventos en los que el empleador requiera dar por terminada una relación laboral con una persona beneficiaria de este fuero, precisa de la configuración de un hecho objetivo que demuestre que el despido no está relacionado con la discapacidad y, además, de la autorización de la autoridad de trabajo correspondiente.

²⁰ En este caso, se citan las sentencias T-461 de 2015 (MP. Myriam Ávila Roldán), T-674 de 2014 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio), T-878 de 2014 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-440 A de 2012 (MP. Humberto Sierra Porto).

²¹ Al respecto, se hace referencia a la sentencia T-420 de 2015 (MP. Myriam Ávila Roldán) en la cual se estableció como un presupuesto necesario para la protección de la estabilidad laboral reforzada, la exigencia de que el empleador conociera de los padecimientos de salud sufridos por el trabajador. Para la Corte “(...) la garantía del derecho a la estabilidad laboral de un trabajador que presenta alguna limitación física, sensorial o psíquica implica la constatación de los siguientes presupuestos: (i) que el trabajador presente una limitación física, sensorial o psíquica (ii) que el empleador tenga conocimiento de aquella situación (iii) que el despido se produzca sin autorización del Ministerio del Trabajo” Sin embargo, en la sentencia T-029 de 2016 (MP. Alberto Rojas Ríos) se declaró que de manera excepcional y sólo cuando las circunstancias del caso lo ameriten, el juez de tutela puede ordenar el reintegro así el empleador no tuviera conocimiento de la situación de salud del trabajador, pero no con el fin de evitar una discriminación, sino para garantizar la continuidad en el tratamiento de salud y la eficacia del principio de solidaridad. En su momento se indicó que: “En vista de ello, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de que son titulares los trabajadores que se hallen en estas condiciones, apareja para los empleadores el deber insoslayable de actuar con solidaridad, como se indicó en precedencia al abordar la protección que les asiste a las mujeres embarazadas, pese al desconocimiento del estado de gravidez por parte patrono”.

(...)

De manera que la vigencia de este contrato se encontraba claramente establecida y era conocida por las partes suscribientes del mismo, situación que no permitía que se generaran expectativas de permanencia para la accionante ni mucho menos una estabilidad laboral reforzada en los términos expuestos reiterada y consistentemente por la jurisprudencia de esta Corporación, en la medida que (i) la señora María Eugenia Leyton Cortés fue contratada bajo una política pública de inclusión específica y en virtud de su pertenencia a la población discapacitada, y (ii) la finalización de la misma no obedeció a su discapacidad ni se constituyó en un acto discriminatorio en su contra. Todo lo contrario, su desvinculación obedeció al vencimiento del pacto inicialmente acordado y a la pérdida de vigencia de la política pública distrital bajo la cual fue contratada.

7.1.5. Con todo, se observa que la terminación del contrato con la Administración, en virtud de la situación particular de la señora Leyton, no le genera un daño irreparable frente a la continuidad del acceso al sistema de seguridad social en salud ni afecta su mínimo vital toda vez que en la actualidad cuenta con una pensión de invalidez²³ reconocida durante el tiempo de su vinculación con el Distrito, prestación que, como lo ha sostenido la Corte Constitucional,²⁴ tiene como objetivo principal cubrir las contingencias ocasionadas por la pérdida de capacidad laboral, garantizando un ingreso que le permite vivir de manera digna y solventar sus necesidades vitales. Encontrándose así materializado el mandato previsto en la Carta Política de brindar especial protección a las personas disminuidas físicamente.²⁵ (...)"

De la jurisprudencia antes citada, se desprende que, si bien la estabilidad reforzada es una garantía que se predica también en personas que demuestren su debilidad manifiesta por motivos de salud, independiente de la relación laboral acordada entre las partes, incluido el contrato de prestación de servicios; también es cierto que el empleador debía conocer las afecciones de salud del trabajador retirado, así como que se presenta también cuando la terminación del contrato o despido se origina en su enfermedad, condición o discapacidad, constituyendo un acto discriminatorio en su contra.

Así pues, de acuerdo con la sentencia en cita, y de conformidad con las pruebas allegadas al presente asunto, para esta Sala es claro que, si bien en el presente caso no puede desconocerse que la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz padeció un deterioro en su salud física, la cual se evidenció en una incapacidad por 35 días generada el 20 de marzo de 2017, y la cual se fue prolongando casi por un año más; y que dicha incapacidad inicial se originó en la recta final de ejecución del contrato de prestación que tenía suscrito con la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio –

²² Aunque en principio los casos analizados se circunscribían a eventos en los cuales mediaba un contrato de trabajo (ver entre otras, las sentencias T-1040 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil); T-519 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra); T-198 de 2006 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-1038 de 2007 (MP Humberto Sierra Porto), la jurisprudencia de esta Corporación ha aplicado esta protección a todas las relaciones que tienen derechos laborales constitucionales inmersos, entre ellas, el contrato de prestación de servicios. Sin embargo, esta aplicación no era uniforme, toda vez que en algunas providencias las Salas de Revisión consideraron declarar la existencia de un contrato realidad antes de otorgar la protección constitucional y en otras, este análisis no fue necesario para conceder el amparo. (Ver entre otras, las sentencias T-490 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SPV. Luis Ernesto Vargas), T-292 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva. SPV Mauricio González), T-988 de 2012 (MP María Victoria Calle Correa), T

Caldas, iniciado el 1° de enero de 2017; también es cierto que, dentro del proceso no se logró demostrar que la ESE conoció de manera previa a la terminación del contrato, sobre la situación de salud de la demandante, que dio origen a la incapacidad referida; así como tampoco obra prueba de que la terminación del contrato de prestación de servicios, hubiera tenido origen en un acto discriminatorio de la ESE, en virtud a las condiciones de salud de la contratista. Contrario a ello, desde la suscripción del último contrato, esto es desde el 1° de enero de 2017, se tenía como fecha de terminación del mismo, el día 31 de marzo de 2017, situación conocida por las partes, sin que se hubiera generado la expectativa de permanencia para la ahora demandante.

De conformidad con lo anterior, puede decirse que en presente asunto no se dan los presupuestos necesarios para predicar respecto de la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz una estabilidad reforzada.

Sumado a lo anterior, también resulta necesario precisar que, para la declaratoria de una estabilidad reforzada en este caso, debe tenerse presente la naturaleza de la sentencia que ahora se considera, si ésta es declarativa o constitutiva de derechos, puesto que si apenas en esta sentencia se va a declarar la existencia de una relación laboral entre las partes, no podría en esta misma sentencia hablarse de estabilidad reforzada para la demandante, por cuanto sería retrotraer de una vez los efectos de esta sentencia, para declarar una estabilidad que en principio no existía, por tratarse de unos contratos de prestación de servicios.

Finalmente, y no menos relevante, precisa la Sala que por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral en virtud de la cual se pueda generar el reconocimiento de unas sumas de dinero, por los derechos económicos laborales a que tenía derecho quien estuvo vinculado mediante la modalidad de contratos de prestación de servicios, con esa mera declaratoria no se puede predicar la calidad de empleado público de ese contratista al que se le reconoció la relación laboral; pues es sabido que, para que ocurra dicha situación se deben observar unos presupuestos totalmente diferentes que los estudiados en éstos casos.

9.2. Extremos temporales para la declaratoria de la relación laboral declarada entre la ESE demandada y la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz

De conformidad con los argumentos expuestos en el numeral anterior, y al desvirtuarse la existencia de una estabilidad reforzada en este caso, lo que queda demostrado es la existencia de 9 contratos de prestación de servicios suscritos directamente entre la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas y la

señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, cuyo objeto era la prestación de sus servicios personales como auxiliar de enfermería en las instalaciones de la entidad (Fls. 223 a 356 C. 1); contratos que tuvieron las siguientes duraciones:

1. Del 1° de enero al 31 de marzo de 2015
2. Del 1° de abril al 30 de septiembre de 2015
3. Del 1° al 31 de octubre de 2015
4. Del 1° de noviembre al 31 de diciembre de 2015
5. Del 1° de enero al 31 de marzo de 2016 (Suspensión)
6. Del 23 de mayo al 30 de junio de 2016 (Nuevo contrato)
7. Del 1° de julio al 30 de septiembre de 2016
8. Del 1° de octubre al 31 de diciembre de 2016
9. Del 1° de enero al 31 de marzo de 2017

Así pues, se aclara que los extremos temporales sobre los cuales se declara la existencia de una verdadera relación de tipo laboral entre las partes, está comprendido entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2017.

10. De la tercera pretensión de la demanda

Se hace necesario por parte de esta Sala pronunciarse sobre la pretensión tercera de la demanda:

“Condenar a la ESE Hospital Departamental San Juan de Dios de Riosucio – Caldas, a pagarle los perjuicios morales a mi poderdante, equivalentes a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago”

Sin necesidad de mayores consideraciones, advierte esta Sala que en los hechos de la demandada no se hace alusión alguna este tipo de perjuicio alegado por la demandante; así como ni en los fundamentos de derecho ni en las normas vulneradas se hace alusión a ello.

Así mismo, la prueba testimonial solicitada no se pidió para demostrar perjuicios morales, y en los testimonios recepcionados, ninguno de los deponentes se refiere a ello, ni el apoderado judicial lo indaga.

Así pues, debe decirse que dicha pretensión no pasó de una mera solicitud, sin que haya desplegada actividad probatoria al respecto, motivo por el cual no hay lugar al reconocimiento de unos perjuicios morales respecto de los cuales no se comprobó su causación.

11. De la prescripción en el caso concreto

Teniendo como punto de partida, que esta Sala encuentra acreditada la existencia de una verdadera relación laboral, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades; se procede entonces a estudiar el fenómeno de la prescripción de la siguiente manera:

Debe decirse que del estudio minucioso de cada uno de los contratos de prestación de servicios aportados al proceso, encuentra la sala la siguiente relación de número de contrato y fechas:

Nro. Contrato	Duración del contrato
AUX-ENF-015-2015	Del 1° de enero al 31 de marzo de 2015
AUX-ENF-099-2015	Del 1° de abril al 30 de septiembre de 2015
AUX-ENF-199-2015	Del 1° al 31 de octubre de 2015
AUX-ENF-272-2015	Del 1° de noviembre al 31 de diciembre de 2015
AUX-ENF-010-2016	Del 1° de enero al 31 de marzo de 2016
AUX-ENF-010-2016	Acta de suspensión por mutuo acuerdo entre el 1° y el 23 de marzo de 2016 (Fl. 277 C. 2A) Nral 5 <i>“que el día 23 de mayo es la fecha en la cual el contratista deberá reiniciar la prestación de servicio objeto de contrato; por lo anteriormente expuesto, de no presentarse se entenderá ésta como terminación del contrato.”</i>
AUX-ENF-152-2016	Del 23 de mayo al 30 de junio de 2016 (Nuevo contrato)
AUX-ENF-222-2016	Del 1° de julio al 30 de septiembre de 2016
AUX-ENF-294-2016	Del 1° de octubre al 31 de diciembre de 2016
AUX-ENF-051-2017	Del 1° de enero al 31 de marzo de 2017

Por su parte, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, consagra: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”. Según lo señalado en la norma, la persona tendría 3 años desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible para realizar el reclamo respectivo, so pena que opere el aludido fenómeno procesal.

En tal sentido, el Consejo de Estado²⁶ expuso:

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. C.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Rad. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

“(…) Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.

Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales.

(…)

En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)²⁷, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo. (…)”

De conformidad con lo expuesto, y teniendo en cuenta los contratos de prestación de servicios que obran dentro del proceso, resulta evidente que se presentó una interrupción entre el contrato número AUX-ENF-010-2016 de 1° de enero de 2016 y el AUX-ENF-152-2016 de 23 de mayo de 2016, toda vez que el primero culminó el 31 de marzo de 2016, y el segundo inició nuevamente el 23 de mayo de 2016; transcurriendo entonces entre uno y otro contrato más de un mes y 15 días, es decir, que hubo solución de continuidad e interrupción de la relación laboral durante ese tiempo.

La ahora demandante contaba con 3 años desde la finalización de cada relación laboral para presentar la reclamación de prestaciones sociales laborales económicas, concluyendo en este punto que el primer contrato suscrito culminó con la relación laboral el 31 de marzo de 2016; y otra cosa distinta ocurre a partir del contrato AUX-ENF-152-2016 de 23 de mayo de 2016, relación laboral que finalizó el 31 de marzo de 2017, por no encontrar entre dichos contratos interrupción alguna entre uno y otro.

²⁷Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(…)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

(…)”.

Ahora bien, la demandante elevó derecho de petición a la ESE Hospital San Juan de Dios el día 30 de enero de 2018, tal como consta a folio 39 del cuaderno¹, término a partir del cual se contabiliza la prescripción; de tal manera, que desde la fecha de la primera relación laboral que finalizó el 31 de marzo de 2016 no han transcurrido más de 3 años. Y en cuanto a la segunda relación laboral, la cual inició el 23 de mayo de 2016 y finalizó el 31 de marzo de 2017, debe decirse que respecto de ésta, menos aún ha operado la prescripción. Siendo necesario además resaltar que el oficio demandado se notificó el 1° de marzo de 2018 y la demanda se presentó el 22 de junio de 2018.

Lo anterior, implica que respecto de los derechos laborales de carácter económico de la demandante surtidos entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2017 no operó el fenómeno de la prescripción. Motivo por el cual se declara impróspera dicha excepción.

12. De las consecuencias de la existencia de una verdadera relación laboral

De conformidad con todo lo expuesto, queda sin duda, determinada la existencia de una verdadera relación laboral, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que resulta procedente declarar la nulidad del oficio sin número, de fecha 28 de febrero de 2018, notificado el día 1° de marzo de 2018, emanado de la subdirección administrativa de la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio - Caldas, mediante el cual despachó desfavorablemente la petición formulado por la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Así pues, una vez valoradas las pruebas antes relacionadas y detalladas; encuentra la Sala que efectivamente entre la Señora Beatriz Elena Castañeda Díaz y la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio - Caldas existió una verdadera relación laboral; pues de las pruebas documentales y de las versiones rendidas por los testigos, se desprende la existencia en este caso de los tres elementos constitutivos de la relación laboral como lo son: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo.

Una vez determinada la declaración de la existencia de una relación de naturaleza laboral, entre la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz y la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio - Caldas, procede la Sala a establecer las consecuencias jurídicas que de ello se desprende.

De conformidad con el análisis realizado hasta el momento, encuentra la Sala procedente el derecho que le asiste a la demandante de que se le pague el equivalente a las prestaciones sociales devengadas por los empleados de planta con vinculación durante el periodo que la demandante ejerció sus labores.

Frente al restablecimiento del derecho en casos de contrato realidad, el Consejo de Estado en providencia del 15 de agosto de 2013²⁸, es claro al manifestar que por el hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar al demandante la calidad de empleado público, dado que es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado la misma Corporación, sin embargo, esto no es óbice para el reconocimiento, a título de indemnización, de las prestaciones sociales dejadas de percibir fundadas en los honorarios que devengó:

“El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas...

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia²⁹. (Subraya la Sala).

En el caso de estudio se ordenará a la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio - Caldas, reconocer y pagar al demandante, teniendo como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones legales que un empleado de la misma de igual categoría tendría derecho; es decir, las mismas prestaciones que devenga el personal de planta, sumado al reconocimiento a la accionante de los aportes que por el sistema de salud y pensiones éste canceló de su propio peculio en el porcentaje que le correspondía al empleador.

Con la advertencia, que en este caso la demandante deberá acreditar al Sistema General de Seguridad Social las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad

²⁸Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda; Subsección b. Sentencia de 15 de agosto de 2013 C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. 18001-23-31-000-2001-00087-01(1622-12).

²⁹Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

social en salud y pensiones durante el tiempo de duración del vínculo contractual, esto es entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2017.

13. Del Restablecimiento del derecho

Ahora bien, al decretarse la nulidad del oficio sin número notificado el 1° de marzo de 2018 deberá la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio – Caldas, reconocer y cancelar a favor de la accionante, señora Beatriz Elena Castañeda Díaz teniendo como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones y factores salariales que un empleado de la citada ESE de igual categoría tendría derecho por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2017; incluidos los valores que conforme a lo expuesto, deba devolver la entidad demandada a la actora como pagos al sistema de seguridad social en el porcentaje que le correspondería al empleador.

Las sumas liquidadas serán ajustadas con sujeción a la siguiente fórmula:

$$VP = VH \frac{\text{Ind. F.}}{\text{Ind. I.}}$$

Donde:

VP = Suma actualizada

VH = Suma a actualizar

Ind. F. = Índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia.

Ind. I. = Índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se causa el derecho.

14. De las excepciones propuestas

Por las consideraciones de esta sentencia se declaran imprósperas las excepciones propuestas por la parte demandada, denominadas “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de relación laboral” respecto del periodo comprendido entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2017, “Buena fe”, “Cobro de lo no debido y ausencia de solidaridad”, “Mala fe de la demandante” y “Pago”, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Así mismo, se declarará próspera la excepción propuesta por la parte demandada, denominada “Inexistencia de relación laboral”, respecto del periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2001 y el 31 de diciembre de 2014, tal como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

15. Costas

En el presente asunto se condenará en costas a cargo de la parte demandada, ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, en atención a que debido a las circunstancias por las que tuvo que sufrir la demandante, se vio en la necesidad de asumir el pago de un abogado, incurrir en gastos procesales, y demás agencias que requiere llevar un proceso judicial a buen término.

Así las cosas, y conforme al artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandada, ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio - Caldas, las que se liquidarán conforme a los artículos 366 del Código General del Proceso.

Las agencias en derecho se tasan en un valor de tres millones ciento ochenta y cinco mil ochocientos tres pesos, con ochenta y ocho centavos (\$3.185.803,88), equivalente al 2% de las pretensiones de la demanda, a favor de la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz. Ello de conformidad con lo dispuesto en el acuerdo PSAA16 – 10554 de agosto 5 de 2016, vigente al momento de presentación de la demanda.

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

III. Falla

Primero: Declarar **imprósperas** las excepciones denominadas *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Buena fe”, “Cobro de lo no debido y ausencia de solidaridad”, “Mala fe de la demandante” y “Pago”*, propuestas por la parte demandada, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo: Declarar **próspera** la excepción denominada *“Inexistencia de relación laboral”*, con relación al periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2001 y el 31 de diciembre de 2014, por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

Tercero: Declarar **impróspera** la excepción denominada *“Inexistencia de relación laboral”*, con relación al periodo comprendido entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2017, por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

Cuarto: Declarar la existencia de una relación laboral entre las partes, únicamente en el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2017 en el cual la demandante se desempeñó como auxiliar de enfermería en la ESE Hospital

San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva.

Quinto: Declárase la nulidad del oficio sin número, de fecha 28 de febrero de 2018, notificado el día 1° de marzo de 2018, emanado de la subdirección administrativa de la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, mediante el cual despachó desfavorablemente la petición formulado por la señora Beatriz Elena Castañeda Díaz, de conformidad con lo expuesto.

Sexto: A título de restablecimiento del derecho condenase a la ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio, Caldas, a pagar a la señora **Beatriz Elena Castañeda Díaz** el equivalente a las prestaciones sociales legales que un trabajador de la misma categoría tiene, es decir un personal de planta, tomando como base el valor de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, en la forma señalada en la parte considerativa; los valores a pagar deberán ser reajustados conforme a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta sentencia. Lo anterior por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2017.

Séptimo: A título de restablecimiento del derecho, ordenar, además, a la **ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio, Caldas,** hacer devolución a la actora de los aportes que ella hubiese consignado al sistema de seguridad social en salud y pensiones, que conforme a la ley, le correspondería al patrono, estas sumas debidamente indexadas conforme a la fórmula señalada en la parte considerativa y en el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2017.

Octavo: Condenase en costas a cargo de la parte demandada cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$3.185.803,88 de acuerdo con lo considerado.

Noveno: Negar las demás pretensiones de la demanda, por lo considerado.

Décimo: La demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos señalados en el artículo 192 del CPACA.

Décimoprimer: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere, y **archívese** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

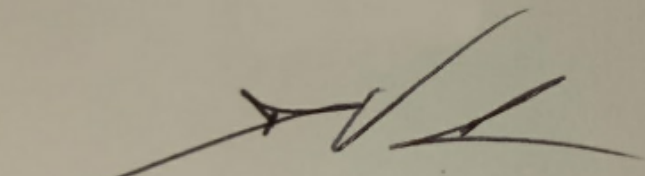
Notifíquese y cúmplase.

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

Los integrantes de la Sala Segunda de decisión,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Jairo Ángel Gómez Peña', written in a cursive style.

Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Dohor Edwin Varón Vivas', written in a cursive style.
DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MagistradoA handwritten signature in blue ink, appearing to be 'Augusto Morales Valencia', written in a cursive style.
AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de decisión

Magistrado ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

A.I. 259

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación:	17 001 33 31 000 2014 000892 00
Medio de control	Repetición
Demandante:	Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional
Demandado:	Néstor Alfonso Jiménez Ospina

En el presente momento procesal, la Sala de Decisión considera imprescindible esclarecer un punto oscuro o difuso de la contienda, que actualmente subsiste a pesar del recaudo probatorio allegado a la actuación en primera instancia; razón por la cual, de conformidad con el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se decreta una prueba de oficio previo a proferir la decisión que en derecho corresponda dentro del trámite de segunda instancia ya reseñado.

En ese orden de ideas, por la Secretaría de esta Corporación, ofíciase a la **Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**, para que se sirva allegar con destino a este proceso, en el término de 5 días, la siguiente información:

- Copia del comprobante de la transferencia con la que se produjo el pago efectivo de la condena impuesta a la misma entidad, mediante sentencia de fecha 25 de abril de 2011 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión, mediante la cual accede parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro de la acción de reparación directa presentada por el señor Gabriel Vargas Castaño y otros contra el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, la cual quedó debidamente ejecutoriada; condena que fue conciliada y aprobada el 16 de junio de 2011, por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Manizales, por la suma de \$34.778.293,60, por concepto de perjuicios morales, y estableciendo como fecha de pago el 16 de diciembre de 2012; aceptando el desistimiento del recurso de apelación interpuesto

por la parte demandante.


- Certificado bancario en el que se acredita la anterior transferencia.
- Documento en el que se acredite que el pago de la condena impuesta en la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión de Manizales, dentro del proceso identificado con radicado número 17 001 33 31 002 2006 00167 00; la cual fue objeto de conciliación, aprobada el 16 de junio de 2011, en el que se evidencie el recibido a satisfacción por el beneficiario de la condena o su apoderado.
- Documento que dé cuenta de quién era el apoderado judicial de los demandantes dentro del proceso citado en el ítem anterior.

Lo anterior tomando como sustento y antecedente la directriz que, en materia de práctica de prueba de oficio, fue señalada por el Consejo de Estado¹, el 31 de marzo de 2020, en un asunto análogo al presente.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Segunda de Decisión ordinaria de la fecha.

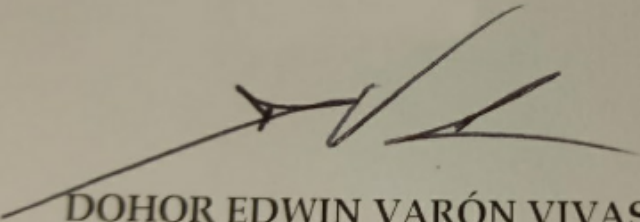
Notifíquese y cúmplase.

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sub Sección C. Sentencia de 31 de enero de 2020. CP. Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Rad. 250002326000200700588 (42037).



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Jairo Ángel Gómez Peña

A.I. 258

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación	17-001-33-33-002-2016-00337-02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Patricia Arango García
Demandado:	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - Casur

En el presente momento procesal, la Sala de Decisión considera imprescindible esclarecer un punto oscuro o difuso de la contienda, que actualmente subsiste a pesar del recaudo probatorio allegado a la actuación; razón por la cual, de conformidad con el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se decreta una prueba de oficio previo a proferir la decisión que en derecho corresponda dentro del trámite de primera instancia ya reseñado.

En ese orden de ideas, por la Secretaría de esta Corporación, ofíciase a la **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - Casur**, para que se sirva allegar con destino a este proceso, en el término de 5 días, la siguiente información:

- La Hoja de Liquidación de la asignación de retiro reconocida a la señora Patricia Arango García, identificada con la cédula de ciudadanía No. 30.289.258, mediante la Resolución No. 01918 del 26 de abril de 2004. Lo anterior, a fin de conocer en detalle el monto de los factores que constituyeron el Ingreso Base de Liquidación y la tasa de reemplazo aplicada al mismo para hallar el monto definitivo de la asignación de retiro de la demandante.

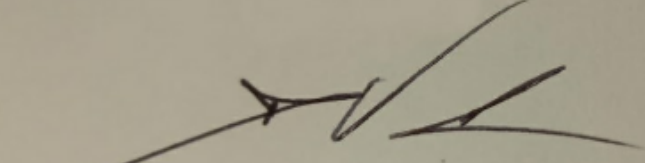
Proyecto discutido y aprobado en Sala Segunda de Decisión ordinaria de la fecha.

Notifíquese y cúmplase

Los integrantes de la Sala Segunda de Decisión,



Jairo Ángel Gómez Peña
Magistrado ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, catorce (14) de diciembre de dos mil veinte (20202)

RADICACIÓN	17-001-23-33-000-2020-00312-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	RUBIEL MARÍN PATIÑO
DEMANDADO	FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión de la demanda que, en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, por conducto de apoderado judicial, instauró **RUBIEL MARÍN PATIÑO** contra **EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

ANTECEDENTES

Solicita el demandante se declare la nulidad del acto No. 881 del 26 de noviembre del año 2018, proferido por LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE MANIZALES, respecto al otorgamiento del 50% de la SUSTITUCIÓN PENSIONAL como beneficiario HIJO MAYOR INVALIDO al señor PAULO VILLEGAS ARBOLEDA

CONSIDERACIONES

El artículo 157 del CPACA respecto a la competencia por razón de la cuantía:

“Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen. En asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones.

Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor.

En las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento.

La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella.

Quando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años” (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con el artículo precedente, se tiene que en el presente caso la cuantía se debe establecer teniendo en cuenta las sumas, que por concepto de prestaciones periódicas reclama el actor, teniendo en cuenta que el valor que se pretenda por tal concepto debe determinarse desde cuándo se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años.

Ahora bien, la parte actora al estimar la cuantía la establece en la suma de \$26.683.294.00, correspondiente a las mesadas pensionales dejadas de pagar.

Respecto a la competencia del Tribunal para conocer sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el artículo 152 del CPACA dispone:

ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden departamental, o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas de los citados órdenes.

2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y, sin atención a la cuantía, de los actos que se

expidan en ejercicio del poder disciplinario asignado a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, diferentes al Procurador General de la Nación.

4. De los que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, contribuciones y tasas nacionales, departamentales, municipales o distritales, cuando la cuantía sea superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)”. (Subrayado fuera de texto).

Verificando que la demanda fue presentada en el año 2020 se tiene que con base en el salario mínimo de este año (\$877.802.00), el presente asunto no es de conocimiento de esta Corporación, sino que el mismo se encuentra radicado en los Juzgados Administrativos del Circuito, ya que 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes equivalen a \$43.890.100.00.

De conformidad con lo anterior, procederá el Despacho a declarar la falta de competencia de este Tribunal para conocer de la presente controversia por factor cuantía, ordenando enviar el expediente a la Oficina Judicial de esta ciudad para que el mismo sea repartido entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales como un asunto de su competencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

1. **DECLARAR** la falta de competencia por razón de la cuantía para avocar el conocimiento de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpone **RUBIEL MARÍN PATIÑO** contra **EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

2. **ENVÍESE** el expediente a la a la Oficina Judicial de esta ciudad para que el mismo sea repartido entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales como un asunto de su competencia.

3. **NOTIFÍQUESE** el presente proveído por estado electrónico; una vez surtido éste, envíese mensaje de datos, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 184 del 15 de diciembre de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.
Manizales, _____



HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

RADICADO	17001-33-33-003-2017-00317-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LIGIA RICARDO PARDO
ACCIONADO	HOSPITAL DE CALDAS ESE Y EL MUNICIPIO DE MANIZALES
VINCULADOS	NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 9 de octubre de 2019.

PRETENSIONES

Se suplica por la parte nulidisciente que se hagan los siguientes pronunciamientos:

1. Que se declare la nulidad de la Resolución HC-016 del 10 de febrero de 2015, mediante la cual se negó el reajuste pensional reclamado y de la Resolución HC-035 del 8 de abril de 2015 que resolvió la apelación contra la primera confirmándola en todas sus partes.
2. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita se declare que la actora tiene pleno derecho a que las entidades demandadas le reliquiden la pensión de jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, conforme lo establecido en la Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, Decreto 1045 de 1978 y demás normas favorables.
3. Se condene a las entidades demandadas a liquidar y pagar a favor de la demandante la totalidad de las diferencias entre lo que se ha venido pagando a partir de la fecha de

retiro del servicio, hasta el momento de inclusión en nómina con la totalidad de factores salariales demandados.

4. Se condene a pagar el retroactivo debidamente indexado.
5. Se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del CPACA. Igualmente, a que, en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido, se haga entrega de los dineros al apoderado.
6. Se condene a las demandadas a pagar las mesadas pensionales debidamente indexadas.
7. Se condene a pagar los intereses moratorios, conforme el inciso 3 del artículo 192 del CPACA.
8. Se condene en costas y agencias en derecho a las accionadas.
9. En el fallo que acceda a pretensiones se ordene expedir primera copia que preste mérito ejecutivo, así como copia auténtica con constancia de ejecutoria.
10. Una vez quede en firme el fallo que acceda a las pretensiones de la demanda, solicité que, al momento de comunicar a las entidades accionadas, se les remita copia auténtica con la fecha exacta de constancia de ejecutoria.

HECHOS

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

- ✓ La señora Ligia Ricardo Pardo nació el 16 de septiembre de 1943.
- ✓ La demandante prestó sus servicios al Hospital de Caldas desde el 11-02-1966 al 29-12-1997, para un total de 11.436 días.
- ✓ El Hospital de Caldas le reconoció y pagó una pensión de jubilación a la demandante mediante Resolución nro. RHPS 757 de 1997.

✓ Mediante oficio radicado el 26 de enero de 2015 se solicitó la reliquidación de la pensión, petición que fue negada mediante Resolución HC-016 de 2015, confirmada con la Resolución HC-35 de 2018, por lo que asegura la parte actora se desconoció que la demandante tiene derecho a que se reajuste su pensión de jubilación de conformidad con la Ley 6 de 1945, en cuantía equivalente al 75% del salario devengado en el último año de servicios, y con inclusión de los factores contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Política: artículos 1, 2, 6, 25, 53 y 58; Ley 244 de 1995; Ley 1071 de 2006; artículo 1614 del Código Civil; artículo 831 del Código de Comercio; artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

Señaló, con fundamento en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, así como la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, que la interpretación que debe dársele al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 es que los factores allí enlistados no son taxativos, y por ello se permite la inclusión de otros percibidos en el último año de servicios.

Por ello, en este caso, se solicita el reconocimiento, reliquidación y pago de la pensión de la demandante con la inclusión de todos los factores percibidos en el último año de servicios conforme la Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985 y Decreto 1045 de 1978.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MUNICIPIO DE MANIZALES: Frente a los hechos hizo alusión al artículo 159 del CPACA y 173 del CGP, y con esa prevención indicó que algunos eran ciertos y que otros no le constaban.

Seguidamente, se pronunció sobre las pretensiones y se opuso a la prosperidad de las mismas, especialmente porque el vínculo laboral de la actora fue con el Hospital de Caldas y no con el ente territorial.

Como argumentos de defensa expuso sobre el contrato de concurrencia, con apoyo en el oficio OP-SH-014-16 suscrito por el secretario de despacho de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Manizales, que la demandante figura como beneficiaria del convenio de

conurrencia del sector salud suscrito entre el Ministerio de Salud, el Departamento de Caldas y el Municipio de Manizales, y por ello tiene derecho al bono pensional.

Para apoyar su posición citó los artículos 61, 62 y 63 de la Ley 715 de 2001, la sentencia C-264 de 2008, el Decreto 1338 de 2002 y el Decreto 306 de 2004, y concluyó que el artículo 61 de la Ley 715 de 2001 suprimió el Fondo del Pasivo Prestacional para el sector salud creado por el artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y determinó que con el fin de atender la responsabilidad financiera a cargo de la Nación para el pago de las cesantías y pensiones de las personas beneficiarias de dicho fondo, se haría en adelante con la suscripción de los convenios de concurrencia; que la administración de los recursos existentes en el fondo del pasivo pensional, y los demás recursos que por ley se encontraban destinados al fondo, serían trasladados al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que la financiación del pasivo causado hasta el 31 de diciembre de 1993 por concepto de cesantías y pensiones sería únicamente de aquellos trabajadores del sector salud que hubiesen sido reconocidos como beneficiarios de dicho fondo; que la dirección general de regulación económica de la seguridad social, y no el Municipio de Manizales, es el responsable de la preparación técnica y actuarial de los convenios de concurrencia, así como de su revisión y actualización; que en el pasivo prestacional del sector salud causado a 31 de diciembre de 1993, están incluidas las pensiones de jubilación y vejez, invalidez y sustituciones pensionales que las entidades beneficiarias tenían a su cargo; que en el pasivo prestacional del sector salud en materia de pensiones únicamente pueden considerarse como beneficiarios aquellos servidores públicos y trabajadores privados que no fueron certificados como tales por el Ministerio de Salud de conformidad con la normativa entonces vigente; y que los recursos para la concurrencia celebrada fueron calculados teniendo en cuenta los factores salariales de la Ley 33 de 1985, es decir, sin incluir los factores salariales que está pidiendo la parte actora, situación que a todas luces resulta violatoria del principio de equilibrio contractual entre las partes.

Frente a la reliquidación de la pensión indicó que la misma no es procedente, en atención a lo determinado en la sentencia SU-230 de 2015 y C-258 de 2013.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Argumentó que el Municipio de Manizales no tiene responsabilidad alguna en la elaboración de las listas de beneficiarios, ni en la

administración de los recursos, ni en la inclusión de nuevos beneficiarios, tal como lo consagran la Ley 715 de 2001, el Decreto 1338 de 2002 y el Decreto 306 de 2004.

- **Inexistencia del derecho que se reclama:** Afirmó que a la demandante no le asiste derecho a la reliquidación de la pensión por inclusión de nuevos factores salariales sobre los cuales no realizó cotización alguna.

- **Genérica:** Pidió declarar cualquier otra excepción que se encuentre probada.

HOSPITAL DE CALDAS: En cuanto a los hechos afirmó que son ciertos los relacionados con la vinculación de la demandante a la entidad y con los actos administrativos proferidos en relación con la pensión de jubilación.

Sobre las pretensiones se opuso a la prosperidad de las mismas, al considerar que la pensión fue reconocida de conformidad con la ley, sin que existan fundamentos de hecho o de derecho para expedir un nuevo acto administrativo.

Propuso la excepción de caducidad de la acción, al considerar que se encuentra superado el término para ser presentada la demanda.

Como razones de defensa indicó, frente a la aplicación de la Ley 100 de 1993, que el artículo 36 mantuvo respecto del régimen anterior la edad, el tiempo de servicios y el monto, pero que el IBL no fue considerado en él, y en tal sentido este se calcula según los lineamientos de la norma mencionada, tal como lo determinó la Corte Constitucional en sentencia SU-230 de 2015.

Sobre los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1989, aseveró que los beneficios de la transición están circunscritos a la aplicación de las disposiciones del régimen anterior al cual se encontraban afiliados los trabajadores, en lo relacionado con la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión; en los demás requisitos y condiciones, por expreso señalamiento de la ley, se rigen por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, sobre el Decreto 1045 de 1978, precisó que el mismo no es aplicable para efectos de la determinación de la base salarial con la cual se calculó la pensión; y resaltó

además que el mismo se aplica de manera exclusiva al sector nacional, no a los niveles territoriales.

Propuso la excepción previa de:

- **Falta de integración de litisconsorcio necesario – solicitud de integración litisconsorcio necesario e integración del contradictorio:** Con base en que, de un lado, siendo el Fondo Territorial de Pensiones el mayor contribuyente en el pago de la prestación periódica de la demandante, le asiste interés directo en el asunto que se somete a debate judicial, por lo que debe vincularse a la acción a través de sus administradores actuales, Municipio de Manizales y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Y de otro lado, como el Departamento de Caldas contribuye con recursos al citado fondo, también se vería afectado por cualquier decisión que eventualmente se llegare a adoptar en relación con la liquidación pensional de la accionante.

Propuso las excepciones de fondo que denominó:

- **Falta de legitimación pasiva:** Argumentó que en el hipotético caso que la demandante tuviera derecho a la reliquidación de la pensión la misma no estaría a cargo del Hospital de Caldas, pues los tiempos de servicios por los cuales se haría responsable presuntamente la entidad son tiempos en los cuales no era la directa comprometida al pago con recursos propios, pues la mayor parte de ellos se deben requerir a la concurrencia para el sector salud que determinó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues con apoyo en la Ley 60 de 1993, la Ley 715 de 2001, el Decreto 306 de 2004, y la Ley 1438 de 2011, aseguró que son dineros que deben ser pagados como pasivo prestacional del sector salud público.

- **Cobro de lo no debido:** Indicó que a la demandante se le reconoció la pensión de conformidad con las normas que regulan el tema, sin que pueda afirmarse que se le adeuda dinero alguno por concepto de reajuste pensional.

- **Adecuada determinación del monto de la pensión e ingreso base:** Manifestó que la pensión de la demandante fue liquidada con el 75% del promedio de lo devengado entre el 29 de diciembre de 1996 y el 28 de diciembre de 1997, teniendo en cuenta el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual mantuvo respecto al régimen anterior la edad, el tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y el monto, ya que el IBL no fue considerado, al señalar la norma que para liquidar las pensiones de quienes les faltaren menos de 10 años

para adquirir el derecho se debería tener en cuenta el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello.

- **Prescripción trienal de mesadas pensional y prescripción de la acción:** Considera que en la eventualidad de demostrarse que la accionante tiene o tenía algún asomo de derecho frente a la reclamación, deben ajustarse las mesadas trienales de años anteriores a la reclamación con el fenómeno de la prescripción, ante la inactividad de la actora.

CONTESTACIÓN DE LAS VINCULADAS

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO: Frente a los hechos afirmó que no le constan, y seguidamente se opuso a las pretensiones de la demanda al afirmar que no se ha transgredido ninguna disposición en razón a que no existe, ni existió, obligación asignada al ministerio frente a las pretensiones de la demanda relacionadas con el pago de cotizaciones a pensión ni el pago de la misma.

Indicó que no está de acuerdo con que se ordene la reliquidación pensional de la demandante por cuanto es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y en tal sentido su pensión debió liquidarse con el promedio de lo devengado entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de retiro definitivo, junto con lo determinado en el Decreto 1558 de 1994.

Hizo además referencia al precedente jurisprudencial en relación con el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición, que incluyó la sentencia SU-230 de 2015, C-258 de 2013, auto 326 de 2014, SU-427 de 2016 y providencia del 25 de febrero de 2016 del Consejo de Estado, para concluir que no hay lugar a calcular la pensión en los términos solicitados en la demanda.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Adujo que si bien es cierto la Ley 60 de 1993 dispuso que la Nación y los entes territoriales concurrieran con la institución hospitalaria en la financiación del pasivo pensional causado a 31 de diciembre de 1993, no trasladó la obligación a los entes concurrentes, y por ello los pasivos causados continuarán siendo de las entidades de salud en su condición de empleadoras, y como en este caso además se

discuten aspectos propios de la pensión y no relativos al contrato de concurrencia, no es el ministerio el que debe responder por las resultas del proceso.

- **Pago de la obligación:** En atención a que en los términos del contrato de concurrencia, la Nación giró la totalidad de los recursos que le correspondían por concurrencia, por ello se está en presencia de una obligación extinta.

- **Inexistencia de relación jurídico- sustancial entre el Hospital de Caldas y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público:** La demandante nunca prestó sus servicios al ministerio, sino que laboró en el Hospital de Caldas, cuya naturaleza jurídica hace que tenga autonomía administrativa, patrimonio propio y personería jurídica, y en tal sentido la entidad no puede actuar como garante o guardián de la institución de salud.

- **Prescripción:** Sobre cualquier derecho que se reclame.

- **Genérica:** Pidió se declaren las demás excepciones de fondo que se encuentren probadas.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: No contestó la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El 9 de octubre de 2019 el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia a través de la cual negó pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos si la sentencia SU-230 de 2015 constituía un precedente obligatorio para los casos de pensiones del régimen ordinario para personas beneficiarias del régimen de transición; cuáles eran los factores salariales que debían tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación; en caso de que la sentencia fuera favorables, qué entidad debía asumir el pago de la reliquidación pensional; y, finalmente, si se configuraba la prescripción.

Para resolver el meollo del asunto, tras relacionar el material probatorio, hizo alusión al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al Acto Legislativo 01 de 2005 y a la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, para con soporte en ellas concluir que no era posible acceder al reajuste de la pensión en la forma solicitada, pues a su juicio la pensión había sido liquidada de conformidad con las normas pertinentes, Ley 6

de 1945, Ley 4 de 1966, Ley 33 de 1985 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, con el 75% del promedio de los salarios percibidos en el último año de servicios, sin que se haya probado que haya cotizado sobre otros rubros distintos a los establecidos en el Decreto 1158 de 1994.

Por lo anterior, negó pretensiones, y no condenó en costas en atención al cambio de jurisprudencia sobre el tema.

La parte resolutive del fallo quedó así:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADAS las excepciones de “Cobro de lo no debido”, “Adecuada determinación del monto de la pensión e ingreso base de liquidación” y “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, conforme a lo descrito en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado por la señora LIGIA RICARDO PARDO contra el HOSPITAL DE CALDAS E.S.E y MUNICIPIO DE MANIZALES.

TERCERO: SIN COSTAS.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la sentencia de primera instancia a través de memorial que reposa de folio 300 a 302 del expediente.

Adujo que la demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión conforme lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cumplir los requisitos señalados en el régimen de transición y las Leyes 33 y 62 de 1985, la cual debe ser equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, teniendo en cuenta los factores ya incluidos al momento de reconocerse la pensión y además los señalados en el certificado de salarios del último año de servicios.

Resaltó que, aunque es cierto que hubo un cambio de jurisprudencia sobre el tema, esa decisión vulneró los derechos fundamentales de la actora como la igualdad frente a supuestos fácticos y jurídicos que resultan semejantes; y además quebrantó la confianza

legítima y la seguridad jurídica, e incluso constituye un error judicial de la administración de justicia, al tenor de lo establecido en el artículo 66 de la Ley 270 de 1996.

Por ello, concluyó que en este caso el fallo debe ser revocado y en su lugar se debe acceder a pretensiones, con miras a conservar el orden constitucional y legal vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

PARTE DEMANDANTE: Guardó silencio.

PARTE DEMANDADA:

Municipio de Manizales: Guardó silencio.

Hospital de Caldas: guardó silencio

VINCULADAS:

Ministerio de Hacienda y Crédito Público: Manifestó que reiteraba en su integridad los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, especialmente hizo alusión al de la falta de legitimación en la causa, y por ello solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

Departamento de Caldas: Guardó silencio.

MINISTERIO PÚBLICO.

No presentó concepto.

CONSIDERACIONES

Al no observarse alguna irregularidad que pueda generar nulidad de lo actuado, procede la Sala a resolver de fondo la impugnación.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Los problemas jurídicos a dilucidar en esta instancia son los siguientes:

1. ¿Cuál es el régimen de pensiones aplicable a la actora?
2. ¿Qué factores salariales tiene derecho la señora Ligia Ricardo Pardo se le tengan en cuenta al momento de conformar el ingreso base de liquidación de su pensión ordinaria?
3. ¿Qué entidad es la responsable de la reliquidación de la pensión de la demandante?

Lo probado en el proceso

- Que mediante Resolución RHPS-757 de 1997 se reconoció a la señora Ligia Ricardo Pardo una pensión de jubilación en cuantía de \$307.153,81, la cual se calculó con el 75% del promedio de los factores de sueldo y dominicales y horas extras devengados entre el 29 de diciembre de 1996 y el 28 de diciembre de 1997 (fols. 2 a 4 C.2).

En este mismo acto administrativo se consignó que la actora prestó sus servicios por más de 20 años a la entidad, desde el 11 de febrero de 1966 al 28 de diciembre de 1997.

- Que mediante petición la accionante solicitó la reliquidación de su pensión de conformidad con la Ley 6 de 1945, en cuantía equivalente al 75% de los salarios devengados en el último de servicios, con los factores establecido en el Decreto 1045 de 1978 (fol. 22 a 25 C.1).

- Mediante Resolución HC-016 del 10 de febrero de 2015 se resolvió la solicitud de la accionante de manera negativa (fols. 26 a 28 *ibídem*).

- Contra la Resolución HC-016 de 2015 se presentó recurso de apelación el cual fue resuelto mediante la Resolución HC-035 de 2015, confirmando la decisión inicial (fol. 30 a 37 *ibídem*).

- Según certificado de factores salariales expedido por el gerente (e) del Hospital de Caldas E.S.E, la accionante devengó en el año 1996: ordinario diurno, subsidio de transporte, dominicales, bonificación, recargo nocturno, vacaciones, prima de vacaciones, prima quinquenal, prima de antigüedad, prima de servicios y prima de navidad. Y en el año

1997: ordinario diurno, subsidio de transporte, dominicales, recargo nocturno, prima de antigüedad, reajuste recargo nocturno, reajuste salario, reajuste dominical, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad (fol. 47 y 48 C.1).

- Que según el contrato interadministrativo de concurrencia nro. 001186 de 1997, celebrado entre el Ministerio de Salud – Fondo Nacional de Pasivo Prestacional sector Salud, el *Departamento de Caldas* y el *Municipio de Manizales*, el objeto del mismo se centraba: *“En virtud del presente contrato las partes concurren, en los términos señalados en el aval de fecha 4 de agosto de 1997, expedido por la Dirección de Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para el pago de la deuda prestacional correspondiente a los funcionarios y ex funcionarios de los Hospitales de Caldas E.S.E Geriátrico San isidro E.S.E y ASSBASALUD E.S.E reconocidos como beneficiarios del pasivo prestacional”* (fols. 4 a 9 C.3).

Primer problema jurídico

¿Cuál es el régimen de pensiones aplicable a la actora?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que a la parte demandante no la cubre la transición de la Ley 100 de 1993 sino la de la Ley 33 de 1985; y, en consecuencia, su pensión se debe reajustar conforme a la Ley 6 de 1945, el Decreto 3135 de 1968 y el Decreto 1045 de 1978.

Ha de comenzar la Sala precisando que en la sentencia de primera instancia el estudio del caso se realizó a la luz del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, pese a que en los hechos de la demanda se hizo alusión a que la pensión de jubilación le fue reconocida a la demandante bajo los presupuestos de la Ley 6 de 1945, la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993.

Al revisar este Tribunal lo consignado en la resolución que reconoció la pensión, se avizora que la demandante tiene un tiempo de servicios al 28 de diciembre de 1997 de 20 años, al indicarse que comenzó a laborar el 11 de febrero de 1966, lo que permite inferir que es beneficiaria de la transición de la Ley 33 de 1985, no de la establecida en la Ley 100 de 1993, por lo siguiente.

El artículo 1º de la Ley 33 de 1985 reza:

(...) El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años

continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).

Ahora bien, el párrafo 2º de la Ley 33 de 1985 estableció:

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

Lo anterior, significa que para el día 13 de febrero de 1985, fecha de entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, la demandante tenía más de 15 años de servicios, hecho que hace que se encuentre cubierta por el régimen de transición de esta última norma frente a la edad para pensión, de conformidad con lo estipulado en el párrafo 2º del artículo primero.

A pesar de que el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 establece que el beneficio de transición de esa ley aplica en lo relativo a la edad de jubilación, lo cierto es que el H. Consejo de Estado, en virtud del principio de inescindibilidad y de favorabilidad, extendió la transición a todos los aspectos del régimen de pensiones. Al respecto, el Consejo de Estado señaló lo siguiente¹:

(...) Al 13 de febrero de 1985, fecha de vigencia de la ley 33, el actor se encontraba en la segunda hipótesis aludida. Hasta antes de la expedición de la Ley 33 de 1985 la pensión de jubilación de los empleados territoriales se regía por la ley 6ª de 1945, siendo aplicable esta ley y las normas que la modificaron antes de la vigencia de la Ley 33 de 1985, como lo ha precisado esta Sección. A pesar de que el régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985, sólo remite a la edad de jubilación que regía con anterioridad a su entrada en vigencia y no señaló nada en cuanto a la liquidación, considera la Sala que en este aspecto se debe aplicar también el régimen anterior, porque resulta más favorable al actor.

De no hacerse así, se desconocería el principio mínimo fundamental consagrado en el artículo 53 de la Carta Política que establece la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. siete (7) de octubre de dos mil diez (2010).

formales del derecho". Sobre el particular, la Corte Constitucional señaló en sentencia C-168/95: "... 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 escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador

Igualmente, el Consejo de Estado, en virtud del principio de inescindibilidad ha sostenido reiteradamente que la norma anterior aplicable debe serlo en su integridad. Al respecto, en sentencia proferida por la Subsección A, Sección Segunda de esta Corporación, de 20 de octubre de 2005, M. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno No. 3701-04. En consecuencia, el reconocimiento pensional efectuado al demandante debe sujetarse en su totalidad a lo establecido por la Ley 6ª de 1945, y las normas que la modificaron o adicionaron, en lo referente a la edad, tiempo y monto pensional, pues si se diera aplicación a una normatividad diferente, como la Ley 100 de 1993, o la Ley 33 de 1985 se estaría desmembrando el régimen transitorio.

Por su parte, el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, norma anterior a la Ley 33 de 1985, estableció:

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

De acuerdo al anterior recuento normativo, la accionante tiene derecho a que su pensión de jubilación sea equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

Segundo Problema Jurídico

¿Qué factores salariales tiene derecho la señora Ligia Ricardo Pardo se le tengan en cuenta al momento de conformar el ingreso base de liquidación de su pensión ordinaria?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que la pensión de vejez de la demandante deberá incluir en el IBL los factores salariales percibidos en el último año de servicios de conformidad con la lista establecida en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

En este caso la norma aplicable al *sub lite* es el Decreto 3135 de 1968, el cual indicó que la pensión de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios. En este caso la E.S.E. demandada al momento de liquidar la pensión de la accionante fraccionó las normas a aplicar, siendo claro que no podía tomar parte de la legislación anterior en virtud de la garantía del régimen de transición, sino que debía aplicar en forma plena la disposición normativa conforme a la cual el beneficiario hubiese adquirido su derecho. Ello, en garantía del principio de inescindibilidad y las garantías mínimas en materia laboral pese a las transiciones normativas.

Por su parte, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, establece:

ARTÍCULO 45: DE LOS FACTORES DE SALARIO PARA LA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica*
- c) Los dominicales y feriados*
- d) Las horas extras*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte*
- f) La prima de navidad*
- g) La bonificación por servicios prestados*
- h) La prima de servicios*
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio.*
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1.978.*
- k) Prima de vacaciones*
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.*
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968 (subrayado Sala de Decisión).*

Según la norma reproducida, solamente los factores enlistados en esta disposición devengados durante el último año de prestación de servicios, que en este caso es del 29 de diciembre de 1996 al 28 de diciembre de 1997, serían los que sirven de base para calcular la prestación periódica, previa deducción de los descuentos que por aportes dejaron de efectuarse, en caso de que no se hubieran realizado en su momento.

En el acto administrativo de reconocimiento de la pensión se plasmó que solo se tenía en cuenta el sueldo y los dominicales y horas extras.

Según el certificado de factores salariales aportado al proceso, la demandante devengó además de la asignación básica en el último año de servicios los rubros de: subsidio de transporte, dominicales, bonificación, recargo nocturno, vacaciones, prima de vacaciones, prima quinquenal, prima de antigüedad, prima de servicios, prima de navidad, reajuste recargo nocturno, reajuste salario y reajuste dominical.

En relación con la bonificación, la prima quinquenal y la prima de antigüedad, se desprende que no están enlistados en el Decreto 1045 de 1978, por ello no deben hacer parte del IBL, pese a haberse percibido. Y sobre las vacaciones, debe advertirse que tampoco puede ser tenido en cuenta para conformar el IBL, por cuanto el Máximo Tribunal Administrativo ha precisado que las vacaciones no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el trabajador.

Finalmente, sobre la prima de servicios, si bien está consagrada en la norma antes señalada, la misma no es procedente reconocerla en este caso, por cuanto se ha precisado que los factores salariales consagrados en el Decreto 1042 de 1978, entre ellos el mencionado rubro, únicamente hacen parte del régimen salarial de los empleados públicos del nivel central.

Así mismo, la Ley 10 de 1990 solo extendió a los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial el régimen prestacional (no salarial) de los empleados del nivel central; y el Decreto 1919 de 2002 solamente hizo extensivo a los empleados públicos territoriales el régimen de prestaciones sociales (no salarial) propio de los del orden nacional.

Sobre los derechos adquiridos, el artículo 58 de nuestra Carta Política estipula:

ARTICULO 58. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo No. 01 de 1999. el nuevo texto es el siguiente: Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Este se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

En consecuencia, en Colombia, por norma superior, se garantizan los derechos adquiridos conforme a la ley.

Por lo anterior, aunque se probó con el certificado de factores salariales que la demandante percibió la prima de servicios en el último año laboral, es claro que al tratarse de un factor salarial reconocido únicamente para los empleados públicos del orden nacional, la misma se percibió en contra de las disposiciones legales, situación que impide que se genere un derecho adquirido para que pueda incluirse en la base de liquidación de la pensión de jubilación de la demandante, quien fungía como empleada pública del orden territorial.

Deberá dejarse claro que, en caso que sobre la prima de servicios, la bonificación, la prima quinquenal, la prima de antigüedad y vacaciones se hubieran efectuado descuentos para aportes a pensión, la entidad demandada debe proceder a reembolsarlos, pues lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin causa.

Tercer problema jurídico

¿Qué entidad es la responsable de la reliquidación de la pensión de la demandante?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso la entidad responsable de la reliquidación de la pensión es el Hospital de Caldas, en tanto es la entidad que reconoció la pensión y profirió los actos administrativos que negaron su reajuste.

En el *sub lite* también fue demandado el Municipio de Manizales, y fueron vinculadas al proceso la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento de Caldas, en atención al contrato de concurrencia para responder por el pasivo pensional del sector salud.

Sobre este tema, debe señalar la Sala que en el presente caso al adentrarse a estudiar de fondo el asunto, se encuentra que efectivamente quién expidió el acto administrativo de reconocimiento de la pensión, y por consiguiente, la negativa de la reliquidación, fue el Hospital de Caldas; y que si bien la demandada ha venido insistiendo que en virtud de unos contratos y de disposiciones legales el pasivo pensional de los trabajadores o servidores públicos que prestaron sus servicios antes del año 1993 debe ser asumido por las vinculadas, es importante recordar que el objetivo del proceso no es determinar cómo participan otras entidades en el costo del pago de esta pensión, ya que esta es una discusión que no pertenece al proceso, y que se debe dar fuera del mismo.

A pesar de que se insista en que porque no le correspondería el pago, no le corresponde reconocer el reajuste, se ha dicho que la entidad en la cual se prestó el último año de servicios es la encargada de reconocer la prestación periódica, y por tanto también la competente para decidir si debe ser reliquida o no. Y la otra discusión sobre qué otras entidades deben participar en el costo de la pensión, esto es, la compartibilidad, es un tema de resorte en primer término administrativo entre las diferentes entidades responsables del pago de la pensión de la actora, y por ello en este momento es una disputa que está por fuera del proceso.

Como argumento adicional, se encuentra precedente horizontal, sentencia del 26 de septiembre de 2013² con ponencia de la Dra. Patricia Varela Cifuentes, mediante la cual

² Tribunal Administrativo de Caldas. Sala de Decisión. Magistrada Ponente: Dra. Patricia Varela Cifuentes. Sentencia n° 0276 del 26 de septiembre de 2013. Radicado: 17-001-33-31-005-2010-00254-02. Demandante: María Stella Londoño Sánchez. Demandado: E.S.E. Hospital de Caldas.

se pronunció sobre la improcedencia de resolver situaciones de tipo administrativo, como lo es la determinación de las cuotas partes pensionales, que resulta externa al derecho de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación. En efecto, en aquella providencia se sostuvo:

La entidad accionada, E.S.E. Hospital de Caldas desde la contestación de la demanda y en su recurso de apelación ha sostenido que en el presente asunto debe vincularse en la calidad de litisconsortes necesarios a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Departamento de Caldas y al Municipio de Manizales, con sustento en que dichos entes concurren en el financiamiento del Fondo Territorial de Pensiones.

Al respecto considera la Sala que la petición no tiene procedencia toda vez que habiendo sido la E.S.E. Hospital de Caldas la entidad que reconoció y liquidó la pensión de la señora María Stella Londoño de Sánchez, es la responsable prima facie, ante la controversia de un acto suyo; igualmente fue ante ésta entidad frente a la cual se agotó la vía gubernativa, resolviéndose de fondo las peticiones encausadas al reajuste pensional y si bien en la Resolución RHPS-Nº 461 98 del 28 de agosto de 1998, se establece que la mesada pensional fue dividida a prorrata entre: Pasivo Prestacional (F.T.P.) y el Hospital de Caldas E.S.E. y pagaderas a través del Fondo Territorial de Pensiones, ello no puede incidir en forma alguna al goce efectivo del derecho de la señora Londoño Sánchez.

Lo anterior si se tiene en cuenta que las situaciones de tipo administrativo, esto es la determinación de cuotas partes pensionales, monto de obligaciones entre co-responsables y demás formas jurídicas que se desarrollen al interior de la entidad demandada para efectos de reconocer y pagar la pensión de jubilación a la accionante, le son externas a su derecho. No puede pretenderse por parte de la demandada, incluir en la discusión jurídica sobre la correcta determinación del monto pensional a entes que no incidieron en forma directa en el reconocimiento, circunscrito ello al acto administrativo que le dio nacimiento en cabeza de la demandante a exigir el pago de las mesadas, máxime que los actos que definieron la concurrencia en el pago de la pensión de la actora son anteriores al reconocimiento de dicha prestación, concurrencia que no demostró el Hospital que haya variado a la fecha.

Es decir no es relevante al proceso la forma en que internamente se defina el pago, es decir, de dónde es financiada la prestación, sino que por el contrario el problema jurídico que estudia esta jurisdicción es el correcto reconocimiento del derecho pensional, lo que obedece a

derechos de carácter constitucional sobre los cuales no es admisible traba para su efectivo goce y disfrute, por haber sido reconocido conforme a leyes vigentes.

Por lo anterior se descarta la solicitud de vinculación litisconsorcial, toda vez que no tiene relación con el asunto principal de debate. (Resalta la Sala).

En consecuencia, es del caso señalar que esta Sala también comparte los argumentos jurídicos allí expuestos, los cuales ha aplicado a otros procesos con supuestos fácticos similares al presente, y por ello la entidad con legitimación en la causa por pasiva material para hacerse responsable de la reliquidación de la pensión de la actora es el Hospital de Caldas E.S.E, pues fue la que reconoció el derecho, y conforme a la jurisprudencia anterior, no obsta para que en virtud del contrato de concurrencia, y mediante el procedimiento administrativo correspondiente, se asignen las cuotas partes que le corresponde asumir a cada una de las entidades que deban participar en la concurrencia.

Por lo anterior, la entidad responsable en este caso de la reliquidación pensional será el Hospital de Caldas, y frente a las otras entidades se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasivo material planteada por el Municipio de Manizales y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Decisión de segunda instancia

En el caso concreto, el Tribunal considera que se impone revocar la providencia del 9 de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito, en el sentido de declarar la nulidad de la Resolución HC-016 del 10 de febrero de 2015 y Resolución HC-016 del 8 de abril de 2015, y acceder a la reliquidación de la pensión para que en el IBL se incluyan los factores de: subsidio de transporte, dominicales, recargo nocturno, prima de vacaciones, prima de navidad, reajuste recargo nocturno, reajuste salario y reajuste dominical, percibidos entre el 29 de diciembre de 1996 al 28 de diciembre de 1997 por la accionante.

Debe advertirse que si bien la petición en la que se instó a la reliquidación no tiene fecha de radicación, en la demanda se adujo que se había presentado el 26 de enero de 2015, hecho que contestó la entidad demandada afirmando que era cierto. En tal sentido, se tendrá en cuenta esta fecha para computar la prescripción.

De conformidad con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, como el reconocimiento de la pensión se realizó mediante Resolución RHPS-757 de 1997; la petición en la que se instó a la reliquidación se presentó el 26 de enero de 2015; y la demanda se radicó el 21 de septiembre de 2015, es claro que el escrito de petición interrumpió la prescripción, pero solo 3 años hacia atrás; por lo que efectivamente se configuró este fenómeno procesal frente a las mesadas anteriores al 26 de enero de 2012. Por ello, se declarará probada la excepción de prescripción planteada por la entidad demandada.

Las sumas reconocidas serán reajustadas conforme la siguiente fórmula:

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

R= suma actualizada

Rh= suma a actualizar

Índice final= índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia

Índice inicial= índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se causa el derecho.

Por tratarse de pagos sucesivos o continuos, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, por cada mesada pensional debida teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

También se autorizará a que si sobre los factores que se ordenan incluir no se realizaron los descuentos de ley, la entidad los efectúe en el porcentaje que le correspondía al trabajador, debidamente indexados.

Se autoriza además a que si sobre los factores de prima de servicios, bonificación, prima quinquenal, prima de antigüedad y vacaciones se realizaron descuentos para aportes a pensión, los mismos sean reintegrados a la actora en el porcentaje que a este le correspondía, de manera indexada.

Costas

En el presente asunto no se condenará en costas, en atención a que las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente.

Finalmente, se reconocerá personería para actuar en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público al abogado José Saúl Valdivieso Valenzuela.

Y se reconocerá personería para actuar en nombre y representación del Municipio de Manizales al abogado Jorge Eduardo Cuervo Echeverri.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN** del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 9 de octubre de 2019 dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **LIGIA RICARDO PARDO** contra **HOSPITAL DE CALDAS ESE Y EL MUNICIPIO DE MANIZALES** según lo consignado en la parte motiva, y en su lugar:

DECLARAR NO PROBADAS las excepciones denominadas “Cobro de lo no debido” y “Adecuada determinación del monto de la pensión e ingreso base de liquidación”, planteadas por el Hospital de Caldas, según lo analizado en las consideraciones del caso.

DECLARAR PROBADA la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva material” propuesta por La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Municipio de Manizales.

DECLARAR PROBADA la excepción de “prescripción” planteada por el Hospital de Caldas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

DECLARAR la nulidad de la Resolución HC-016 del 10 de febrero de 2015 y la Resolución HC-035 del 8 de abril 2015.

A título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** al Hospital de Caldas E.S.E reliquidar la pensión de jubilación que devenga la señora **LIGIA RICARDO PARDO** tomando como

base el 75% del promedio de los factores salariales de subsidio de transporte, dominicales, recargo nocturno, prima de vacaciones, prima de navidad, reajuste recargo nocturno, reajuste salario y reajuste dominical percibidos entre el 29 de diciembre de 1996 al 28 de diciembre de 1997, pero con efectos fiscales a partir 26 de enero de 2012 por prescripción trienal.

Las sumas de dinero reconocidas en la sentencia a favor de la demandante deberán ser ajustadas en su valor aplicando la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia. De los mayores valores determinados, se autoriza a la demandada a realizar las deducciones para el sistema pensional respecto de los factores salariales ahora reconocidos, siempre que en su oportunidad no se hubieren realizado los descuentos, y en el porcentaje que le correspondía al trabajador, debidamente indexados.

Se autoriza a que si sobre los factores de prima de servicios, bonificación, prima quinquenal, prima de antigüedad y vacaciones se realizaron descuentos para aportes a pensión, los mismos sean reintegrados a la actora en la proporción que estos rubros hayan influido en el valor total del aporte que le correspondía como trabajadora, debidamente indexados.

La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, **PREVINIÉNDOSE** a la parte actora de la carga prevista en el inciso 2º del precepto citado.

TERCERO: SIN COSTAS por lo brevemente expuesto.

CUARTO: SE RECONOCE PERSONERÍA para actuar en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público al abogado José Saúl Valdivieso Valenzuela, de conformidad con el poder visible a folio 8 y los documentos que reposan a folio 9 a 19 del cuaderno 5.

SE RECONOCE PERSONERÍA para actuar en nombre y representación del Municipio de Manizales al abogado Jorge Eduardo Cuervo Echeverri, portador de la tarjeta profesional 83.644 del CSJ, de conformidad con el poder visible a folio 23 vuelto, y los documentos que reposan a folio 24 a 31 del cuaderno 5.

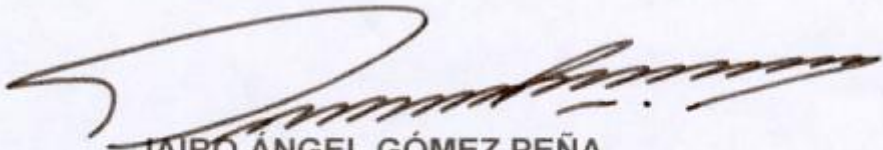
QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

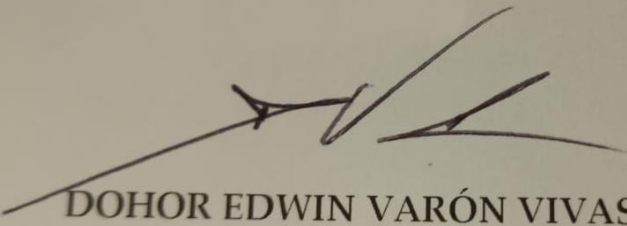
Proyecto discutido y aprobado en reunión de Sala de Decisión Virtual realizada el 10 de diciembre de 2020 conforme Acta n°063 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



JAIRO ÁNGEL GÓMEZ PEÑA
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la parte demandante por Estado Electrónico No. 184 del 15 de diciembre de 2020. Surtido lo anterior, se envió mensaje de datos al correo electrónico.</p> <p>Manizales, _____</p>  <p>HÉCTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA Secretario</p>
--

CONSTANCIA SECRETARIAL: EL presente proceso, medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue devuelta del Honorable Consejo de Estado revocando la sentencia emitida por esta corporación el 06 de noviembre de 2018.

Consta de 3 cuadernos.

Catorce (14) de diciembre de 2020.



HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
Secretario

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17-001-23-33-000-2016-00272-01
Demandante: JOSE DIEGO HENAO ARIAS
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FNPSM-DEPTO CALDAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Unitaria

Manizales, diciembre catorce (14) de dos mil veinte (2020).

A.S. 182

Estese a lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, en providencia del 29 de mayo de 2020, visible a folios 223 al 230 del cuaderno 1, revocó la sentencia proferida por esta Corporación el 06 de noviembre de 2018, mediante la cual “Negó las pretensiones de la demanda”.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 184

FECHA: 15/12/2020

A stylized, green, handwritten signature of Hector Jaime Castro Castañeda, consisting of several sweeping, overlapping strokes.

**HECTOR JAIME CASTRO CASTAÑEDA
SECRETARIO**