

A. de Sustanciación: 066-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y Restablecimiento  
No. Radicación: **17-001-33-33-008-2016-00149-02**  
Demandante: Carlos Alberto Henao Rojas  
Demandado: Assbasalud ESE

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 7 de septiembre de 2020. La anterior providencia fue notificada el día 18 de septiembre de 2020.

La **parte demandada** presentó recurso de apelación el 2 de octubre de 2020, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and strokes, positioned above the name of the official.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

|                     |                                                                                                                                      |
|---------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Radicado:</b>    | <b>17001-23-33-000-2016-00482-00</b>                                                                                                 |
| <b>Clase:</b>       | <b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>                                                                                        |
| <b>Accionante:</b>  | <b>María Nelly Vásquez de Moreno</b>                                                                                                 |
| <b>Accionado:</b>   | <b>Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y Luz María Luna Monsalve</b> |
| <b>Providencia:</b> | <b>Sentencia No. 67</b>                                                                                                              |

I. Asunto

Se procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **María Nelly Vásquez de Moreno** contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; y Luz María Luna Monsalve**.

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

II. Antecedentes

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

- Que se declare la nulidad de la Resolución nro. 5256-6 del 20 de agosto de 2014, por medio de la cual la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció la sustitución de la pensión de manera provisional, del docente fallecido José Javier Moreno a favor de la señora Luz María Luna Monsalve.
- Que se declare la nulidad de la Resolución nro. 7151-6 del 23 de julio de 2015, por medio de la cual la Secretaría de Educación del departamento de Caldas y Fiduprevisora S.A. resolvieron suspender los efectos de la Resolución nro. 5256-6 del 20 de agosto de 2014 y no acceder al reconocimiento definitivo de la prestación hasta tanto la justicia ordinaria dirima el conflicto de intereses existente entre las referidas señoras.

- Se declare la nulidad de la Resolución nro. 11459-6 del 29 de diciembre de 2015, por medio de la cual la Secretaría de Educación del departamento de Caldas y Fiduprevisora S.A. resolvieron revocar el artículo primero de la Resolución nro. 7151-6 del 23 de julio de 2015, manteniendo así el reconocimiento provisional de la sustitución pensional en favor de la señora Luz María Luna Monsalve hasta tanto la jurisdicción ordinaria acceda a la suspensión de dicho acto administrativo o se resuelva de manera definitiva el conflicto de intereses.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó:

- Se ordene a la entidad demandada expedir un acto administrativo en el cual se reconozca la totalidad de la sustitución pensional en favor de la señora María Nelly Vásquez de Moreno a partir del 12 de abril de 2014. O en subsidio, se acceda al reconocimiento en proporción al tiempo de convivencia.
- Se reconozca el retroactivo a que por ley tiene derecho, así como a los reajustes e intereses moratorios a que haya lugar.

## **2. Hechos**

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

- La señora María Nelly Vásquez de Moreno y el señor José Javier Moreno contrajeron matrimonio católico el 21 de marzo de 1969 en la Parroquia San Lorenzo de Supía – Caldas.
- De dicha unión nacieron dos hijos: Lina María y Julián Andrés Moreno Vásquez.
- La pareja compartió techo, lecho y mesa de manera ininterrumpida desde el matrimonio hasta que el señor José Javier Moreno inició una relación extramarital con la señora Luz María Luna Monsalve. A pesar de que la cónyuge se encontraba en desacuerdo con dicha relación, continuó la vida en común con su esposo, quien además era su sustento económico. Se indica que el señor José Javier nunca abandonó el hogar y fue la demandante quien lo acompañó en la enfermedad hasta el último de sus días.
- La señora María Nelly Vásquez de Moreno y el señor José Javier Moreno no se divorciaron, ni hicieron separación de bienes.
- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció una pensión de vejez al señor José Javier Moreno a través de la Resolución nro. 400 del 13 de marzo de 2000.
- El señor José Javier Moreno falleció el 12 de abril de 2014 y los gastos de su funeral fueron asumidos íntegramente por la esposa y el hijo.
- La UGPP, a través de la Resolución nro. RDP 022253 del 18 de julio de 2014, dejó en suspenso el reconocimiento de la sustitución pensional por la muerte del señor José Javier Moreno.

- La solicitud de sustitución pensional elevada por la aquí demandante fue despachada desfavorablemente mediante la Resolución nro. 7151-6 del 23 de julio de 2015.
- Por medio de la Resolución nro. 11459-6 del 29 de diciembre de 2015, la Secretaría de Educación del departamento de Caldas y Fiduprevisora S.A. resolvieron revocar el artículo primero de la Resolución nro. 7151-6 del 23 de julio de 2015, manteniendo así el reconocimiento provisional de la sustitución pensional en favor de la señora Luz María Luna Monsalve hasta tanto la jurisdicción ordinaria acceda a la suspensión de dicho acto administrativo o se resuelva de manera definitiva el conflicto de intereses.

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

Se señalaron como normas transgredidas, las siguientes:

Constitución Política de Colombia, artículos 5, 13, 42 y 48.

Decreto 434 de 1971.

Ley 33 de 1973.

Decreto 690 de 1974.

Ley 4ª de 1976.

Ley 71 de 1988.

Decreto 1160 de 1989.

Ley 1204 de 2008, artículo 6.

Alude al marco legal que a través de los años le ha otorgado al cónyuge supérstite el derecho a reclamar la sustitución de la pensión del causante, precisando que en los casos de convivencia simultánea, el reconocimiento se hace de manera proporcional al tiempo de convivencia de la cónyuge y de la compañera permanente con quien fuere el titular del derecho. En todo caso, se recalca que la señora Vásquez de Moreno convivió por más de 45 años con el señor José Javier, esto es, desde el momento en que contrajeron nupcias hasta el momento de su deceso; que a pesar de la relación extramatrimonial que aquel sostuvo con la señora Luna Monsalve, nunca rompió el vínculo legal y sentimental con su esposa, a quien asistió económicamente hasta el final de sus días. En suma, estima que están dados los presupuestos fácticos y jurídicos para acceder en esta instancia al reconocimiento y pago de la sustitución pensional en cabeza de la demandante.

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

#### **4.1. Departamento de caldas.**

Se opone a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

Plantea como excepciones las que denominó *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* al considerar que la demanda debió dirigirse sólo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad encargada del reconocimiento, liquidación y pago de las pensiones de los docentes y directivos docentes a nivel nacional. *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“prescripción”*.

#### **4.2. Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

Se opone a las pretensiones de la parte actora pues según dice, no existe prueba de la dependencia de ésta respecto del causante, asegurando que tal requisito se desprende del literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. De otro lado, indica que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptuó de la aplicación de dicho régimen general, al personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. No obstante, señala que mientras el artículo 7 del Decreto 224 de 1972 exige como requisito mínimo para acceder a la pensión post mortem 18 años de servicio, la Ley 100 de 1993, por su lado, exige solamente 26 semanas de cotización antes de la muerte, siendo esta última norma la más favorable en estos casos.

Propuso las excepciones que denominó:

“Falta de legitimación en la causa por pasiva” en tanto no es el fondo el competente para reconocer y pagar las prestaciones sociales del personal docente afiliado al mismo; “Prescripción”, la cual expone de manera general y sin referencia al caso concreto; “Declaratoria por autoridad competente” en razón a la controversia existente en torno al derecho pensional; “Buena fe” y “Genérica”.

#### **4.3. Luz María Luna Monsalve.**

Se opone a todas las pretensiones de la parte demandante y aunque reconoce que la señora María Nelly Vásquez de Moreno contrajo matrimonio con el señor José Javier Moreno, dicha relación no fue exclusiva, pues incluso sostuvo una relación extramatrimonial con ella durante 23 años hasta el momento del fallecimiento de aquel.

Dice que no le consta la convivencia entre los esposos ni la dependencia económica de la señora Vásquez de Moreno; pero sí alega la dependencia económica suya respecto del pensionado fallecido e incluso su afiliación al sistema de salud de magisterio como

beneficiaria y en calidad de compañera permanente. Aduce que el señor José Javier, en vida, solicitó a la entidad pagadora de su pensión que se tuviera como beneficiaria del derecho a la sustitución pensional a la compañera permanente Luna Monsalve. Además, tramitó ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Riosucio – Caldas demanda de divorcio contra la cónyuge Vásquez de Moreno con fundamento en la separación de hecho por más de 18 años.

Aduce que el régimen pensional aplicable es el previsto en la Ley 71 de 1988 (artículo 3) y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989 (artículos 5 y 6), en concordancia con la Ley 1204 de 2008, la cual, en su artículo 6 dispone que, en caso de controversia entre cónyuge y compañero permanente, el reconocimiento quedará en suspenso hasta que la controversia sea dirimida por la jurisdicción ordinaria. Aunado a lo anterior, trae como sustento jurisprudencial el contenido en la sentencia C-482 de 1998, en la cual se aduce por la Corte que, para la definición en punto a la titularidad del derecho a la sustitución, es indiferente el tipo de vínculo que se aduzca pues lo relevante viene a ser la demostración de un compromiso de apoyo afectivo y la convivencia efectiva al momento de la muerte – salvo justa causa imputable a la conducta del fallecido -. Así pues, esgrime que no es el vínculo formal – matrimonio – el que determina en estos casos el derecho a la sustitución de la pensión, sino el vínculo material derivado de la convivencia efectiva con el pensionado.

Plantea las siguientes excepciones:

“Inexistencia del derecho a la sustitución pensional” en razón a la demanda de divorcio tramitada por el causante; “Mala fe de la parte demandante” quien concurrió a reclamar el derecho pese a que desde años atrás ya no convivía con su esposo;

## **5. Alegatos de conclusión.**

### **5.1 Parte demandante.**

Se itera que la señora María Nelly Vásquez de Moreno contrajo nupcias con el señor Javier Moreno por el rito católico el 21 de marzo de 1969, estableciendo una convivencia conjunta y pacífica, basada en el respeto y la solidaridad; fruto de dicha unión nacieron dos hijos en los años 1970 y 1977. A juicio de la parte actora, queda demostrado en el presente proceso que ella desarrolló una convivencia exclusiva con el señor Javier Moreno durante más de 24 años, mientras que aquel, al margen de la decisión de la actora, sostuvo relaciones extramatrimoniales con otras personas. Se aduce que la pareja nunca llevó a cabo separación de cuerpos ni mucho menos recurrió a la vía judicial para finiquitar los efectos civiles del matrimonio católico o liquidar la sociedad conyugal, pues la misma perduró hasta el último de sus días; es por lo argüido que, aunque no estuviera de acuerdo con las prácticas extramatrimoniales llevadas a cabo en los últimos años de vida de su señor esposo, la

demandante en este proceso siempre veló por la salvaguarda de su hogar. Se aduce que la señora María Nelly, desde siempre se dedicó a las labores del hogar, dependiendo económicamente de su señor esposo y hasta final de los días de este último, como quedó demostrado dentro del proceso según lo manifestado por los testigos, incluso de la contraparte, quienes declararon que tenían conocimiento de que el señor José Javier Moreno cumpliera sagradamente con la cuota para su cónyuge. Alude igualmente al fallido intento de divorcio que el causante adelantó, según dice, por presión de las mujeres con las que sostenía relaciones extramatrimoniales; no obstante, en el mismo se logró demostrar que el susodicho nunca abandonó el hogar y por ello no salieron adelante las pretensiones.

Los anteriores presupuestos llevan a la parte actora a solicitar se otorgue el 100% de la sustitución pensional, pues cumple a cabalidad con los presupuestos normativos y jurisprudencialmente establecidos para ello, y en caso tal de que se considere que algún derecho le asiste a la señora Luz María Luna Monsalve, solicita se tenga de presente la existencia de una convivencia exclusiva de la demandante y el pensionado fallecido durante más de 24 años, y con posterioridad a ello debería tomarse como convivencia simultanea para efectos de computar el tiempo de convivencia y la proporción en que se debería otorgar la sustitución de la mesada pensional.

## **5.2. Nación – Ministerio de Educación – FNPSM.**

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. En relación con la condena en costas, adujo que, sólo habrá lugar a las mismas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación, por tanto, en este caso no se causaron porque los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos. Invoca la buena fe con que ha actuado la entidad.

## **5.3. Departamento de Caldas.**

Reitera lo dicho en la contestación de la demanda en punto a la ausencia de responsabilidad del ente territorial en el reconocimiento y pago de la pensión deprecada por la parte actora.

## **5.4. Luz María Luna Monsalve.**

Se indica que la señora Luna Monsalve acredita los requisitos para acceder a la sustitución de la pensión de vejez en calidad de compañera permanente del señor José Javier Moreno durante un periodo superior a los 23 años, continuos y hasta la fecha en que aquel falleció. Se recalca que dicha señora dependía económicamente del causante y que éste la tenía afiliada al sistema de salud en condición de beneficiaria.

En relación con los testimonios rendidos por Lina María Moreno Vásquez, Julián Andrés

Moreno Vásquez y Jimena Bornacelli García señala una falta de imparcialidad y objetividad en razón al parentesco que tienen tales testigos con la demandante, lo cual, a su juicio, es razón para declarar la prosperidad de la tacha efectuada en su momento. En todo caso, señala que las afirmaciones de los testigos no son claras en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que convivió la demandante y el causante entre los años 2009 y 2014.

Aduce, por el contrario, que los testimonios rendidos por los señores Gildardo Vélez Ramírez y Eduardo Humberto Muñoz Villa son idóneos, objetivos e imparciales, pues conocieron personalmente las condiciones en las que se desarrolló la relación sentimental entre la señora Luz María Luna Monsalve con el señor José Javier Moreno. Ambos coincidieron en que existió una convivencia por más de 20 años; también conocieron el sitio en el que se ubicó el hogar de la pareja; coincidieron en múltiples espacios en los que la pareja se encontraba reunida; conocieron la forma en la que ambos se trataban cariñosamente como pareja; dan fe de la dependencia económica de la señora Luna Monsalve con el causante; y ratificaron que la pareja estuvo unida hasta el fallecimiento del referido señor. Pone de presente que la demandante, al ser interrogada, reconoció la convivencia entre la señora Luz María y el señor José Javier Moreno, razón por la cual solicita se le reconozca a ella – en calidad de compañera permanente – la sustitución de la pensión objeto de litigio.

**5.5. Ministerio Público:** No emitió concepto.

### **III. Consideraciones de la Sala**

Teniendo en cuenta la posición asumida por cada uno de los sujetos procesales involucrados en la presente litis, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a lo siguiente:

- ¿Cuál es el régimen legal que debe aplicarse frente a la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional deprecada en este caso?
- ¿Acredita la demandante los requisitos para acceder al derecho a la sustitución de la pensión de vejez causada con la muerte de su cónyuge, el señor José Javier Moreno?
- ¿Acredita la señora Luz María Luna Monsalve los requisitos para acceder al derecho a la sustitución de la pensión de vejez en calidad de compañera permanente del señor José Javier Moreno?
- ¿En caso de acreditarse la convivencia simultánea entre cónyuge y compañera permanente, en qué proporción debe reconocerse a cada una de ellas el derecho pensional?



- ¿A qué entidad le corresponde el reconocimiento pensional en caso de que haya lugar al mismo?

### **1. Marco normativo de la sustitución pensional.**

La sustitución pensional tiene como finalidad proteger a la familia, al cónyuge o compañero o compañera permanente que dependía económicamente del pensionado que fallece, evitando que además del dolor que conlleva dicha pérdida, se generen otros efectos colaterales en las condiciones de vida de la familia, especialmente en materia económica.

En efecto, el máximo Tribunal Constitucional<sup>1</sup> ha sostenido que existe un vínculo indiscutible entre la pensión de sobrevivencia y los derechos fundamentales al mínimovital y a la vida digna, ya que esa prestación otorga a los beneficiarios la garantía de la satisfacción de sus necesidades básicas, las cuales eran suplidas por el pensionado o el afiliado.

En relación con la normativa aplicable respecto a la sustitución de una pensión ordinaria de un docente, ha sido diáfano el Consejo de Estado en disponer que, las normas que gobiernan la sustitución pensional son las vigentes al momento del deceso del causante, en este caso, al 12 de abril de 2014 según da cuenta el Registro Civil de Defunción visible a folio 37 del C.1, pues es éste el momento a partir del cual nace el derecho para los beneficiarios del pensionado, tal como lo ha sostenido esa Corporación<sup>2</sup>.

Ahora bien, de conformidad con el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se encuentran exceptuados de su aplicación los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, tal como sucede con el causante del beneficio pensional que ahora se depreca<sup>3</sup>.

En este sentido lo expresó el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>4</sup>:

*“En efecto, para la aludida fecha encontrándose vigente el Régimen General consagrado en la Ley 100 de 1993, las disposiciones contenidas en materia de sustitución pensional tanto en la Ley 71 de 1988 como en el Decreto Reglamentario 1160 de 1989 aun continuaron produciendo efectos para aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo Sistema de Seguridad Social contenido en la*

---

<sup>1</sup> Sentencia T-140 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>2</sup> V. Sentencia del 10 de noviembre de 2005. Exp. No. 3496-04. Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero.

<sup>3</sup> Así se advierte en la Resolución N° 00400 del 13 de marzo de 2000, con la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció la pensión vitalicia de jubilación al señor José Javier Moreno.

<sup>4</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Subsección "A". C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del dos (2) de octubre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 25000-23-25-000-2000- 05959-01(0757-04).

Ley 100 de 1993 por disposición expresa de su artículo 279, el cual reza: (...).

Así, el ámbito de aplicación tanto del anterior régimen de sustitución pensional como del contenido en la Ley 100 de 1993, frente a los trabajadores y servidores excluidos de este último, fue definido por esta Sección mediante sentencia del 10 de octubre de 1996 al realizar el estudio de legalidad del artículo 6° del Decreto 1160 de 1989 reglamentario de la Ley 71 de 1988, el cual quedó delimitado en los siguientes términos:

“2.2. Ámbito de aplicación de la norma acusada.

**No obstante lo anterior ha de precisar la Sala que la Ley 71 de 1988 y por ende su Decreto Reglamentario 1660 (sic) de 1989 continuaron vigentes en cuanto a aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro de la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el Artículo 279.**

A estas conclusiones de derogatoria tácita parcial de la legislación anterior sobre pensiones y aplicación para algunos destinatarios llega la Sala, primero, porque como ya se dijo, la comparación de las disposiciones anteriores a la vigencia de la Ley 100 con el régimen que ella contiene, permiten afirmar que la preceptiva demandada se encuentra derogada en cuanto a los regímenes que deben gobernarse por la Ley 100 de 1993 y, segundo, porque los exceptuados en el Artículo 279 ibidem, al no estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo sistema, deben regirse por la legislación anterior en cuanto sea compatible con cada régimen especial y mientras, como es obvio, el Legislador no expida un sistema de pensiones para tales destinatarios.”

–rft–.

En igual sentido, en providencia del 04 de junio de 2020<sup>5</sup>, el Consejo de Estado expresó:

“En efecto, para la precitada fecha encontrándose vigente el Régimen General consagrado en la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, las disposiciones contenidas en materia de sustitución pensional tanto en la Ley 71 de 1988 como en el Decreto Reglamentario 1160 de 1989 aun continuaron produciendo efectos para aquellos regímenes que por exclusión no quedaron comprendidos dentro del ámbito de aplicación del nuevo Sistema de Seguridad Social que por disposición expresa en su artículo 279 consagró:

[...]

Ahora bien, tratándose del sub judice la Sala de Decisión advierte que la señora MARINA DE JESÚS ZAPATA VILLA obtuvo el reconocimiento de su pensión de jubilación en calidad de docente a través de Resolución Número 002878 del 21 de diciembre de 1987 proferida por el departamento de Antioquia (fol. 31 a 34), motivo por el cual le resulta aplicable el régimen de sustitución pensional contenido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

Lo anterior teniendo en cuenta que aun cuando el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señala que los docentes se encuentran excluidos de sus efectos, de modo que se le aplicaría la Ley 71 de 1989, lo cierto es que esta excepción solo es aplicable a aquellos docentes cuyas prestaciones se encuentren a

---

<sup>5</sup>C.E; Sección Segunda; Subsección A; C.P: Gabriel Valbuena Hernández; Bogotá, D. C., cuatro (4) de junio de dos mil veinte (2020); Radicación número: 05001-23-33-000-2014-00599-02(6291-18)

cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989 y para el asunto en discusión la pensión cuya sustitución se pretende está totalmente a cargo del departamento de Antioquia, más aun cuando para la fecha en que se reconoció el derecho prestacional no se había creado dicho Fondo, tal como lo sostuvo esta Subsección en una oportunidad anterior<sup>6</sup>” /rft/

Con base en jurisprudencia como la citada, se ha sostenido que el marco normativo que cubre la sustitución pensional de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio está comprendido por la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 1160 de 1989 (teniendo en cuenta la inaplicabilidad de la Ley 100/93); así, se tiene que el canon 3º de aquella Ley 71 extendió las previsiones sobre sustitución pensional de la Ley 33 de 1973, de la Ley 12 de 1975, de la Ley 44 de 1980 y de la Ley 113 de 1985 en forma vitalicia, al cónyuge superviviente, compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos y a los padres o hermanos inválidos que dependan económicamente del pensionado.

Entre tanto, el Decreto 1160 de 1989, reglamentario de la citada Ley 71 de 1988 prescribe:

**“Artículo 5º.- Sustitución pensional.** Hay sustitución pensional en los siguientes casos: a) Cuando fallece una persona pensionada o con derecho a pensión de jubilación, invalidez o vejez; b) Cuando fallece un trabajador particular o un empleado o trabajador del sector público después de haber completado el tiempo de servicios requerido por la ley, convenciones o pactos colectivos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.

**“Artículo 6º.- Beneficiarios de la sustitución pensional.** Extiéndense las previsiones sobre sustitución pensional:

1. En forma vitalicia al cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, al compañero o a la compañera permanente del causante.<sup>7</sup>

Se entiende que falta el cónyuge:

- a) Por muerte real o presunta;
- b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;
- c) Por divorcio del matrimonio civil.

**Artículo 8º.- Distribución entre beneficiarios de la sustitución pensional.** La sustitución pensional se distribuirá entre los beneficiarios así:

1. El 50% para el cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente del causante y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

---

<sup>6</sup>Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Sentencia del 2 de octubre de 2008. Radicación número: 25000-23-25-000-2000-05959-01(0757-04).

<sup>7</sup> Cabe precisar, en todo caso, que aunque el citado artículo 6º sólo otorgaba derecho a la sustitución a la compañera permanente a falta de la cónyuge, actualmente existe igualdad de las familias matrimonial y extramatrimonial a partir del artículo 42 de la CP como de las sentencias C-081 de 1991 y C-1126 de 2004 de la Corte Constitucional.

2. A falta de hijos con derecho, se sustituirá la totalidad de la pensión, al cónyuge Sobreviviente o al compañero o compañera permanente del causante.

[...]

No obstante lo ya señalado, el Consejo de Estado también se ha encargado de precisar el régimen legal aplicable cuando existe concurrencia en el derecho a la sustitución por parte de la cónyuge y la compañera permanente del docente que fallece; al respecto ha dicho la Alta Corporación<sup>8</sup>:

*En este orden de ideas, la regulación contenida en la Ley 100 de 1993 no resulta aplicable a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entre otros servidores, por cuanto expresamente su artículo 279 los excluyó del sistema general de seguridad social. Sin embargo, de conformidad con lo señalado en el artículo 288 ibidem, tales servidores públicos se podrían acoger a los mandatos allí contenidos, en atención al principio de favorabilidad.*<sup>9</sup>

**Ahora bien, en el caso bajo estudio, la demandante, en calidad de compañera permanente, solicita el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, proporcional al tiempo compartido con el causante, circunstancia que solo podría analizarse a la luz del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que dispuso en el párrafo tercero del literal b), la posibilidad del reconocimiento de dicha prestación en casos de convivencia simultánea, así:**

*“En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”.*

*De modo que si bien, se destaca que los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran excluidos de las previsiones de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que las normas anteriores a esta no contemplaron la posibilidad de analizar el caso de convivencia simultánea, como se plantea en el sub lite, por lo que en virtud del principio de favorabilidad, se considera acertado realizar dicho análisis a la luz del Sistema General de Pensiones. /rft/*

Teniendo en cuenta la aplicabilidad del régimen general de pensiones en caso de

<sup>8</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección B Magistrado Ponente: César Palomino Cortés. Bogotá, D. C., dieciséis (16) de marzo de dos mil veintitrés (2023). Radicado: 73001-23-33-000-2015-00614-01.

<sup>9</sup> “Artículo 288. Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley y en leyes anteriores. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley”.

convivencia simultánea y por ende concurrencia en el derecho a la sustitución de la pensión de un docente, ha de acudirse a la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, la cual regula lo concerniente a los requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en los artículos 46 y 47, respectivamente:

**“Artículo 46.-** Modificado por el art. 12, Ley 797 de 2003. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca.
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

[...]

Por su parte, el artículo 47 ibidem, dispone lo siguiente:

**“Artículo 47.-** Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. **En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;**

[...]

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.”

**Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional C-1035 de 2008, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.**

La sustitución del derecho pensional en caso de convivencia simultánea con el causante, según jurisprudencia reiterada también por el Consejo de Estado, implica el reconocimiento de la prestación tanto a la cónyuge como a la compañera permanente;

así lo ha señalado la Alta Corporación<sup>10</sup>:

*En resumen, respecto del cónyuge y del compañero o compañera permanente se instituyó lo siguiente:*

*[...]*

*3) En el evento que solo haya cónyuge (no hay compañero o compañera permanente) la pensión corresponderá a este. Si no hay cónyuge, pero hay compañera o compañero permanente, la pensión corresponderá a estos últimos. **La ley regula en forma expresa el caso de convivencia simultánea entre cónyuge y una compañera o compañero permanente; por lo que el beneficiario de la pensión de sobrevivientes será la esposa o esposo. La Corte Constitucional, en sentencia C- 1035 de 2008<sup>7</sup>, al estudiar esta última regla la declaró exequible de manera condicional en el entendido de que, además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos.***

*[...]*

*“En tales condiciones, en acatamiento de la finalidad del derecho a la sustitución de la pensión que no es otra que impedir que, llegada la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea abocado a soportar no solo la carga de la ausencia definitiva, sino también la de asumir por sí solo la carga que conlleva el mantenimiento propio, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido uniforme en el sentido de proteger a quien ha sufrido la ausencia de su ser querido, **sin perjuicio de que se compruebe que serían dos las personas que vivan ese dolor, en los casos en que el causante haya mantenido convivencia concurrente.**” /rft/*

Respecto al factor de convivencia efectiva entre parejas, éste fue abordado por el Consejo de Estado en sentencia de veintiséis (26) de julio de 2012<sup>11</sup>. Al respecto precisó:

*“El criterio material de convivencia efectiva, cuya expresión se ubica fundamentalmente en los requisitos exigidos al cónyuge o compañero permanente para acceder a la pensión, es entonces una herramienta legal de protección a la familia bajo el marco constitucional inicialmente esbozado y constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación, que busca además favorecer económicamente a aquellos matrimonios o uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, como también el amparo del patrimonio del pensionado, en cuanto a posibles maniobras fraudulentas de personas que a partir de la constitución de convivencias de última hora, pretendan obtener el beneficio económico derivado de la transmisión pensional, razón por la cual debe existir en cada caso la comprobación fehaciente de los requisitos consagrados en la Ley para tal efecto”.*

En esta línea, el Supremo Tribunal Constitucional en sentencia T-813 de 2013 señaló

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-33-35-013-2014-00154-01(4367-17)

<sup>11</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 25000-23-25-000-1999-06559-01(2071-11).

respecto del mencionado principio que:

*“3. Principio material para la definición del beneficiario:*

*‘(...) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido’.*

*Criterios de convivencia, apoyo y socorro mutuo durante la última etapa de vida del causante son, entonces, los elementos a ser analizados en cada caso concreto, con el objeto de determinar si dentro del primer orden de asignación la (el) cónyuge o la (el) compañera (o) permanente tienen derecho a percibir el beneficio al que se ha venido haciendo referencia.”*  
*/Destaca la Sala/*

Entonces, corresponde al Juez Colegiado, determinar si en el asunto de marras se acreditan los requisitos y condiciones establecidos por la ley para la sustitución pensional deprecada, teniendo en cuenta las circunstancias especiales que rodean el caso bajo estudio.

## **2. Caso concreto.**

### **2.1. Lo probado en el proceso**

En relación con la actuación administrativa en torno al reconocimiento de la sustitución de la pensión de vejez, está demostrado lo siguiente:

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió la Resolución nro. 000400 del 13 de marzo del 2000 que reconoció la pensión vitalicia de jubilación al señor José Javier Moreno, en cuantía de \$637.916, a partir del 12 de enero del 2000. (folios 35-36, C. 1)
- El señor José Javier Moreno falleció el 12 de abril de 2014, de conformidad con el Registro Civil de Defunción aportado al proceso. (folios 37-38, C. 1)
- Por medio de la Resolución nro. 5256-6 del 20 de agosto de 2014, la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció de manera provisional la sustitución de la pensión del docente fallecido José Javier Moreno a favor de la señora Luz María Luna Monsalve. (Folios 84 – 86, C. 1)
- Con la Resolución nro. 7151-6 del 23 de julio de 2015, la Secretaría de Educación del departamento de Caldas y Fiduprevisora S.A. resolvieron suspender los efectos de la

Resolución nro. 5256-6 del 20 de agosto de 2014 y no acceder al reconocimiento definitivo de la prestación hasta tanto la justicia ordinaria dirima el conflicto de intereses existente entre las referidas señoras. (folios 60-62, C. 1)

- A través de la Resolución nro. 11459-6 del 29 de diciembre de 2015, la Secretaría de Educación del departamento de Caldas y Fiduprevisora S.A. resolvieron revocar el artículo primero de la Resolución nro. 7151-6 del 23 de julio de 2015, manteniendo así el reconocimiento provisional de la sustitución pensional en favor de la señora Luz María Luna Monsalve hasta tanto la jurisdicción ordinaria acceda a la suspensión de dicho acto administrativo o se resuelva de manera definitiva el conflicto de intereses. (folios 71 – 75, C. 1)

- La referida Resolución nro. 11459-6 del 29 de diciembre de 2015 se encuentra actualmente suspendida por decisión de este Tribunal, adoptada en el marco del presente proceso.

Así pues, la controversia bajo examen radica en determinar a quién le corresponde la sustitución de la pensión de vejez del señor José Javier Moreno, para lo cual se analizarán las pruebas sobre la convivencia.

- Respecto de la demandante, señora María Nelly Vásquez de Moreno, se tiene acreditado lo siguiente:

- El 21 de marzo de 1969 la señora María Nelly Vásquez Henao y el señor Javier Moreno contrajeron matrimonio (folios 28-30, C. 1); y fruto de dicha unión procrearon dos hijos: Julián Andrés, quien nació el 01 de julio de 1977 y Lina María, el 11 de diciembre de 1970. (folios 31 – 34, C. 1)

- El mencionado vínculo no fue disuelto legalmente pues en la sentencia del 22 de octubre de 2010, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Riosucio – Caldas-, se negó la demanda de cesación de efectos civiles de matrimonio religioso interpuesto por el esposo, señor Moreno, contra su esposa, señora Vásquez de Moreno, teniendo como fundamento los siguientes considerandos: “... *el demandante jamás ha dejado de convivir con su esposa, que él haya tenido una vida desordenada y tenga otras mujeres con las que vive al mismo tiempo, no indica para nada que se haya configurado la ruptura del vínculo matrimonial, porque la esposa ha admitido esta situación y ha seguido conservando su matrimonio... es de su fuero interno el querer continuar casada a pesar de las circunstancias que ella conoce y acepta. [...] en el presente caso, el matrimonio, el vínculo todavía está presente en la realidad, la pareja nunca ha dejado de convivir, sólo que sostienen una relación muy sui generis, porque se permite que entre ellos existan otras personas, otras mujeres [...] para ella sigue existiendo así su matrimonio y para el demandante también, pues a pesar de sus*



varios amoríos extramatrimoniales, no ha querido abandonar su hogar, pues allí siempre regresa [...]” (Folios 200 – 207, C. 1)

- La testigo Lina María Moreno Vásquez, hija de la señora María Nelly Vásquez de Moreno y José Javier Moreno, declaró lo siguiente:

**Preguntado:** Díganos si en alguna ocasión se separaron el señor José Javier Moreno y la señora María Nelly Vásquez. **Contestó:** En ningún momento señor Juez, porque mi papá – o José Javier Moreno, mi papá – siempre estuvo presente en el hogar, desde mi nacimiento hasta el deceso de él. **Preguntado:** Indíquenos entonces por qué se llevó a cabo un proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio religioso entre el señor José Javier Moreno y la señora María Nelly Vásquez. ¿Usted conocía de ese proceso? **Contestó:** Sí doctor, lo conocí en el momento en que él mismo me lo comentó aún diciéndome que eso no prosperaría porque era una presión que él tenía estando con aquella otra señora...la señora se llama Luz María Luna. **Preguntado.** En dónde vivía el señor José Javier Moreno y la señora María Nelly Vásquez de Moreno. **Contestó.** En Supía – Caldas, en el barrio Las Palmas, en la Calle 30 # 8 – 23, en la casa hecha por ellos desde que se organizaron como matrimonio. **Preguntado.** Manifiéstenos cómo fue la relación desde el año 2010 hasta el año 2014 entre el señor José Javier Moreno y la señora Vásquez de Moreno. **Contestó.** Pues mi padre era uno de los que permanecía en mi casa en el día, más en la noche no, porque él nunca ni abandonó a mi madre ni nos abandonó a nosotros como hijos aún siendo mayores de edad; él permanecía en el hogar, almorzaba, hacía su siesta, luego se iba a un negocio que teníamos en común que era una venta de repuestos para carros y allí permanecía la mayor parte. **Preguntado.** Y en la noche, en dónde permanecía. **Contestado.** Pues en la noche no sé doctor, porque la verdad – me da pena decirlo – pero era como más bien promiscuo y tenía varias mujeres, no sé en cuál parte permanecía él. **Preguntado.** Lina, cuéntenos a todos los asistentes: usted dice que él no permanecía como tal en su casa; eso más o menos tuvo lugar desde qué épocas, si usted así lo recuerda. **Contestó.** Exactamente el tiempo no lo sé...sé que cualquier día no volvió a dormir en las noches, más nosotros lo veíamos permanentemente en el día. **Preguntado.** Cómo fue la relación ente el señor José Javier y la señora María Nelly durante todo el tiempo de convivencia. **Contestado:** Yo tengo para decirles que mi niñez y mi juventud fue muy bonita porque estuve en un hogar bien conformado, a pesar de que mi padre – como les dije ahorita – tenía sus mujeres por fuera, pero nunca ni nos abandonó [...] **Preguntado.** Quién velaba por las obligaciones de doña María Nelly. **Contestado.** Mi padre, siempre, José Javier Moreno ... él era el apoyo tanto para mi madre como para nosotros ... **Preguntado.** Tiene conocimiento de que su señora madre haya acompañado al señor José Javier durante la época de su enfermedad. **Contestado:** Siempre estuvieron juntos, porque él siempre estuvo aquí una temporada muy larga, al principio antes de su deceso en una enfermedad, nosotros lo acudimos, aún así nos vinimos a vivir aquí una temporada donde una tía para estar pendientes de él y nos dejaban dormir en la clínica ... **Preguntado.** La señora María Nelly estuvo presente en las honras fúnebres del señor José Javier. **Contestado.** Si señor, ella estuvo presente porque, es más, ella fue la que cubrió con los gastos de las honras fúnebres de mi padre.

- El testigo Julián Andrés Moreno Vásquez, hijo de la señora María Nelly Vásquez de Moreno y José Javier Moreno declaró lo siguiente:

**Preguntado.** Díganos desde el 2009 a 2015 si el señor José Javier Moreno y

María Nelly Vásquez convivieron juntos en un mismo hogar. **Contestado.** Sí señor Juez, mi padre ya fallecido convivía con mi madre, él iba a la casa, desayunaba, almorzaba, se quedaba con los nietos, conmigo; los domingos, los fines de semana, con mi hermana, con mi mamá ... **Preguntado.** En las horas nocturnas en dónde él pernoctaba. **Contestado.** En las horas nocturnas él vivía en la otra vivienda, él tenía varias mujeres, pero creo que era con la señora Luna y otra señora Martha ... **Preguntado.** El señor José Javier Moreno ayudaba económicamente al hogar de la señora María Nelly Vásquez de Moreno. **Contestado.** Sí señor, económicamente siempre la ha ayudado porque a mí era uno de los que me entregaba la plata para que yo se la entregara a mi mamá cada mes, o íbamos por él al trabajo, o él la llevaba a la casa ... después de que falleció mi papá, es tanto así que esta señora Luz María conocía y era sabedora de que mi papá siempre respondía por mi mamá, que ella tenía la tarjeta de crédito y me entregó a mí ochocientos cincuenta mil pesos porque ella sabía que mi papá respondía cada mes y ella cobró el último sueldo y le pasó la cuota de manutención a mi mamá [...] **Preguntado.** Durante los últimos años de vida del señor José Javier Moreno él le prodigó afecto a ustedes como hijos y a la señora María Nelly de Moreno. **Contestado.** Sí señor Juez, siempre mi papá estuvo muy atento con nosotros y con mi mamá ... siempre, desde que mi papá estuviera aliviado nos íbamos a pescar los sábados o los domingos ... **Preguntado.** Cuando usted manifiesta que su señor padre se empezó a ausentar en algunas noches, usted más o menos recuerda desde qué época, o fue en los últimos años, o tiene usted alguna fecha para esa situación. **Contestado.** En fechas, 92 - 93, en los años pues digamos en esas fechas, mi papá se ausentaba uno o dos días y volvía a la casa, pues porque a veces me tocaba irme a dormir con mi mamá porque mi papa se iba dormir a la pieza mía porque llegaba tragueado o amanecido ... por lo general era entre semana del trabajo a la casa, porque pues profesor... **Preguntado.** Cómo era el trato que le prodigaba el señor José Javier a la señora María Nelly. **Contestado.** Respetuoso, siempre la ha tratado como su señora, confidente pues ahora – después de fallecido – mi mamá nos cuenta que hablaba mucha cosa con mi papá, ósea que eran unos buenos confidentes, se comentaban sus necesidades, sus inquietudes, eran esposos y amigos. **Preguntado.** A pesar de que se supiera en los últimos años que el señor José Javier concurría o sostenía relaciones con otras personas, cómo fue el trato que le demandó la señora María Nelly al señor José Javier. **Contestado.** Siempre un trato muy respetuoso, es tanto así que cuando mi papá estuvo aquí en la clínica hospitalizado, mi mamá vino a acompañarlo ... mi mamá se quedaba. **Preguntado.** Entre el año 2009 al año 2014 el señor José Javier Moreno convivió con la señora Luz Marina Luna Monsalve. **Contestado.** Sí señor. **Preguntado.** Dónde convivía el señor José Javier Moreno con la señora Luz María Luna Monsalve. **Contestado.** En el barrio Popular. [...]

- La testigo Jimena Bornacelli García, nuera de la señora María Nelly Vásquez de Moreno declaró que, en las ocasiones en que visitaba el hogar del señor José Javier Moreno y la señora Vásquez de Moreno, observaba que el referido señor permanecía en la casa con su esposa durante el día, aunque reconoce que después del año 2011 ya no pernoctaba allí.

Los referidos testigos son contestes en señalar que dicha pareja convivió desde el momento de su matrimonio y hasta el fallecimiento del señor José Javier Moreno, sin distanciamiento o ruptura; indican de manera unánime que el esposo siempre hizo presencia en el hogar a pesar de la relación extramatrimonial que sostuvo con la señora Luz María Luna Monsalve.

Los testimonios de los hijos de la referida pareja (Lina María Moreno Vásquez y Julián Andrés Moreno Vásquez) y la nuera de la demandante (Jimena Bornacelli García) fueron tachados por la parte demandada; sin embargo, el vínculo de consanguinidad y de afinidad, respectivamente, de éstos con quien es aquí demandante no puede ser la única razón para desecharlos. Huelga decir que tales testimonios son concordantes con las demás pruebas existentes en el plenario y además, es precisamente en razón a la cercanía producto del vínculo, que los deponentes, en sus declaraciones, pueden dejar ver el conocimiento cercano del lugar común en donde los esposos compartían alimentos y techo, asumiendo el causante todos los gastos del hogar. Los testimonios ya referidos son consistentes entre sí y se destacan especialmente por su solidez y nivel de detalle al describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio dicha convivencia. Aunado a lo anterior, de esta prueba también se extrae que la pareja así conformada compartió techo lecho y mesa, lo cual significa que tenían un lugar común para reunirse, compartir los alimentos y prodigarse el afecto y apoyo propios en una relación de tal naturaleza.

- Obra en el expediente la declaración extrajudicial de la demandante, en donde señala que convivió, compartiendo lecho y mesa con el señor José Javier Moreno, desde la fecha de su matrimonio (21 de marzo de 1969) hasta la fecha de su fallecimiento (12 de abril de 2014). (Folio 42, C. 1)

- Igualmente, obran las declaraciones extrajudiciales de los señores (as) Jimena Bornacelli García, Oscar Alberto Cardona Aguirre y Julián Andrés Moreno Vásquez, rendidas ante Notario Público el día 9 de mayo de 2014, en las cuales manifiestan que conocen a la señora María Nelly Vásquez de Moreno hace 6, 8 y 36 años, respectivamente, y por su relación de amistad y familiar saben y les consta que convivió con el señor José Javier Moreno, compartiendo lecho y mesa, desde la fecha de su matrimonio (21 de marzo de 1969) hasta la fecha de su fallecimiento (12 de abril de 2014). (Folios 44 – 45, C. 1)

Frente a las declaraciones notariales extrajudiciales de terceros, conviene tener en cuenta el valor probatorio que ha de darse a esta prueba de conformidad con lo siguiente:

**Artículo 188.** *Los testimonios anticipados para fines judiciales o no judiciales podrán recibirse por una o ambas y se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento, circunstancia de la cual se dejará expresa constancia en el documento que contenga la declaración. Este documento, en lo pertinente, se sujetará a lo previsto en el artículo [221](#).*

*Estos testimonios, que comprenden los que estén destinados a servir como prueba sumaria en actuaciones judiciales, también podrán practicarse ante notario o alcalde.*

*A los <sic, los> testimonios anticipados con o sin intervención del juez, rendidos sin citación de la persona contra quien se aduzcan en el proceso, se aplicará el artículo [222](#). Si el testigo no concurre a la audiencia de ratificación, el testimonio no tendrá valor.*

**Artículo 222.** Solo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos cuando se hayan rendido en otro o en forma anticipada sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan, siempre que esta lo solicite.

*Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.*

En el sub examine no fue solicitada la ratificación de las declaraciones extrajudicio ya referidas, razón por la cual pueden ser válidamente valoradas por este cuerpo colegiado.

Así pues, las declaraciones así rendidas dan cuenta del extremo inicial y el extremo final de la vida en común que sostuvo la pareja, pues todos coinciden en que la misma inició en el año 1969 y terminó el 12 de abril de 2014 a raíz del fallecimiento del referido señor José Javier. La primera de las deponentes conoce tal hecho en razón a que es la nuera de la demandante; el segundo declarante, por la amistad que tiene con la familia susodicha; y el tercero porque es el hijo de la demandante.

En suma, se encuentra demostrado que el señor José Javier Moreno nunca se separó ni legal ni materialmente del hogar conformado con la señora María Nelly Vásquez, hasta que aquel falleció en el año 2014. Estuvo presente aportando apoyo económico y moral a su esposa y aunque por su naturaleza promiscua inició otra relación sentimental, generalmente permanecía en la casa de su cónyuge durante el día.

- En cuanto a la convivencia entre la señora Luz María Luna Monsalve y el señor José Javier Moreno se tiene acreditado lo siguiente:

- Se adjuntó la declaración ante la Notaría del Círculo de Supía – Caldas- del 16 de junio de 2004, donde el causante, señor Moreno, afirmó “... *que hace 10 años convivo en unión libre y bajo el mismo techo con la señora Luz María Luna Monsalve... quien depende económicamente de mí.*” (folios 211, C. 1)

- La compañera, señora Luz María Luna Monsalve, aparece como beneficiaria del señor José Javier Moreno en el sistema de salud administrado por COSMITET. (Folio 194, C.1)

- En el interrogatorio formulado a la señora María Nelly Vásquez de Moreno, ésta reconoció que distingue a la señora Luz María Luna Monsalve, quien convivió con su esposo en el barrio El Popular del municipio de Supía-Caldas, era la beneficiaria de él en el sistema de salud y le manejaba la tarjeta de crédito. No obstante, indica que la relación ente el señor José Javier y la señora Luz María no era buena, pues ella se ausentaba por largos periodos (hasta de tres o cuatro meses) cuando viajaba al Valle a visitar a la familia; el señor se le quejaba de ello y por eso acudía a la casa de la esposa a comer, dormir y a que le organizara la ropa. Señala que las circunstancias ya descritas se dieron entre el año 2009

y 2014.

- El testigo Gildardo Vélez Ramírez, declaró que conoció al señor José Javier Moreno porque era docente en el municipio de Supía; que también conoció a la señora Luz María Luna Monsalve porque vivía en el mismo pueblo, en el mismo barrio y los acompañaba a ambos a cobrar la pensión, a hacer mercado y los llevaba a la casa. Dice que el señor José Javier le pedía el favor porque ya no estaba en condiciones de conducir; que por ese tipo de favores le pagaba por ahí diez mil pesos y le daba el almuerzo; eso ocurría cada mes; iba a la casa de ellos que se encontraba ubicada en el barrio El Popular. Indica que dicha pareja se trataba bien; el señor José Javier Moreno la presentaba como la esposa. Ella era ama de casa y él la sostenía económicamente. Que el señor José Javier se enfermó en el año 2012 y el testigo lo visitó incluso antes de su muerte. Aduce que dicha pareja convivió durante 20 años aproximadamente; que primero vivieron 10 años en el barrio Renán Barco antes de llegar al Barrio El Popular.

- El testigo Eduardo Humberto Muñoz Villa, declaró que conoció al señor José Javier Moreno como profesor en el municipio de Supía – Caldas y visitó su casa en el barrio Renán Barco cuando fue a instalar el servicio de parabólica; allí vio a la señora Luna Monsalve; que eso fue hace veinticinco años más o menos y que vivieron juntos hasta que el señor se murió; precisa que primero vivieron en el barrio Renán y posteriormente se pasaron a vivir al frente de la casa de dicho testigo, donde permanecieron juntos cerca de diecisiete años. Indica que en un principio creyó que la señora Luna Monsalve era la esposa del señor José Javier y luego, por los comentarios de la gente, se enteró que ellos dos vivían juntos como marido y mujer. Dice que el señor Moreno se encargaba de los gastos de la casa pues la señora Luna Monsalve no trabajaba; que lo auxilió varias veces cuando presentó quebrantos de salud y allí estaba la compañera permanente; ella también estuvo en el funeral de su compañero.

Así las cosas, se puede establecer que el causante y la señora Luna Monsalve, compañera, tuvieron una convivencia por 20 años, desde el año 1994 al 12 de abril de 2014. Existen elementos probatorios que permiten concluir que en el sub examine sí se cumple con el requisito mínimo de convivencia para acceder a la sustitución pensional al amparo del régimen pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

En efecto, las pruebas dejan ver que el señor José Javier Moreno mantuvo durante 20 años y hasta la fecha de su muerte, una relación de pareja con la señora Luz María Luna Monsalve, la cual era de público conocimiento y de ello da razón la prueba documental y testimonial recaudada. Existió entre ellos la libre voluntad de conformar una familia, de habitar una vivienda en común y de procurarse ayuda en lo moral y en lo económico.

Los testimonios dan cuenta que el causante se encargaba de los gastos del hogar y departía con ella en espacios públicos del municipio en donde residían; la referida señora figuraba como su beneficiaria en el carné de salud y lo acompañó durante en su enfermedad en la

clínica a la cual fue ingresado en los últimos tiempos. No se trató de una relación casual, circunstancial o esporádica sino de una relación formal, pública y permanente durante el lapso ya indicado, con los ingredientes propios para forjar un vínculo estable y una comunidad de vida.

Se encuentra establecido entonces, que el señor José Javier Moreno mantuvo de manera concomitante dos relaciones; una con su esposa y otra con su compañera permanente, cada una durante el tiempo ya referido. Con ambas decidió conformar un hogar y construir una vida en común, caracterizada por el acompañamiento emocional, social, económico, espiritual. Los testimonios dan cuenta que un hogar tenía conocimiento del otro y así se sostuvieron ambos a lo largo del tiempo sin interrupción o terminación del vínculo afectivo y sexual. Tanto la cónyuge como la compañera permanente lo acompañaron en sus últimos años de vida y por lo tanto, a ambas les asiste derecho a sustituirlo en el derecho pensional en proporción al tiempo de convivencia.

Es menester indicar frente a la prueba testimonial valorada en este proceso, que mediante auto del 15 de octubre de 2020 se accedió a la solicitud de traslado de la prueba decretada y practicada en el proceso con radicado 17001233300020160066600 que cursaba en el Despacho del Magistrado Publio Martín Andrés Patiño Mejía; Con base en lo anterior, se incorporaron los testimonios de Jimena Bornacelly García, Julián Andrés Moreno Vásquez y Lina María Moreno Vásquez solicitados por la parte demandante; e interrogatorio de la señora María Nelly Vásquez de Moreno, así como los testimonios de Gildardo Vélez Ramírez y Eduardo Humberto Muñoz Villa, solicitados por la apoderada de la señora Luz María Luna Monsalve.<sup>12</sup>

## 2.1. Entidad responsable del reconocimiento pensional

El Decreto 2277 de 1979 - Estatuto Docente -, previó en su artículo 36 algunos de los Derechos de los docentes:

*“f) Obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de ley”.*

El artículo 2º de la Ley 91 de 1989, “por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, estableció en su numeral 5º:

---

<sup>12</sup> Y mediante sentencia del 28 de marzo de 2022, en dicho proceso se resolvió:

**“Tercero.** En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la UNIDAD ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- reconocer y pagar la sustitución de la pensión gracia del José Javier Moreno a: (i) la señora María Nelly Vásquez de Moreno, en calidad de cónyuge, en un 70%; y, (ii) la señora Luz Marina Luna Monsalve, en condición de compañera permanente, el otro 30%, a partir del 13 de abril de 2014, con los reajustes previstos legalmente. [...]” /rft/

*“Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado (y de los que se vinculen con posterioridad a su promulgación conforme lo dispone artículo 4º, anota la Sala) que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, **son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio;** pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles”/Resaltado de la Sala/.*

Según el apartado que se acaba de reproducir, no cabe duda alguna que las prestaciones sociales del Magisterio, a partir de la promulgación de la Ley 91 de 1989, están a cargo de la Nación, y que su pago se hace por medio del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, resaltando de paso que éste es un Fondo independiente, como también lo es su contabilidad y estadística, carece de personalidad jurídica, y es una cuenta de la Nación, todo lo cual se desprende de los dictados del artículo 3º de la ley que lo creó:

*“Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **como una cuenta especial de la Nación,** con independencia patrimonial, contable y estadística, **sin personería jurídica,** cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional”.*

El Decreto 2831 de 2005 reglamentó los artículos 3º, 7º, así como el mandato 16 de la Ley 91/89 estableciendo en el capítulo II el “Trámite para el **reconocimiento** de prestaciones económicas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, expidiéndose luego la Ley 962 de 2005 que en su artículo 56 estableció:

*“Las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo,** el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial”/Subraya la Sala/.*

Se desprende de la última disposición legal que el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes corresponde exclusivamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio, quedando las entidades territoriales a través de sus Secretarías de Educación, como meras tramitadoras de las solicitudes en la materia, por lo que en este sentido la responsabilidad recae única y exclusivamente en tal fondo y no en el ente local.

Corolario de lo expuesto y tomando también como fundamento lo uniformemente

pregonado por el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda<sup>13</sup> esta Corporación reitera el criterio de que la Nación – Ministerio de Educación – FNPSM, efectivamente es la entidad legalmente llamada no sólo a cubrir (pagar) las prestaciones sociales de los docentes, entre estas las pensiones que los afiliados deprequen a la referida cuenta especial, sino que también le compete hacer elreconocimiento de las mismas.

De ello se sigue la necesidad de declarar probada la excepción de **‘falta de legitimación en la causa por pasiva’** propuesta por el departamento de Caldas.

Así pues, se declarará la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- De la Resolución nro. 5256-6 del 20 de agosto de 2014, por medio de la cual la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció la sustitución de la pensión de manera provisional, del docente fallecido José Javier Moreno, a favor de la señora Luz María Luna Monsalve.
- De la Resolución nro. 7151-6 del 23 de julio de 2015, por medio de la cual la Secretaría de Educación del departamento de Caldas y Fiduprevisora S.A. resolvieron suspender los efectos de la Resolución nro. 5256-6 del 20 de agosto de 2014 y no acceder al reconocimiento definitivo de la prestación hasta tanto la justicia ordinaria dirima el conflicto de intereses existente entre las referidas señoras.
- De la Resolución nro. 11459-6 del 29 de diciembre de 2015, por medio de la cual la Secretaría de Educación del departamento de Caldas y Fiduprevisora S.A. resolvieron revocar el artículo primero de la Resolución nro. 7151-6 del 23 de julio de 2015, manteniendo así el reconocimiento provisional de la sustitución pensional en favor de la señora Luz María Luna Monsalve hasta tanto la jurisdicción ordinaria acceda a la suspensión de dicho acto administrativo o se resuelva de manera definitiva el conflicto de intereses.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar la sustitución pensional a las señoras María Nelly Vásquez de Moreno, en calidad de cónyuge en un 69%, y Luz María Luna Monsalve, en condición de compañera permanente del causante, en un 31%, a partir del 13 de abril de 2014.

Para obtener los anteriores porcentajes se tuvo en cuenta el total de tiempo convivido con el causante, esto es, 45 años por parte de la cónyuge María Nelly Vásquez y 20 años por parte de la compañera permanente Luz María Luna Monsalve; esto da como resultado 65 años de convivencia en total, que representan el 100% de la mesada pensional a repartir entre ambas, en proporción al tiempo de convivencia. Así las cosas, 45 años corresponden

---

<sup>13</sup> V. gr., ver: Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 21 de octubre de 2011. Ponente: Radicación número: 19001-23-31-000-2003-01299-01(0672-09). C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



al 69% del tiempo total de convivencia, mientras que 20 años corresponden al 31%; ello, por supuesto, está en consonancia con el hecho comprobado de que la cónyuge convivió un poco más del doble del tiempo en que convivió la compañera permanente con el causante.

Las sumas que se actualizarán con los Índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE, mes a mes, con la utilización de la siguiente fórmula de las matemáticas financieras:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por las beneficiarias de la sustitución de la pensión ordinaria de vejez hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente por cada suma correspondiente a la sustitución de la pensión ordinaria de vejez que se dejó de devengar desde el 13 de abril de 2014, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una de ellas.

## 2.2. Prescripción.

Sobre el particular, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

*“1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

*2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.” /Subrayas extra texto/.*

La prescripción trienal se interrumpe desde el momento de la solicitud de la sustitución de la pensión de jubilación en sede administrativa, siendo esta presentada en el caso de la señora María Nelly Vásquez de Moreno el día 28 de abril de 2015 y en el caso de la señora Luz María Luna Monsalve, el día 27 de junio de 2014, tal y como obra en el cuaderno número 1; lo que permite concluir que en este caso no hay prescripción.

### 2.3. Costas.

No se condenará en costas porque la entidad demandada se ajustó a la orden dispuesta en el artículo 6º del Decreto 1204 de 2008 que dispone: *“En caso de controversia suscitada entre los beneficiarios a la pensión de sustitución (...) Si no existieren hijos, el total de la pensión quedará en suspenso hasta que la jurisdicción correspondiente decida el conflicto.”*, y por razón de la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

### III. Falla

**Primero: Se declara probada** la excepción de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, formulada por el departamento de Caldas. **Se declaran infundadas** las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**Segundo: Se declara la nulidad** de los siguientes actos administrativos: **Resolución nro. 5256-6 del 20 de agosto de 2014**, por medio de la cual la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció la sustitución de la pensión de manera provisional, del docente fallecido José Javier Moreno, a favor de la señora Luz María Luna Monsalve. **Resolución nro. 7151-6 del 23 de julio de 2015**, por medio de la cual la Secretaría de Educación del departamento de Caldas y Fiduprevisora S.A. resolvieron suspender los efectos de la Resolución nro. 5256-6 del 20 de agosto de 2014 y no acceder al reconocimiento definitivo de la prestación hasta tanto la justicia ordinaria dirima el conflicto de intereses existente entre las referidas señoras. **Resolución nro. 11459-6 del 29 de diciembre de 2015**, por medio de la cual la Secretaría de Educación del departamento de Caldas y Fiduprevisora S.A. resolvieron revocar el artículo primero de la Resolución nro. 7151-6 del 23 de julio de 2015, manteniendo así el reconocimiento provisional de la sustitución pensional en favor de la señora Luz María Luna Monsalve hasta tanto la jurisdicción ordinaria acceda a la suspensión de dicho acto administrativo o se resuelva de manera definitiva el conflicto de intereses.

**Tercero:** A título de restablecimiento del derecho, **se ordena** a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar la sustitución de la pensión ordinaria de vejez del señor José Javier Moreno, a las señoras María Nelly Vásquez de Moreno, en calidad de cónyuge en un 69%, y Luz María Luna Monsalve, en condición de compañera permanente del causante, en un 31%, a partir del 13 de abril de 2014.

Las sumas que se reconozcan deberán ser actualizadas conforme a la fórmula señalada en la parte motiva.

La parte demandada **dará** cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C/CA (Ley 1437/11).

**Cuarto: Sin costas.**

**Quinto:** Se reconoce personería para actuar como apoderada de la Nación – Ministerio de Educación -FNPSM, a la abogada Esperanza Julieth Vargas García, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 1.022.376.765 y portadora de la Tarjeta Profesional No. 267625 del C.S. de la J. /Archivo 33/

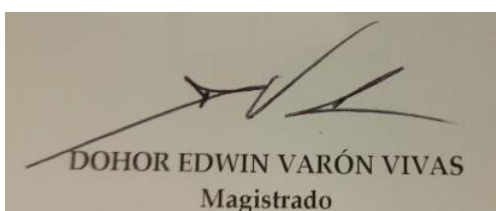
**Sexto:** Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvanse** los remanentes si los hubiere, y **archívese** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

|                   |                                        |
|-------------------|----------------------------------------|
| Medio de control: | Nulidad y restablecimiento del derecho |
| Radicación:       | 17001 23 33 000 2017 000529 00         |
| Demandante:       | Omar Orozco Cárdenas                   |
| Demandado:        | Procuraduría General de la Nación      |
| Providencia:      | Sentencia No. 68                       |

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

I. Antecedentes:

1. Declaraciones y condenas.

*“1. Que se INAPLIQUEN por ilegales la Resolución N° 040 del 20 de enero de 2015, por medio de la cual la Procuraduría General de la Nación convocó al concurso de méritos para proveer en propiedad los cargos de Procuradores Judiciales I y II; la Resolución N° 338, que publicó la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial 1 Administrativo; así como la totalidad de los actos administrativos de carácter general proferidos en el marco del concurso, conforme lo establece el artículo 148 del CPACA.*

*2. Que se declare la NULIDAD del Decreto 3570 proferido el 8 de agosto de 2016 por la Procuraduría General de la Nación, que dispuso la desvinculación del cargo que detentaba mi mandante al interior de la entidad convocada.*

*3. Que, como consecuencia de lo anterior y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se condene a la entidad enjuiciada a reintegrar a mi mandante en el ejercicio de mi cargo de Procurador Judicial I de Manizales, en las mismas condiciones laborales, salariales y prestacionales que detentaba con anterioridad a la expedición del acto administrativo demandado.*

*4. Que así mismo se condene a la Procuraduría General de la Nación a cancelar a la parte demandante las sumas y conceptos que a continuación se discriminan:*

#### *4.1 Perjuicios Materiales, en la modalidad de Lucro Cesante:*

*- Para el señor OMAR OROZCO CÁRDENAS, el valor que corresponda a la sumatoria de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de desvinculación efectiva de la entidad (2 de septiembre de 2016) y la fecha en que se profiera la sentencia correspondiente, teniendo como base para el efecto la certificación salarial expedida por la Procuraduría General de la Nación, que se adjunta al presente escrito. Para el señor OMAR OROZCO CARDENAS, la suma de CIEN SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (100 S.S.M.M.) por concepto del dolor y afectación emocional derivada de una destitución injusta e ilegal, así como de la angustiosa situación económica a la que se ha visto abocado por la imposibilidad de proveer el sustento económico para sí y su grupo familiar*

*- Para la señora ELVIA CARDENAS DE OROZCO, la suma de CIEN SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (100 S.S.M.M.) por concepto del dolor y afectación emocional que le produjo ver a su cónyuge desempleado y la situación económica a la que se ha visto abocada por la necesidad de proveer el sustento económico para sí y su grupo familiar, sin el apoyo de su cónyuge.*

*5. Que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas, conforme lo dispone el inciso 3 del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*6. Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas y las agencias en derecho."*

## **2. Hechos.**

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

*- Mediante Resolución N° 747 del 27 de octubre de 2014, la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación ordenó la apertura de la Licitación Pública No 08 de 2014. Esa licitación tuvo por objeto "(...) seleccionar al contratista que preste los servicios de apoyo técnico, funcional y logístico en la convocatoria, reclutamiento (inscripción y aspectos técnicos del proceso, y verificación de requisitos mínimos), diseño, construcción y aplicación de las pruebas escritas de conocimientos y de competencias y la de análisis de antecedentes, hasta la determinación de las personas que integran las listas de elegibles en el concurso abierto para el ingreso de personal idóneo a la procuraduría general de la nación a nivel nacional, en cargos de procurador judicial I y II (...)"*

- Como resultado de dicha convocatoria, y para efectos de la elaboración de las pruebas requeridas, la Procuraduría celebró con la Universidad de Pamplona el Contrato N° 197-097-2014 de 11 de diciembre de 2014.

- El 20 de enero de 2015, el Señor Procurador General de la Nación expidió la Resolución N° 040, *"por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Entidad"*, con el fin de proveer 744 empleos de Procurador Judicial I y II, y la fecha límite para la inscripción en el concurso cerró a las 4 p.m. del 20 de febrero de 2015.

- En las condiciones generales contenidas en la Resolución N° 040 de 2015 se advierte la ausencia de varias de las exigencias constitucionales y legales previstas para llevar a cabo el concurso abierto necesario para designar a los Procuradores Judiciales I y II, al interior de la entidad convocada.

- En el acto enjuiciado no se tuvo en cuenta, ni en su parte motiva ni en la resolutive, que el sistema especial de carrera de la Procuraduría General de La Nación exige que para todos los demás cargos se cumpla a cabalidad con las disposiciones del numeral 45 del artículo 7 del Decreto 262 de 2000.

- Ni en el acto demandado ni en las convocatorias que hacen parte integral de éste se previó, teniendo en cuenta la homologación de derechos entre Fiscales, Jueces y Magistrados establecida en el artículo 280 de la Constitución Política, que para los aspirantes a ocupar esos cargos ha sido concebida, por reserva de ley, la exigencia de que aprueben previamente el correspondiente curso de formación judicial, de acuerdo con lo establecido en los artículos 160 y 168 de la Ley 270 de 1996.

- La Resolución N° 040 de 20 de enero de 2015 no incluyó las equivalencias entre títulos y experiencia de los funcionarios del nivel profesional -como los Procuradores Judiciales I y II, según los artículos 4° y 7° del Decreto 264 de 2000.

- Que la Resolución N° 040 de 20 de enero de 2015, proferida por el Señor Procurador General, no respeta el principio del mérito en el concurso abierto para la provisión de los referidos cargos, en razón a que la utilización de la

herramienta de selección llamada "análisis de antecedentes", necesariamente, comporta un ejercicio discrecional y subjetivo de la selección de quienes aprueban las pruebas escritas.

- Al aplicarse este instrumento, bajo un sistema de puntajes por la importancia de la formación que adjudica puntuaciones inusitadas al doctorado y al post doctorado -propios de perfiles investigativos y no profesionales, queda al arbitrio de quien aplica la prueba determinar si los títulos universitarios y las publicaciones -que además hay que aportar en ejemplares físicos tienen la virtualidad de satisfacer los requisitos de acceso a los empleos de Procurador Judicial I y II.

- La Resolución N° 040 impuso acreditar las publicaciones literarias de los aspirantes mediante la entrega de un ejemplar físico de cada una de ellas, cuando lo razonable, en términos de eficacia y eficiencia de la administración pública, de cara a los requisitos que de forma plausible pueden exigirse para la realización de estas actividades, es que se permitiera la entrega de una copia de los documentos aludidos en medios magnéticos

- La Resolución N° 040 de 20 de enero de 2015, proferida por el Señor Procurador General de la Nación, está viciada de nulidad porque infringe, de forma manifiesta, las normas superiores en que debe fundarse.

- Las condiciones generales de la convocatoria a concurso abierto para proveer los referidos empleos allí establecidas, vulneran la igualdad de los Procuradores Judiciales I y II en materia laboral, respecto de los Jueces y Magistrados ante quienes actúan.

- Dichas condiciones tampoco prevén expresamente las equivalencias que por ley y reglamento están obligados a reconocer en esta clase de convocatorias; y vulneran el principio general del mérito en los concursos abiertos, al establecer exigencias insustanciales e improcedentes para la evaluación de los aspirantes que no están destinadas a escoger, de forma transparente, profesionales cuya función es la de intervenir, como agentes del Ministerio Público, en los procesos judiciales.

- El 20 de abril de 2015 se publicaron las listas de admitidos y no admitidos para participar en el concurso; a renglón seguido se procedió a realizar las pruebas escritas, que se dividieron en 2 componentes, a saber: pruebas de conocimientos de carácter eliminatorio, que se superaban con un puntaje superior a 75 puntos y pruebas comportamentales.

- Ambas pruebas se llevaron a cabo el 13 de septiembre de 2015, guiadas por la "Cartilla de orientación al aspirante", el documento de "Ejes temáticos" y los respectivos demos de la página oficial del concurso.

- La publicación de resultados de las pruebas de conocimientos se surtió el 7 de octubre de 2015, y el 4 de noviembre siguiente se dieron a conocer los resultados de las pruebas comportamentales a quienes hubieran superado las pruebas escritas.

- Durante el tiempo comprendido entre la elaboración de las pruebas y la publicación de resultados de las mismas se presentaron quejas en las que se alegaron falta de garantías; y mediante las comunicaciones radicadas en la entidad con SIAF 394606-2015, 402757-2015, 413341-2015, 433264-2015 y 433264-2015 se informó de irregularidades de gran envergadura, permitidas y auxiliadas por funcionarios de la Procuraduría, la Universidad de Pamplona y Thomas Greg & Sons, firma contratada para brindar protocolos de seguridad. Las quejas se resumieron en violación a los protocolos de seguridad y mecanismos de preservación de cadena de custodia en Cali, Pasto y Pereira; circulación de los cuadernillos de preguntas antes de la fecha de la práctica de las pruebas escritas; circulación de los cuadernillos de preguntas para las convocatorias; comercialización de los cuadernillos de preguntas en Cali. - Inconformidad por los puntajes asignados a ciertos participantes que obtuvieron 100 puntos en la prueba de conocimientos o sicotécnica.

- Para el 21 de enero de 2016, la Procuraduría publicó la Resolución N° 1440 de 18 de diciembre de 2015, en la que "resolvía" las quejas incoadas en contra del concurso de méritos. En dicho acto se desvirtuaron los informes presentados en varias ciudades (Cali, Bogotá, Pasto) alegando supuesta falta de pruebas y dando plena credibilidad a los testimonios de los acusados de cometer irregularidades.



- En esa misma fecha se publicó el "Consolidado de pruebas escritas" mediante el cual se establecieron los puntajes definitivos para elaborar las listas de elegibles; y, como la Resolución N° 1440 de 18 de diciembre de 2015 desestimó todas las acusaciones formuladas contra los trámites previos, el 24 de febrero de 2016 se publicaron los resultados del análisis de antecedentes, acto en contra del cual se impetraron reclamaciones por violación a los derechos fundamentales de los participantes en el concurso.

- El 19 de mayo de 2016 se informó a los aspirantes que el Contrato N° 179-097-2014 suscrito con la Universidad de Pamplona se había suspendido desde el 6 de ese mismo mes y año hasta el 15 de junio de 2016, en cumplimiento de un fallo de tutela.

- El 8 de julio de 2016 la entidad convocada publicó las listas de elegibles para las convocatorias 01, 02, 03, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13 y 14 de 2015, mediante las Resoluciones 337 a 349, de la misma fecha. Así mismo, el 11 de julio de 2016 se publicó la lista de elegibles de la Convocatoria N° 04 de 2015 por Resolución 357 del 11 de julio de 2016.

- Mediante Resolución N° 358 del 12 de julio de 2016, la Procuraduría corrigió las Resoluciones mencionadas en el numeral anterior y aclaró que "la lista de elegibles fue elaborada de conformidad con el art. 20 de la Resolución N° 040 de 20 de enero de 2.015".

- La entidad ha proferido actos administrativos adicionales modificando las listas de elegibles establecidas mediante las Resoluciones antedichas, entre las se encuentran la Resolución N° 410 de 31/08/16, Resolución N° 428 de 06/09/16, Resolución N° 453 de 03/10/16 y la Resolución N° 711/10/31.

- El 8 de agosto de 2016, a través del Decreto 3570, la Procuraduría General de la Nación adoptó la lista de elegibles publicada mediante la Resolución 338, designando a la señora Catalina Gómez Duque para ocupar el cargo que ocupaba el señor Omar Orozco Cárdenas en el cargo de Procurador Judicial I Administrativo de Manizales, y disponiendo en consecuencia la cesación del vínculo que este detentaba con la entidad.

- A la fecha de presentación de la demanda la Resolución Nº 040 del 20 de enero de 2015, que convocó al concurso abierto de méritos al que hemos hecho alusión, se encuentra demandada ante la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través del medio de control de nulidad simple radicado bajo el número 11001-03-25-000-2015-00305-00.

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

Refiere el apoderado del demandante como normas vulneradas las siguientes, (el concepto de vulneración se dirá detalladamente en el estudio de cada norma invocada):

Artículos 4, 13, 113, 125, 279 y 280 de la Constitución Política.

Artículos 12, 13 y 28 de la Ley 30 de 1993; 127, 128, 160 y 168 de la Ley 270 de 1996.

Artículos 7, 44, 191, 194, 195, 196 y 203 del Decreto Ley 262 de 2000.

Artículo 20 del Decreto Ley 263 de 2000

Artículos 4 y 7 del Decreto Ley 264 de 2000

Artículo 229 del Decreto Ley 19 de 2012

Artículo 6 de la Ley 527 de 1999

Artículo 14 del Decreto 2772 de 2005.

Resolución 253 de 2012 de la Procuraduría General de la Nación.

Artículos 66,67, 68 y 72 del CPACA

El demandante funda la vulneración de las normas en mención y afirma que, el acto demandado es el resultado de los siguientes cargos:

- El acto administrativo enjuiciado, como resultado de un concurso ilegal, convocado por la resolución no. 040 de 20 de enero de 2015, constituye una violación indirecta de los artículos 13 y 280 de la constitución política, porque a pesar de que los procuradores judiciales I y II deben tener las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los jueces y magistrados de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo, en el concurso abierto convocado, que dio origen a la destitución del demandante, no se

tuvieron en cuenta las particulares condiciones que ha de tener la carrera administrativa de quienes ejercen funciones de intervención judicial.

- Vulneración a la reserva de ley consagrada en los artículos 113, 125 y 279 de la constitución política, en concordancia con la ley 270 de 1996.

- Vulneración a la reserva de ley estatutaria consagrada en el artículo 152 de la constitución política, en concordancia con la ley 270 de 1996.

- Vulneración al artículo 20 del decreto 263 de 2000 y la resolución no. 253 de 9 de agosto de 2012 de la procuraduría general de la nación, en tanto el concurso de méritos que le sirvió de fundamento no previo equivalencia alguna para cargos del nivel profesional, como lo son los de procuradores judiciales I y II, en las respectivas convocatorias.

- Contravención de lo previsto en el artículo 14 del decreto 2772 de 2005 y el artículo 229 decreto 19 de 2012.

- Contravención de lo previsto en el artículo 6 de la ley 527 de 1999, el artículo 84 de la constitución política y el numeral 5° del artículo 9° del CPACA.

- El acto administrativo enjuiciado no fue notificado personalmente y, por ende, vulneró lo dispuesto en los artículos 66, 67, 68, 69 y 72 del CPACA.

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

- **Demandada Procuraduría General de la Nación.**

La demandada Procuraduría General de la Nación no contestó la demanda, como se evidencia en la constancia secretarial que reposa a folio 91 del cuaderno 1.

- **Vinculada señora Catalina Gómez Duque (Documento 13 del expediente digital)**

El apoderado judicial de la vinculada señora Catalina Gómez Duque contestó la demanda y en ese escrito también, interpuso recurso de reposición frente al

auto que ordenó notificar la demanda, el cual fue resuelto mediante providencia de 24 de marzo de 2023, confirmando la notificación realizada.

En el escrito de pronunciamiento sobre la demanda, el apoderado afirma que, el Decreto 3570 del 8 de agosto de 2016, contiene dos decisiones diferentes; una la de nombramiento en periodo de prueba por el término de 4 meses en el cargo de Procuradora 181 Judicial I Para Asuntos Administrativos de la ciudad de Manizales, y la segunda, concerniente a la terminación de la provisionalidad del demandante, señor Omar Orozco Cárdenas y en tal sentido, del contenido del libelo introductor, se advierte que los cargos formulados para atacar la legalidad de dicha actuación administrativa apuntalan directamente a la terminación de su vinculación en provisionalidad.

Resalta que, dentro de la demanda no se advierte reproche alguno respecto a los requisitos, cualidades, competencias, inhabilidad y/o incompatibilidades de la decisión de vinculación de la señora Catalina Gómez Duque; sino que se centró en los vicios que presuntamente aquejan la actuación administrativa que se cuestiona, pues, a juicio de la parte actora, se circunscriben al diseño de las políticas de elaboración y calificación de las pruebas empleadas en el concurso de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II, pero sin hacerse una acusación directa a señora en mención.

Sostiene que, en el caso de emitirse un fallo favorable a los intereses de la parte accionante, ello no llevaría al retiro del servicio de la señora Catalina Gómez Duque, quien accedió por concurso de méritos al cargo de Procuradora 181 Judicial I Para Asuntos Administrativos, por lo que, ostenta derechos constitucionalmente protegidos, resultando inane su vinculación procesal a esta controversia.

Así mismo, afirma que, los fundamentos del demandante para solicitar la nulidad del Decreto 3570 del 8 de agosto de 2015 y la inaplicación de la Resolución 040 de 2015 son ajenos a la voluntad de la señora Catalina Gómez Duque, pues no los expidió, ni participó en su construcción; y cita un aparte jurisprudencial relacionado con que la ilegalidad discutida se dirige a la desvinculación de los Procuradores Judiciales I y II nombrados en provisionalidad pese a una presunta irregularidad en el desarrollo del concurso de méritos para proveer dichos cargos.

Dice que, en caso de no reponerse la decisión de vincular al presente proceso a la señora Catalina Gómez Duque, se presenta oposición a las pretensiones de la demanda, solicitando se apliquen los precedentes verticales y horizontales que se han venido emitiendo sobre el objeto de la controversia.

En el documento 16 del expediente digital, obra el pronunciamiento de la parte demandante, frente a lo manifestado por el apoderado judicial de la señora Catalina Gómez Duque, aduciendo la legitimación en la causa que le asiste a ésta, por pretenderse en este caso entre otros, la nulidad de un acto que la nombraron en periodo de prueba, y a su vez, desvincularon al demandante en este asunto.

## **5. Alegatos de conclusión.**

### **- Parte demandada (Documento 04 del expediente digital)**

La demandada Procuraduría General de la Nación presenta escrito de alegatos pronunciándose frente a las causales de nulidad de los actos administrativos, específicamente las contenidas en el artículo 137 del CPACA.

Con relación a la facultad para expedición de los actos acusados, expone que, el Procurador General de la Nación tiene por disposición legal la facultad de suscribir las resoluciones no solo que adopten las políticas para la elaboración y aplicación de los procesos de selección, sino que también esa potestad se extiende a los actos que se requieran para el cabal cumplimiento de cada una de las etapas del concurso hasta su terminación; por lo que, el Decreto No. 3570 del 8 de agosto de 2016, se expidió por funcionario competente para emitir la decisión.

Continúa diciendo que, si bien no se trata en este caso de actuaciones que sean susceptibles en estricto sentido de un procedimiento administrativo donde haya cabida a la interposición de recursos, pues muchos de los actos administrativos objeto de debate eran actos de ejecución, sí reviste de importancia indicar que desde la notificación de la Sentencia C –101 de 2013 de la Corte Constitucional, la comunidad en general y en especial quienes fungían los cargos de Procuradores Judiciales tenían conocimiento que estos empleos serían llamados a concurso y las consecuencias que podrían

producirse cuando se surtieran todas las etapas y se fijaran las listas de elegibles.

Dice que las actuaciones de la administración fueron públicas y una vez se fijaron las reglas de la convocatoria, tanto los servidores activos en calidad de Agentes del Ministerio Público con intervención Judicial como aquellos que para esa época gozaban de la expectativa de ser nombrados (pues a la fecha de presentación de alegados, las etapas del concurso han culminado); y que, esas personas saben que el concurso se llevó a cabo atendiendo todas las previsiones legales y reglamentarias sobre la materia, garantizándose el debido proceso a quienes las decisiones que se profirieron en la materia directa o indirectamente les afectaba.

Que los motivos que dieron origen a la expedición de los actos administrativos no son ajenas a la órbita de sus competencias, ni distintas a lo ordenado por la Sentencia C –101 de 2013; de manera que, la intención de la Procuraduría no fue diferente, a dar cabal cumplimiento a las normas que regulan los concursos de mérito al interior de la misma, atendiendo los criterios que fijó la Corte Constitucional, pues fue tal corporación quien emitió la decisión y dispuso los alcances de la convocatoria, por lo que la demandada, simplemente materializó la orden a su régimen interno de carrera.

Refiere que, no se presenta en este caso una expedición irregular del acto, porque no hubo incumplimiento ni del procedimiento, ni de los requisitos que debían tenerse en cuenta para la terminación de la relación laboral del actor; que en últimas es lo que, a su juicio, ha generado el reproche del demandante.

Concluye que, el acto demandado se ajusta a la legalidad y su expedición se torna válida a la luz del antecedente que dio origen a las mismas y a las normas sobre las cuales se estructuró la decisión de la administración; y que, la orden judicial emanada de la Corte Constitucional y plasmada en la sentencia C-101 de 2013 se dio desde el 28 de febrero de 2013 y que, el proceso de selección se abrió en el mes de enero de 2015, situación que ha debido ser conocida por el ahora demandante, sin que sea razonable que pretenda la primacía de su situación personal sobre un proceso que inició hace tiempo; solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda.

- **Parte demandante (Documento 06 del expediente digital)**

La apoderada judicial del demandante presenta su escrito de alegatos reiterando en su totalidad los argumentos expuestos en la demanda.

Sostiene además que, el Decreto 3570 proferido el 8 de agosto de 2016 está viciado de nulidad por cuanto se expidió en el marco de la Resolución 040 de 2015, vulnerando la homologación de derechos existente ente los Procuradores Judiciales I y II y los Jueces y Magistrados de conformidad con lo consagrado en el artículo 280 constitucional.

Que la convocatoria, que tuvo origen en la resolución en cita, se constituye como ilegal por cuanto, en ella, no se previó la realización de un curso-concurso, ni tuvo en cuenta las equivalencias entre experiencia y títulos de estudios de posgrados, elementos inherentes al cumplimiento de los fines del Estado y necesarios para la prestación del mejor servicio a los administrados.

También expone que, el acto administrativo que desvinculó al señor Omar Orozco Cárdenas es nulo, por cuanto, se expidió en virtud de la Resolución 040 citada que infringió la reserva legal a la que estaba sujeta, afirmación que, a su juicio, tiene sustento constitucional en los artículos 125 y 279, pues el Procurador General de la Nación no tiene la facultad de regular aspectos esenciales y definitorios del concurso, como en efecto sucedió en el caso objeto de estudio.

Afirma que se encuentra probado que, los jueces, magistrados y fiscales se sometieron a un concurso que, por mucho, se diferenció del que se realizó para proveer los cargos de Procuradores Judicial I y II, por lo tanto, no se garantizó a estos agentes del ministerio público los derechos a ellos otorgados por la sentencia C-101 de 2013 de la Corte Constitucional.

A su vez, menciona que, el acto demandado está viciado de nulidad, por ser la consecuencia directa de la Resolución 040, la cual transgredió la reserva de ley estatutaria; pues allí se regularon temas concernientes solo a la administración de justicia, limitado así, el derecho fundamental de acceso a cargos públicos y estableciendo restricciones irrazonables para acceder a estos; y, que, el hecho de no establecer equivalencias u homologaciones por

título de postgrado y, la forma en que debían entregarse los libros para ser tenidos en cuenta.

Relata que, es evidente la extralimitación de la Procuraduría General de la Nación al disponer que, el cómputo de la experiencia profesional desde la obtención del certificado de terminación de materias, dándole una importancia irrazonable a los títulos de posgrado, que no son propios de un perfil profesional, sino de uno investigativo siendo estos contrario a la ley. Esto obligó a los concursantes a acreditar sus publicaciones en físico, lo que resulta jurídicamente inaceptable.

Concluye que, el Decreto 3570 de 2016 que desvinculó al señor Orozco Cárdenas se expedido como resultado del concurso ilegal realizado por la procuraduría general de la Nación convocado por la Resolución 040 de 2015 está viciado de nulidad y en ese sentido debe quedar por fuera del ordenamiento jurídico; y que, se demostró que, la Resolución en la que se fundó el acto acusado no tuvo en cuenta las particulares condiciones que tiene la carrera administrativa de quienes ejercen funciones de intervención judicial, como son los Procuradores Judiciales I y II. Lo anterior, por cuanto, según el artículo 280 superior los agentes del Ministerio Público deben tener las mismas calidades, remuneración, derechos y prestaciones de los Magistrados y Jueces.

Suma a este argumento, lo dispuesto por sentencia C-101 de 2013, donde la Corte manifestó que los Procuradores Judiciales I y II deben ostentar las mismas calidades que los Jueces y Magistrados, por lo que, el concurso que ha de aplicarse a unos y otros debe ser el mismo; y que, de lo contrario, las calidades del funcionario variarían.

Reitera en su totalidad los argumentos expuestos en la demanda y dice que, se evidencia que la resolución 040 de 2015, que reguló temas que conciernen a la administración de justicia por su contenido fundamental y referente especialmente al derecho al acceso a los cargos públicos transgredió la reserva estatutaria; ello, en el sentido que la convocatoria estableció limitaciones y restricciones irrazonables para acceder a los cargos en comento, lo que como ya se explicó, constituye una afectación general para quienes decidieron participar en la mencionada convocatoria.



Concluye que, por ser el acto administrativo que se demanda (Decreto 3570 de 2016) de contenido particular y concreto, debía ceñirse a las normas de notificación personal establecidas en el CPACA, pero que la accionada, obvió realizar la notificación personal del mismo al señor Orozco Cárdenas de donde se desprende la inoponibilidad del acto que desvinculó a mi poderdante, es decir que, este no podía surtir efectos.

## **6. Concepto del Ministerio Público.**

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 09 de marzo de 2021, que se encuentra en el documento 07 del expediente digital.

### **I. Consideraciones de la Sala**

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

#### **1. Problemas jurídicos a resolver.**

El problema jurídico general se contrae a establecer si, ¿en este caso existen causales para inaplicar por ilegal la Resolución N° 040 del 20 de enero de 2015, por medio de la cual la Procuraduría General de la Nación convocó al concurso de méritos para proveer en propiedad los cargos de Procuradores Judiciales I y II; la Resolución N° 338 (sin fecha); y, ¿si hay lugar a declarar la nulidad del decreto 3570 proferido el 8 de agosto de 2016 por la Procuraduría General de la Nación?

#### **2. De los antecedentes en este asunto.**

Previo al estudio de los cargos invocados por el demandante en este asunto, esta Sala considera necesario hacer un recuento del origen del acto del cual se solicita la inaplicación, así como de la sentencia proferida por la Corte constitucional referida en los hechos de la demanda de la siguiente manera:

La Corte Constitucional mediante sentencia C- 101 del 28 de febrero de 2013, resuelve una demanda de inconstitucionalidad presentada contra el ordinal segundo del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, con relación a los Procuradores Judiciales de libre nombramiento y remoción; y resolvió declarar la inexequibilidad del artículo en cita, al considerar que, dicho precepto contraría lo previsto en el artículo 280 de la Carta Política de 1991, relacionado con que los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los Magistrados y Jueces de mayor jerarquía, ante quienes ejerzan el cargo; es decir, las equivalencias de dichos cargos a los de Jueces y Magistrados.

En virtud de la declaratoria de inexequibilidad de la expresión “Procurador Judicial”, que aparece enlistada en el Artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, como uno de los empleos que se excluyen de la carrera por ser de libre nombramiento y remoción, el Procurador General de la Nación se vio en la necesidad de cumplir el mandato jurisprudencial mediante la resolución No. 040 de 2015, por la que se convocó el concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial I y II.

### **3. Del régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación.**

El numeral 45 del Artículo 7º del Decreto Ley 262 de 2000, vigente para la época de los hechos *“por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”* dispuso:

*“Artículo 7º. Funciones. - El Procurador General de la Nación cumple las siguientes funciones: [...]*

*45. Ejercer la suprema dirección y administración del sistema de carrera de la entidad, en desarrollo de lo cual deberá:*

*a) Definir las políticas para la elaboración y aplicación de las pruebas que se utilizaran en los concursos y determinar los parámetros para su calificación.*

- b) *Adoptar los instrumentos necesarios para el cumplimiento de los fines de cada una de las etapas del proceso de selección.*
- c) *Designar a las personas que integraran el jurado encargado de elaborar y calificar las pruebas de pregunta abierta y la entrevista y de resolver las reclamaciones relacionadas con estas pruebas.*
- d) *Definir las condiciones de las convocatorias para los concursos de méritos y suscribirlas.*
- e) *Excluir de la lista de elegibles, a solicitud de la Comisión de Carrera de la Procuraduría General, a las personas que hubieren sido incluidas en ella, cuando se demuestre la existencia de irregularidades en el proceso de inclusión en la lista.*
- f) *Declarar desiertos los concursos, cuando se presenten las causales establecidas en este decreto.*
- g) *Revocar, a solicitud de la Comisión de Carrera de la Procuraduría General, los nombramientos efectuados, cuando se demuestre la existencia de irregularidades en el proceso de selección.*
- h) *Fijar las políticas sobre estudios e investigaciones en asuntos relacionados con la administración de carrera. (...)."*

Ahora bien, la Procuraduría General de la Nación tiene un régimen propio de carrera, diferente del régimen común establecido en la Ley 909 de 2004, no obstante, su artículo 3ro, dispone en su campo de aplicación que las disposiciones allí contenidas son aplicables "con carácter supletorio" a la carrera especial de la Procuraduría General de la Nación.

Por otra parte, el numeral 4º del artículo 1º de la Ley 573 de 2000, dispuso:

*"Modificar la estructura de la Procuraduría General de la Nación, así como su régimen de competencias y la organización de la Procuraduría General de la Nación e igualmente la del Instituto de Estudios del Ministerio Público, así como el régimen de competencias interno de la entidad y dictar normas para el funcionamiento de la misma; determinar el sistema de nomenclatura, denominación, clasificación, y seguridad social de sus servidores públicos, así como los requisitos y calidades para el desempeño de los diversos cargos de su planta de personal y determinar esta última; crear, suprimir y fusionar empleos en esa entidad; modificar su régimen de carrera administrativa, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores públicos y regular las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.(Subrayado condicionalmente exequible)*

Por su parte, mediante el Decreto Ley 262 del 22 de febrero de 2000, se regula el régimen especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación, y dice que, cuenta con una Comisión de Carrera y una oficina de

Selección de Carrera, cuyas funciones se encuentran expresamente detalladas en éste.

### **3. De las normas que el demandante reputa como vulneradas con la expedición de la resolución 040 de 20 de enero de 2015**

Se inicia con una transcripción de los artículos constitucionales que, el demandante dice fueron vulnerados con la expedición de la resolución demandada.

***“Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*

*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

***Artículo 84.** Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio*

***Artículo 113.** Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.*

*Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.*

***Artículo 125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.*

*Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

*El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.*

*Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:*

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;*
- b) Administración de justicia;*
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;*
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.*
- e) Estados de excepción.*
- f) <Literal adicionado por el artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.*

**Parágrafo transitorio.** *<Parágrafo adicionado por el artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o. de marzo de 2005, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República.*

*El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional.”*

**Artículo 152.** *Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:*

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;*
- b) Administración de justicia;*
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;*
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.*
- e) Estados de excepción.*
- f) <Literal adicionado por el artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.*

*j) <sic. g)> <Literal adicionado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2012. INEXEQUIBLE>*

**PARÁGRAFO TRANSITORIO.** *<Parágrafo adicionado por el artículo 4 del Acto Legislativo 2 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno Nacional o los miembros del Congreso presentarán, antes del 1o. de marzo de 2005, un Proyecto de Ley Estatutaria que desarrolle el literal f) del artículo 152 de la Constitución y regule además, entre otras, las siguientes materias: Garantías a la oposición, participación en política de servidores públicos, derecho al*

acceso equitativo a los medios de comunicación que hagan uso del espectro electromagnético, financiación preponderantemente estatal de las campañas presidenciales, derecho de réplica en condiciones de equidad cuando el Presidente de la República sea candidato y normas sobre inhabilidades para candidatos a la Presidencia de la República. El proyecto tendrá mensaje de urgencia y podrá ser objeto de mensaje de insistencia si fuere necesario. El Congreso de la República expedirá la Ley Estatutaria antes del 20 de junio de 2005. Se reducen a la mitad los términos para la revisión previa de exequibilidad del Proyecto de Ley Estatutaria, por parte de la Corte Constitucional.

**Artículo 279.** La ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo.”

**Artículo 280.** Los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo.”

También adujo como vulnerados los siguientes:

**“Artículo 20 del Decreto 263 de 2000** por el cual se establecen los requisitos de los empleos de la Procuraduría General.

**Equivalencias.** Los requisitos de que trata el presente decreto no podrán ser disminuidos. Sin embargo, de acuerdo con la jerarquía, las funciones y las responsabilidades de cada empleo, podrán hacerse las siguientes equivalencias:

Para los empleos pertenecientes a los niveles directivo, asesor, ejecutivo y profesional.

1. Título de formación avanzada o de postgrado por:

§ Tres (3) años de experiencia profesional específica o relacionada, siempre que se acredite el título universitario; o la expedición de la tarjeta profesional de periodista.

§ Aprobación de todas las materias del pénsum académico de educación avanzada o postgrado y un (1) año de experiencia profesional o docente.

§ Título de formación universitaria adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo; o

§ Aprobación de un año de maestría o doctorado

2. Un título de formación avanzada o de postgrado relacionado con las funciones del cargo, adicional al exigido como requisito mínimo para el respectivo empleo, por tres (3) años de experiencia específica o relacionada.

3. Título de formación universitaria adicional al exigido como requisito mínimo para el respectivo empleo por tres (3) años de experiencia profesional específica o relacionada.

4. Título de formación universitaria por el grado de oficial de la Fuerza Pública a partir del grado de Capitán o Teniente de Navío.

Para los empleos pertenecientes a los niveles técnico, administrativo y operativo:

1. Título de formación técnica profesional o de formación tecnológica, por un (1) año de experiencia específica o relacionada, siempre y cuando se acredite la terminación y la aprobación de los estudios en la respectiva modalidad.

2. Un (1) año de educación superior por dos (2) años de experiencia específica o relacionada y viceversa, o por un (1) año de experiencia específica o relacionada y curso específico de mínimo sesenta (60) horas de duración y viceversa, siempre y cuando se acredite diploma de bachiller para ambos casos.

3. Diploma de bachiller en cualquier modalidad, por aprobación de cuatro (4) años de educación básica secundaria y tres (3) años de experiencia y viceversa.

4. Aprobación de un (1) año de educación básica secundaria por un (1) año de experiencia y viceversa, siempre y cuando se acredite la formación básica primaria.

5. La formación de educación básica primaria, secundaria o técnica por la formación que imparte el SENA así:

§ Tres (3) años de educación básica secundaria o dos (2) años de experiencia específica o relacionada por el modo de formación "aprendizaje".

§ El diploma de bachiller en cualquier modalidad o tres (3) años de experiencia específica o relacionada, por el modo de formación "complementación".

§ Tres (3) años de formación en educación superior o cuatro (4) años de experiencia específica o relacionada, por el modo de formación "técnica".

**Parágrafo.** Las equivalencias deberán establecerse, de conformidad con lo señalado en el presente artículo, directamente en el manual específico de funciones y de requisitos que se adopte e igualmente deberán señalarse en las respectivas convocatorias."

**Artículo 14** del Decreto 2772 de 2005, **Decreto que fue derogado por el Decreto nacional 1785 de 2014**

**Artículo 229. Del Decreto Ley 19 de 2012,** Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

**Experiencia profesional.** Para el ejercicio de las diferentes profesiones acreditadas por el Ministerio de Educación Nacional, la

*experiencia profesional se computará a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior.*

*Se exceptúan de esta condición las profesiones relacionadas con el sistema de seguridad social en salud en las cuales la experiencia profesional se computará a partir de la inscripción o registro profesional.*

**Artículo 6° de la Ley 527 de 1999** *“Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.”*

**Escrito.** *Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.*

*Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.*

*Resolución 253 de 9 de agosto de 2012, “Por la cual se adopta el Manual específico de funciones por Competencias Laborales y Requisitos de los empleados de la Planta de Personal de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público”.*

Ahora, debe decirse que, el proceso de selección convocado a través de la Resolución 040 de 20 de enero de 2015, fue realizado en cumplimiento de una orden judicial que hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, por lo que, obliga a todas las autoridades y a los particulares, tal como lo disponen el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice que *“Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”*, y de acuerdo con el artículo 48 de la Ley 270 de 1997 que dispone:

**“Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional.** *<condicionalmente exequible> Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:*

*1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.*



3. *Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.*"

Por otra parte, es necesario precisar en este punto de partida del análisis del caso, que, la Procuraduría General de la Nación tiene un régimen especial de carrera; y, el hecho de que el numeral segundo del artículo 3ro de la ley 909 de 2004, en lo concerniente a su campo de aplicación, disponga que lo contenido en dicha ley, se aplica, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales, incluyendo allí a la Procuraduría General de la Nación; ello no implica que el régimen de ésta sea el que allí se describe.

También se pone de presente que, el Consejo de Estado, en sentencia de 30 de julio de 2021<sup>1</sup> estudió el tema de la legalidad de la resolución 040 del 20 de enero de 2015, y resolvió entre otros, declarar la legalidad condicionada del inciso tercero, numeral 1, artículo 17; y del inciso tercero del artículo 5, numeral 2.9 del artículo 9, y el párrafo primero del artículo 17 de la resolución 040 de 2015.

Es igualmente necesario decir que, en todos los cargos formulados por el demandante, el único que se relaciona con situaciones particulares en su caso, es el de indebida notificación; pues los demás, se fundan en consideraciones generales que tienen que ver con la vulneración de normas constitucionales y de otra naturaleza, con la expedición de la resolución número 040 de 2015; y tampoco se hace una exposición respecto de cada artículo de la resolución en mención, cuales fueron vulnerados y porqué, sino que la exposición es a modo general.

#### **4. Del contenido de los actos de los cuales se solicita su inaplicación por ilegal.**

La resolución 040 de 20 de enero de 2015, dio apertura y reglamentó la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad; ello en cumplimiento de la orden judicial por la Corte Constitucional en sentencia C101 de 2013 y en ejercicio de las

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 30 de julio de 2021. CP. Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15)

facultades conferidas en el artículo 7° del Decreto Ley 262 de 2000, procede a dar apertura y reglamentar la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales I (3PJ-EG) Y 11 (3PJ-EC).

La mentada resolución tiene 25 artículos desde dar apertura al concurso, hasta la vigencia del mismo.

También solicita el demandante, inaplicar por ilegal la resolución número 338 (sin fecha) que dice, fue la que publicó la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial I administrativo, y la totalidad de los actos administrativos de carácter general proferidos en el marco del concurso; solicitud frente a la cual es preciso aclarar que, no resulta posible el estudio en un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de actos generales, indeterminados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que dice respecto de la individualización de las pretensiones, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo este se debe individualizar con toda precisión; y que, si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron; no siendo ese este caso.

Y, respecto de esa misma solicitud de nulidad (Resolución número 338 sin fecha); también es necesario precisar que dicho acto no se aportó con la demanda, tampoco se relaciona en los documentos aportados, ni en el cd que se adjunta; y la ausencia del mismo, contraría lo ordenado por el artículo 166 del CPACA que dice entre otros que, con la demandada deberá acompañarse la copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según sea el caso; y este acto es uno de carácter particular que debió acompañarse con la demanda, por lo que no resulta posible su estudio.

Finalmente, se solicita la nulidad del decreto 3570 de 8 de agosto de 2016, mediante el cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se termina una provisionalidad, el cual resuelve nombrar a la señora Catalina Gómez Duque, en el cargo de Procurador Judicial I Código 3PJ, Grado EG, en la Procuraduría 181 Judicial I Administrativa, con sede en Manizales; y, en

consecuencia, a partir de su posesión, se culmina la vinculación laboral en provisionalidad del señor Omar Orozco Cárdenas, quien desempeña ese cargo. (Fls. 49 y 50 C. 1).

## **5. De los artículos que se predicen como vulnerados.**

**5.1.** Sostiene el demandante que se vulneró el artículo 13 constitucional, relacionado con el derecho a la igualdad, y el artículo 280 ibídem, pues interpreta que, el concurso para proveer los cargos de Procuradores Judiciales debe surtir en igualdad de condiciones que aquél que corresponde a los Jueces y Magistrados ante quienes actúan.

Frente a ello considera esta Sala de decisión que, si bien el artículo 280 dispone que los Agentes del Ministerio Público, tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los Magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo; de esa afirmación no puede desprenderse que, existe igualdad en el régimen de carrera entre Jueces, Magistrados y Procuradores I y II; tanto así que, en la misma sentencia C – 101 de 2013, que fue la que motivó al Procurador General de la Nación a proferir la resolución 040 de 2015, consideró que:

*“(…) En este sentido, la carrera administrativa, tiene por objeto la garantía del derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos y funciones públicas (CP, 40.7), la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en el servicio público para el cumplimiento de los fines del Estado (CP, 1, 2, 122 a 131 y 209), y la protección de los derechos subjetivos a los que tienen derecho las personas vinculadas a la carrera (CP, 53 y 125) y se funda en el mérito de los aspirantes, para lo cual la Carta Política prescribió el concurso público como el mecanismo idóneo para establecer el mérito y las calidades de los mismo.*

*(…)*

*5.4.4. El artículo 280 de la Constitución Política refuerza lo anteriormente señalado, cuando establece que los agentes del Ministerio Público tendrán la misma “categoría” de los magistrados y jueces ante los que actúan, vocablo que significa la equivalencia en los cargos que desempeñan unos y otros, la cual se quebranta con la distinción que realiza la disposición acusada, al clasificar el cargo de procurador judicial como de libre nombramiento y remoción, cuando los de los jueces y magistrados ante los que actúan, son de carrera administrativa, conduciendo a su inexequibilidad.*

*5.4.5. Así, los procuradores judiciales, en su condición de agentes del Ministerio Público que actúan ante jueces y tribunales cuyos cargos han sido definidos por el legislador -Ley 270 de 1996- como de carrera,*

*tienen el derecho a ser clasificados igualmente como carrera administrativa, en aplicación del artículo 280 constitucional. Tal decisión, además, se aviene con el principio general de la carrera, prevista en el artículo 125 superior.*

*(...)*

*5.5. Consideraciones finales.*

*5.5.1. La Corte declarará la inexequibilidad de la norma demandada, por vulneración del artículo 280 de la Constitución que ordena la equiparación en materia de “derechos” entre magistrados y jueces y los agentes del ministerio público que ejercen el cargo ante ellos, entendiendo esta Corte que derechos a homologar se encuentra el ser considerado de carrera administrativa.*

*(...)*

*5.5.2. Cabe distinguir que una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los “procuradores judiciales” es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación.*

*5.5.3. En consecuencia, al declarar inexecutable la expresión “procurador judicial”, contenida en el numeral 2) del artículo 182 del decreto ley 262 de 2000 -que los define como de libre nombramiento y remoción-, ordenará a la Procuraduría General de la Nación la convocación de un concurso público de méritos para la provisión de tales cargos, en un término no mayor de seis (6) meses, de acuerdo con las reglas y procedimientos que lo regulan.*

De las normas transcritas inicialmente, y de la cita jurisprudencial, para esta Sala es claro que, la solicitud de igualdad predicada por el actor, no se quebranta por el régimen especial de carrera que tiene la Procuraduría General de la Nación; y, mal podría interpretarse que, el mero hecho de mencionar equivalencias en categorías, remuneración, derechos y prestaciones respecto de los Magistrados y Jueces, de lugar a una igualdad en el régimen de carrera administrativa, con los mismos requisitos de aquellos; ello, por cuanto la misma Constitución Política de Colombia, reconoce a la Procuraduría General de la Nación como un órgano con autonomía e independencia, sin que los rija la carrera de la rama judicial, ni lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora, el Decreto Ley 262 de 2000, mediante el cual se modifica la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; dicta normas para su funcionamiento; modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de

inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos contemplados; en su artículo 182 contempla la naturaleza de los empleos, sin que se encuentre el de Procurador Judicial como de libre nombramiento y remoción; y en su título XIV regula el régimen de carrera de la Procuraduría General, pues si bien estaba allí incluido, mediante la sentencia C – 101 de 2013, se declaró inexecutable esa parte.

Por lo expuesto, los artículos 13 y 280 constitucionales no se encuentran vulnerados con la expedición de la resolución 040 de 2015.

**5.2.** De la vulneración que dice el demandante hubo, de los artículos 113, 125 y 279 constitucionales con la expedición de la resolución 040 de 2015; porque el Procurador General de la Nación no tenía la facultad de regular aspectos relacionados con la carrera administrativa y concurso de los Procuradores Judiciales I y II; sin que pueda esta entidad, determinar si hay o no lugar a homologaciones o equivalencias en el concurso debatido, excediendo las facultades.

Sea lo primero mencionar que el artículo 113 refiere como ramas del poder público, la legislativa, ejecutiva y judicial; y el 125 define que los empleos y órganos del Estado son de carrera, con las excepciones que allí plantea, dentro de las cuales no se hace mención expresa a los Procuradores Judiciales, y contrario a ello, se dice que, el ingreso a los cargos de carrera se hará mediante el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para la determinación de los méritos y calidades de aspirantes; y, el artículo 279 dice que la Ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, en lo relacionado con el ingreso y concurso de méritos, entre otros.

Basta la lectura del artículo 113 para decir que la resolución 040 de 2015 no vulnera el mismo, por cuanto no modifica en nada la división de ramas de poder público dispuestas por el constituyente; y el 125 no se encuentra vulnerado, en concordancia con lo mencionado en el numeral anterior, donde el mismo artículo 182 de la ley 262 de 2000, contempla cuales son los cargos de libre nombramiento y remoción, y, pese a que allí se encontraba el de Procurador Judicial, fue sacado de la lista, en virtud de la declaratoria de

inexequibilidad correspondiente que determinó la sentencia C – 101 de 13 de febrero de 2013; de manera que, la Sala no encuentra vulnerado el artículo constitucional en mención con la expedición de la resolución 040 de 2015; pues, contrario a ello, esa resolución fue expedida en virtud de esa misma sentencia.

Sumado a lo anterior, tampoco puede decirse que, el artículo 279 ha conferido al Procurador General de la Nación competencia alguna para regular el régimen de carrera de los empleados de esta entidad, pues allí no se hace alusión ni al jefe del Ministerio Público; y lo que hace es decir que, la ley regulará lo relativo a la estructura, y funcionamiento de la Procuraduría, y lo relacionado con el concurso de méritos; siendo la ley que regula dicha materia, la mencionada 262 de 2000, la cual fue expedida por el Presidente de la República de Colombia, *“en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el numeral 4 del artículo primero de la Ley 573 de 2000, y oído el concepto del Procurador General de la Nación”*.

Se reitera lo mencionado previo al análisis de los demás cargos planteados en el sentido que, fue la Corte Constitucional mediante la sentencia C – 101 de 2013, quien ordenó convocar un concurso público para la provisión en propiedad de todos los cargos de Procurador Judicial y precisó que el sistema de carrera aplicable al concurso sería el sistema especial de carrera de la Procuraduría; sin que allí se previera en ningún caso la homologación de los sistemas de carrera de la rama con el ministerio público; motivos por los cuales para esta Sala, no se encuentran vulnerados los artículos indicados por el demandante.

### **5.3. De la reserva estatutaria del artículo 152 de la Constitución Política.**

El demandante afirma que se vulneró el artículo referido por desconocer la cláusula de reserva de ley de carrera de los agentes del Ministerio Público, al establecerse por constitución y ley que los cargos de Procuradores Judiciales I y II son equivalentes a los de Jueces y magistrados; reiterando el tema de las equivalencias entre ellos.

El artículo 152 constitucional dice que las leyes estatutarias regularán entre otros, los derechos y deberes fundamentales de las personas y

procedimientos para su protección.

El Consejo de Estado<sup>2</sup> se ha pronunciado en el siguiente sentido:

*“(…) Lo dispuesto en los literales a) y b) del Artículo 152 superior, se inspira en el propósito del constituyente de amparar la estructura básica y el núcleo esencial de los derechos fundamentales, los procedimientos y recursos para su protección y garantizar su efectividad y toca igualmente con aspectos estructurales de la administración de justicia. Lo anterior explica el por qué la regulación de esos asuntos se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertas exigencias particulares como son su aprobación por mayoría absoluta de los miembros del Congreso, que su trámite se haga en una sola legislatura y que antes de su sanción, sean revisadas por la Corte Constitucional.*

*En palabras de esa colegiatura, esas particularidades de las leyes estatutarias responden a la necesidad de brindar “...una garantía constitucional de eficacia normativa de los derechos fundamentales frente a la competencia del legislador para regularla, que consiste en la mayor rigidez de su reforma y mayor consenso para su reglamentación”, obedece a la necesidad de “...evitar que la limitación del derecho se convierta en su anulación o (...) impedir que se despoje de su necesaria protección.”*

*El “núcleo esencial de los derechos fundamentales”, ha sido definido por la Corte Constitucional como “...el mínimo de contenido que el legislador debe respetar es esa parte del derecho que lo identifica, que permite diferenciarlo de otros y que otorga un necesario grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. En sentido negativo debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental. O, también, puede verse como la parte del derecho fundamental que no admite restricción porque en caso de hacerlo resulta impracticable o se desnaturaliza su ejercicio o su necesaria protección.”*

*(...)*

*El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, consagrado en el Artículo 40 de la Carta, constituye una de las principales expresiones de la democracia participativa. Ese derecho protege al ciudadano frente a decisiones injustificadas y arbitrarias que obstaculizan el ingreso al empleo público y tornan imposible el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para que un ciudadano pueda adquirir o consolidar la condición de servidor público. (...)*

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 30 de julio de 2021. CP. Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15)

Ahora, de acuerdo con el artículo que se cita como vulnerado por el demandante, y, teniendo en cuenta el pronunciamiento que ha hecho el Consejo de Estado, lo que debe entenderse del artículo en mención, en concordancia con la resolución 040 de 2015 es que, ésta no buscaba regular todos los concursos de mérito para la provisión de los empleos de procuradores judiciales que deba convocar la entidad demandada, sino que da apertura y reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad en virtud de lo siguiente:

- El artículo 182 del Decreto ley 262 de 2000 incluyó a los Procuradores Judiciales en la denominación de Libre nombramiento y remoción.

Mediante sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013 se declaró inexecutable el apartado en mención, y afirmó que *“(...) Los procuradores judiciales, en su condición de agentes del Ministerio Público que actúan ante jueces y tribunales cuyos cargos han sido definidos por el legislador en la Ley 270 de 1996- como de carrera, tienen el derecho a ser clasificados igualmente como carrera administrativa, en aplicación del artículo 280 constitucional”*.

- En la sentencia citada, la Corte Constitucional resolvió:

*“Primero. - Declarar la INEXEQUIBILIDAD de la expresión “Procurador Judicial” del numeral 2), del artículo 182, del Decreto Ley 262 de 2000, por la vulneración del artículo 280 de la Constitución Política.*

*Segundo. - ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que, en un término máximo de seis meses, contados a partir de la notificación de este fallo, convoque a un concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial, que deberá culminar a más tardar en un año desde la notificación de esta sentencia.”*

- En cumplimiento de lo anterior, la Procuraduría General de la Nación profirió la resolución 040 de 2015.

Ahora, la resolución 040 de 2015 consideró entre otros:



*“(…) Que el precitado Decreto Ley clasificó los empleos al interior de la Entidad, de acuerdo con la naturaleza de su vinculación en: carrera, libre nombramiento y remoción y de periodo fijo.*

*Que en la categoría de empleos de libre nombramiento y remoción, dispuesta en el artículo 182 del Decreto en mención, estaban incluidos los cargos de procuradores judiciales I (3PJ-EG) Y 11 (3PJ-EC), disposición que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-101 de 2013, en la cual sostuvo: “... los procuradores judiciales, en su condición de agentes del Ministerio Público que actúan ante jueces y tribunales cuyos cargos han sido definidos por el legislador Ley 270 de 1996- como de carrera, tienen el derecho a ser clasificados igualmente como carrera administrativa, en aplicación del artículo 280 constitucional”.*

*Que, como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional ordenó convocar a concurso público de méritos para la provisión en propiedad todos los empleos de procuradores judiciales I (3PJ-EG) Y 11 (3PJ- EC), distribuidos en la planta de personal de la Entidad a nivel nacional. Que para dar cumplimiento a esta orden, se realizaron todas las gestiones administrativas inherentes al Subproceso de Selección de Empleados de Carrera de la Procuraduría General de la Nación, certificado bajo la norma ISO 9001 :2008, tales como la planeación, consecución de los recursos financieros, técnicos y humanos, trámite precontractual orientado a seleccionar al operador que brindará el apoyo técnico, logístico y funcional requerido para el desarrollo del concurso y demás actividades internas para la convocatoria, de lo cual se ha informado periódicamente a la Corte Constitucional.”*

Y resolvió en su artículo primero:

*Artículo primero: Dar apertura al concurso abierto de méritos, para proveer todos los empleos de procuradores judiciales I (3PJ-EG) Y 11 (3PJ-EC) y reglamentar las condiciones generales de la convocatoria y de las etapas del proceso de selección. Los cargos objeto de concurso son 744, de los cuales 317 son procuradores judiciales I (3PJ-EG) Y 427 procuradores judiciales 11 (3PJ-EC), que se encuentran distribuidos en la planta de personal de la Entidad a nivel nacional. Estos empleos se identifican según el código, grado, denominación y área de trabajo a la cual están asignados, y se clasifican por número de convocatoria, así:*

Por lo expuesto, para esta Sala la resolución 040 de 2015 se profirió acatando el mandato Constitucional impartido mediante sentencia judicial, y para ello, aplicando en ella el Decreto 262 de 2000, vigente para el momento de su expedición, definiendo en la resolución 040 las condiciones particulares de esedeterminado concurso de méritos, no regulando todos los concursos de méritos que desarrolle la Procuraduría General de la Nación.

Finalmente, lo que se garantiza es el acceso a los cargos públicos, el acceso en este caso a los cargos de Procuradores Judiciales de la Procuraduría General de la Nación, lo que no implica que, no deban darse directrices precisas en los concursos de méritos, para que los interesados que cumplan los requisitos establecidos en el mismo, puedan concursar, ser calificados conforme a los términos plateados por el concurso que se realice, y sean evaluados de manera objetiva, pudiendo materializarse ese acceso a los cargos públicos, cuando superados todas las etapas del concurso convocado, se haga parte de una lista de elegibles, y, se pueda ser nombrado y posesionado en el cargo al cual se aspiró; sin que ello, vulnere de manera alguna, lo dispuesto en el artículo 152 constitucional.

#### **6. Del artículo 20 del Decreto 263 de 2000 y la resolución 253 de 9 de agosto de 2012.**

Afirma el demandante que no se establecieron las equivalencias propias en la convocatoria adelantada, pues le eran aplicables las contenidas en el artículo en mención.

Sea lo primero, precisar que el artículo 20 del Decreto Ley 263 de 2000 dispuso establecer unas equivalencias para los empleos de la Procuraduría, y dice expresamente que: ***“Equivalencias. Los requisitos de que trata el presente decreto no podrán ser disminuidos. Sin embargo, de acuerdo con la jerarquía, las funciones y las responsabilidades de cada empleo, podrán hacerse las siguientes equivalencias:”***

Ahora bien, en este punto de la discusión no puede la Sala pasar por alto, la manera tan general con la que el demandante atacó los actos demandados; pues en este caso particular de las equivalencias, ni siquiera dice cuál es el artículo preciso, o la parte del concurso de méritos de Procuradores Judiciales I y II donde se descartan las equivalencias mencionadas, lo cual hace difícil el análisis detallado del cargo imputado.

Dicho esto, para la Sala, el hecho de que se excluyan o no las equivalencias dispuestas en el artículo mencionado en el concurso de Procuradores Judiciales I y II, no es sino el resultado de la facultad prevista en el mismo artículo, donde expresamente dice que *“podrán hacerse las siguientes*

*equivalencias*”, sin que constituya una orden, un mandato legal inobjetable, ni uno de obligatorio e inmediato cumplimiento; dejando así, a la facultad del Procurador General de la Nación la posibilidad de incluirlas o no el respectivo concurso de méritos; motivo suficiente para no considerarse vulnerado este artículo con la expedición de la resolución 040 de 2015.

Y, respecto de la vulneración de la resolución 253 de 9 de agosto de 2012, donde el actor dice que, dicho manual adopta directamente la fórmula de establecer equivalencias para ser agente del Ministerio Público, basta con decir que dicha resolución adopta el Manual Específico de Funciones por Competencias Laborales y Requisitos de los empleos de la Planta de Personal de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; y, contiene expresamente que, es proferida en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, especialmente las conferidas en los artículos 7, numeral 41, del Decreto Ley 262 de 2000 y 22 del Decreto Ley 263 del mismo año; es decir que, se remite a la ley 262 de 2000, de la cual se hizo el análisis en renglones precedentes.

De igual manera, la resolución 253 de 9 de agosto de 2012 contiene un total de 25 artículos, y ninguno habla de equivalencias; y si, así lo hiciera, dicha resolución fue expedida en observancia de la ley 262 de 2000, estudiada anteriormente, la cual define la equivalencia como facultativa, como ya se dijo.

## **7. Del artículo 14 del Decreto 2772 de 2005 y artículo 229 del Decreto 19 de 2012.**

Para el actor, los artículos mencionados se vulneraron con la expedición de la resolución 040 de 2015 por cuanto hay una exigencia de un mínimo de experiencia para acceder a la carrera de empleos de agentes del Ministerio Público; y los argumentos que expone son tan generales, que no es claro en decir porque se invoca como vulnerada la norma en mención; y se precisa que, el Decreto 2772 de 10 de agosto de 2005, por el cual se establecían las funciones y requisitos generales para los diferentes empleos públicos de los organismos y entidades del orden nacional, fue derogado por el artículo 37 del Decreto Nacional 1785 de 2014; esto es, previo a la expedición de la resolución 040 de 20 de enero de 2015, la cual se dice vulneró la norma del

decreto derogado; motivo por el cual no procede el estudio del cargo invocado respecto de esa norma.

Ahora, respecto de la vulneración del artículo 229 del decreto 229 de 2012; debe decir esta Sala que, dicho Decreto dicta normas para suprimir, reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública; y, en su artículo 1°, dentro define dentro de su objetivo general *“suprimir o reformar los trámites, procedimientos y regulaciones innecesarios existentes en la Administración Pública, con el fin de facilitar la actividad de las personas naturales y jurídicas ante las autoridades, contribuir a la eficiencia y eficacia de éstas y desarrollar los principios constitucionales que la rigen.”*.

A la vez, su artículo segundo, define el ámbito de aplicación y dice que: *“se aplicará a todos los organismos y entidades de la Administración Pública que ejerzan funciones de carácter administrativo, en los términos del artículo 39 de la Ley 489 de 1998 y a los particulares cuando cumplan funciones administrativas.”*

Y, su artículo 229 dispone:

**“Artículo 229. Experiencia profesional.** Para el ejercicio de las diferentes profesiones acreditadas por el Ministerio de Educación Nacional, la experiencia profesional se computará a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior.

*Se exceptúan de esta condición las profesiones relacionadas con el sistema de seguridad social en salud en las cuales la experiencia profesional se computará a partir de la inscripción o registro profesional.”*

Ahora bien, de la norma en mención se advierte que, ésta se aplica en las entidades de administración pública que ejerce funciones de carácter administrativo, y, lo que busca es facilitar y simplificar los trámites administrativos; ello por economía en las actuaciones administrativas.

Así mismo, la Procuraduría General de la Nación, es una entidad que representa a los ciudadanos ante el Estado, constituyéndose en el máximo organismo del Ministerio Público; y, dentro de sus obligaciones está la función preventiva, la de intervención y la disciplinaria.

Con el argumento expresado por el demandante, no se advierte como, la resolución 040 de 2014 contraría el artículo transcrito, en primer lugar, porque la interpretación que se hace del mismo, no puede ser fuera del contexto del ámbito de aplicación del Decreto 19 de 2012, cuyo espíritu normativo no es otro que, agilizar los trámites administrativos y erradicar los trámites innecesarios, sin que encuentre esta Sala relación alguna con los requisitos del concurso de méritos para Procuradores Judiciales I y II, y menos aún, con la resolución 040 de 2015.

Y, si en gracia de discusión, y en aras de garantizar su aplicación en todos los escenarios públicos, se dijera que el artículo 229 del decreto en mención, se aplica al concurso de méritos que se debate, se tiene que, el numeral 2 del artículo 9 de la resolución 040 de 2015 dispone:

*“Artículo Noveno: Forma de acreditar y presentar documentos de estudios y experiencia profesional para requisitos Mínimos y la prueba de análisis de antecedentes. Los soportes, certificaciones, constancias y/o documentos necesarios para acreditar el cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para el ejercicio de los empleos ofertados y los relativos a títulos de estudios y experiencia profesional adicionales que tengan por objeto la asignación de puntaje en la prueba de análisis de antecedentes se deben adjuntar en el módulo de inscripción, teniendo en cuenta las especificaciones técnicas que se determinen en el instructivo respectivo y las siguientes disposiciones:*

*2. Experiencia profesional: La experiencia profesional para los empleos de procuradores judiciales 1 (3PJ-EG) Y 11 (3PJ-EC) es la adquirida con posterioridad a la obtención del título de abogado en actividades jurídicas ya sea de manera independiente o en cargos públicos o privados o en el ejercicio de la función judicial, de acuerdo con lo previsto en el Manual Específico de Funciones y Requisitos por Competencias Laborales de la Entidad. La experiencia docente es la adquirida en el ejercicio de actividades como profesor o investigador adelantadas en instituciones de educación superior reconocidas oficialmente, en áreas jurídicas afines al cargo que se va a desempeñar y con posterioridad a la obtención del correspondiente título de formación universitaria. las certificaciones de experiencia profesional deben reunir los siguientes requisitos:”* (Subraya la sala).

Del artículo transcrito, se evidencia que, la exigencia en el concurso de méritos de Procuradores en experiencia profesional, era la obtenida con posterioridad a la obtención del título de abogado; y, si bien el artículo 229 del decreto 19 de 2012, dice que, para el ejercicio de las profesiones, esa experiencia se computará a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior, ello no puede estudiarse, de manera aislada y, fuera del

contexto del numeral 1 del artículo 9 de la resolución 040 de 2015, que dispuso:

*“Estudios:*

*El requisito de estudio mínimo exigido para los cargos de procurador judicial I (3PJ-EG) Y 11(3PJ-EC) es el título de abogado expedido o revalidado conforme a la ley. Para la acreditación del mismo, el participante debe allegar copia del diploma o acta de grado, expedidos por institución de educación superior autorizada, o la respectiva tarjeta profesional.”*

Es así, como para la convocatoria de Procuradores Judiciales I y I se tenía como requisito mínimo el título de abogado expedido legalmente, por lo que, allí se consigna que la experiencia profesional se entiende con posterioridad a la obtención del título, y ello resulta coherente y necesario para el cargo al cual se aspira; pues no basta en este caso, que la persona haya terminado y aprobado el pénsum académico como lo refiere el artículo 229 que se reputa como vulnerado, pues debe ser quien se haya graduado de abogado; motivos suficientes para no encontrar vulnerado el artículo en mención.

**8. Del artículo 6 de la Ley 527 de 1999, artículo 84 Constitucional, y, numeral 5 del artículo 9 del CPACA.**

El demandante dice que se vulneraron las normas mencionadas con la resolución 040 de 2015, porque contradice lo estipulado sobre la validez y eficacia de los mensajes de datos y documentos electrónicos de las actuaciones administrativas, por lo que, a su juicio, no existía razón para exigir que se aportaran ejemplares físicos de las publicaciones realizadas, pues las copias de éstos en medios magnéticos deben tener el mismo valor del original.

El artículo 84 constitucional que invoca como vulnerado el demandante dice que, cuando ha sido reglamentado de manera general una actividad o derecho, las autoridades públicas no pueden exigir requisitos adicionales para su ejercicio; y, el artículo 9 del CPACA contempla 16 prohibiciones para las autoridades, dentro de las cuales se encuentra el numeral 5 que dice:

*“5. Exigir documentos no previstos por las normas legales aplicables a los procedimientos de que trate la gestión o crear requisitos o*

*formalidades adicionales de conformidad con el artículo 84 de la Constitución Política.”*

Ahora, el artículo 6 de la ley 527 de 1999, por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones, dispone:

**“Artículo 6o. Escrito.** *Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta.*

*Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.”*

De igual manera, la Ley en mención es aplicable a todo tipo de información en forma de mensajes de datos, a excepción de las obligaciones contraídas por el Estado colombiano en virtud de convenios o tratados internacionales; y, en las advertencias escritas que por disposición legal deban ir necesariamente impresas en cierto tipo de productos en razón al riesgo que implica su comercialización, uso o consumo.

El demandante expone su inconformidad y la vulneración mencionada, con el contenido del inciso 3ro y 6to del artículo 5 de la resolución 040 de 2015, los cuales disponen:

*“Artículo Quinto: Inscripción. La fase de inscripción tiene por objeto el registro del formulario electrónico y de los documentos que acrediten los requisitos mínimos exigidos para el empleo seleccionado, y se realiza únicamente en la sede electrónica institucional, a través del módulo dispuesto para tal fin, el cual asignará un número de inscripción para cada aspirante. Para todos los efectos, se entenderá que no hay inscripción válida si no se tiene el número suministrado por el sistema durante el tiempo previsto para esta fase.*

*(...)*

*No se permiten inscripciones múltiples. El sistema confrontará automáticamente los datos registrados por los participantes y en caso de existir múltiples inscripciones todas serán anuladas mediante acto administrativo.*

*(...)*

*Los documentos que los participantes adjunten a través de la sede*

*electrónica institucional, módulo de inscripciones, son los únicos que se tienen en cuenta en la revisión de los requisitos mínimos y en la prueba de análisis de antecedentes, salvo lo indicado en este artículo para los libros y los funcionarios de la Entidad. (...)”*

Al respecto, es necesario precisar que, como se dijo inicialmente, en este caso el demandante no precisó ninguna situación de carácter personal, que dé cuenta de la vulneración de sus derechos particulares con la expedición de la resolución 040 de 2015, y la situación que expone en este caso, y en los demás, son generales de vulneración del ordenamiento superior; es decir que, acá no dice que hubiera entregado información de manera física para los fines del concurso de méritos, y que, la Procuraduría General de la Nación, en virtud de la resolución el comentario se los hubiera rechazado.

No obstante, lo anterior, el Consejo de Estado<sup>3</sup> en el estudio que hizo de la resolución cuestionada por el demandante, respecto de la vulneración del artículo 6 de la ley 527 de 1999, en la sentencia citada en varias oportunidades, consideró:

*“(...) Si bien es un hecho notorio que la gran mayoría de publicaciones se encuentran impresas en papel, no puede pasarse por alto que en los últimos lustros la producción y comercialización de publicaciones digitales han venido en aumento. Además de ello, las reglas de la experiencia enseñan que las obras intelectuales valen por sí mismas, independientemente del formato o la presentación que tengan. Adicionalmente, si de lo que trata es de poder medir la idoneidad y la suficiencia profesional de una persona a través de sus obras, ninguna relevancia tiene el hecho de que se encuentren impresas en papel o grabadas en un medio digital.*

*180 En tales circunstancias, el hecho de que se haya dispuesto la exclusión de las obras que sean aportadas en medios digitales, resulta lesivo del derecho de participar en los concursos que tienen por objeto la provisión de los empleos a partir del mérito, desconoce la validez de los documentos digitales, y en suma, es una medida contraria al ordenamiento jurídico.*

*181 Para la época en que fue expedido el acto demandado, ya se encontraba vigente la Ley 527 de 1999 en cuyas normas, siguiendo una tendencia universal, se reconocen plenos efectos a los documentos digitales y por ello se consagraron los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, según los cuales, los mensajes de datos tienen la misma eficacia y valor jurídico que los documentos físicos. En la misma vía, el Código General del Proceso ratificó que los mensajes de datos se encuentran dentro de la categoría de documentos (art. 243) y por ellos tienen plena validez probatoria (arts. 165, 244, 247).*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 30 de julio de 2021. CP. Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Rad. 11001-03-25-000-2015-00366-00(0740-15)



182 Es importante poner de relieve que la potestad reglamentaria asignada al Procurador General de la Nación en los Artículos 275 Superior y 7º (numeral 45) del Decreto Legislativo 262 de 2000, debía desarrollarse en los precisos términos y límites dispuestos por el legislador, sin soslayar de manera alguna la aptitud probatoria de los documentos digitales.

183 Si la Procuraduría General de la Nación quería facilitar a los aspirantes la acreditación de las publicaciones, tal como lo argumentan su apoderado judicial y la agente del Ministerio Público, ese propósito en realidad no se consigue con la restricción que aquí se censura, pues ésta resulta excluyente de otros medios alternativos y restringe el derecho de acceso a los cargos públicos. En definitiva, la citada exigencia no es proporcional en sentido estricto, pues lejos de buscar la plena realización de ese derecho y la optimización del principio del mérito, establece una limitación arbitraria e injustificada. Si lo que se busca con la aportación de las publicaciones es la demostración de la suficiencia académica de los aspirantes, el hecho de descartar los trabajos intelectuales por venir presentados en un medio digital, es una medida que no supera los test de proporcionalidad y razonabilidad. En esa misma línea, no puede perderse de vista que muchas obras intelectuales se elaboran desde sus orígenes en medios digitales, sin llegar tener versiones impresas.

184 **La disposición demandada tiene importantes repercusiones respecto de quienes superaron la prueba de conocimientos, pues les impide acreditar la experiencia adicional relacionada, justo en una etapa del concurso en donde obtener o no puntos adicionales resulta crucial y definitivo.** En este orden de ideas, la entidad demandada ha debido dejar abierta la opción de presentar las obras en medio físico o digital, para hacerlas valer en la prueba de análisis de antecedentes, lo cual estaría acorde con el marco normativo previamente esbozado y con el mandato de realización del derecho de acceso a los cargos públicos y el principio del mérito.

185 Siendo así, la Sala concluye que le asiste razón a los demandantes y, por tal motivo se procederá a declarar la legalidad condicionada de los aportes relacionados con la valoración de los libros aportados en original y físico, contenidos en los Artículos arts.5º (inciso 3º), 9º(numeral 2.9) y 17 (parágrafo 1º) de la Resolución 040 de 2015, bajo el entendido que los libros que dan lugar a puntaje en la prueba de análisis de antecedentes pueden presentarse en original y físico o en forma digital por quienes superen la prueba de conocimientos, siempre y cuando los derechos de autor de las publicaciones elaboradas y/o presentadas en físico o en medios digitales se encuentren debidamente registrados y cuenten con el respectivo ISBN (International Standard Book Number), tal como se exige en el numeral 2º del art. 17 del acto demandado. (...)" (Subrayas y negrillas de la Sala)

Acoge esta Sala el precedente vertical del Consejo de Estado, considerando que, efectivamente, los participantes en la prueba de conocimientos tenían la posibilidad de aportar en medio digital sus publicaciones realizadas; pues con ello satisface el requisito que era, acreditar la suficiencia académica y los requisitos exigidos; y, la misma ley ha conferido a los documentos aportados

en mensajes de datos, iguales efectos que los físicos.

Ahora, el Consejo de Estado lo que hizo fue, declarar la legalidad condicionada de los apartes relacionados con la valoración de los libros aportados en original y físico, contenidos en los Artículos arts.5º (inciso 3º), 9º(numeral 2.9) y 17 (parágrafo 1º) de la Resolución 040 de 2015; y dejó claro que, se debe entender que, los libros que dan lugar a puntaje en la prueba de análisis de antecedentes pueden presentarse en original y físico o en forma digital por quienes superen la prueba de conocimientos, siempre, con los requisitos de derechos de autor y registros que allí establece.

Es decir que, el Consejo de Estado no declaró ilegal el acto demandado, solo condicionó esa legalidad en la interpretación que menciona; y, en el numeral 4 de los efectos de las declaratorias de legalidad condicionada de la sentencia dispuso:

**“(…) 4.- EFECTOS DE LAS DECLARATORIAS DE LEGALIDAD  
CONDICIONADA**

<sup>196</sup> *la decisión de la Sala de declarar la legalidad condicionada de los Artículos 5º inciso 3º; 9º numeral 2.9 y 17 parágrafo 1º y del Artículo 17, numeral 1ª. Inciso 3ª de la Resolución 040 de 2015, tal como se expresó en los numerales 3.9 y 3.11 de esta providencia, solamente producirá efectos ex nunc, esto es, hacia futuro, teniendo en cuenta las posibles consecuencias jurídicas que pudieron derivarse de tales disposiciones mientras se mantuvo vigente la presunción de su legalidad.*

(…)

<sup>199</sup> *respecto de aquellos asuntos que se estén ventilando en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que se encuentren en trámite y que tengan que ver con los problemas jurídicos mencionados en los numerales 3.9 y 3.11 de esta providencia, el efecto será retrospectivo, siempre y cuando las decisiones que se adopten no afecten derechos y situaciones particulares ya consolidados.”*

De acuerdo con lo expuesto, esta Sala entiende que, el hecho de que el Consejo de Estado hubiese declarado la legalidad condicionada en mención, no implica que la resolución 040 de 2015 deba ser declarada nula; y tampoco, debe ser inaplicada por ilegal; ello por cuanto el actor jamás hizo alusión a una situación particular que diera lugar en su caso a inaplicar ese artículo, por ser interpretado de manera estricta, tampoco se tiene conocimiento si el demandante se presentó o no al concurso de méritos, si pasó o no, y en caso

de haber pasado, si se dio alguna situación relacionada con publicaciones que eventualmente hubiera hecho, y que, no se las hubieran tenido en cuenta por haberlas llevado en medio físico.

Por lo expuesto, esta Sala no encuentra motivos para inaplicar la resolución 040 de 2015 por las razones expuestas, y basta la declaratoria de legalidad condicionada realizada por el Consejo de Estado en este caso.

#### **9. De la notificación personal del Decreto 3570 de 8 de agosto de 2016.**

Reprocha el demandante que, el Decreto en mención, vulneró los artículos 66 al 69 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo porque no fue notificado personalmente del mismo, y que, solo comunicó mediante correo electrónico que se había proferido éste, en virtud del cual era separado del empleo público.

Sea lo primero indicar que los artículos mencionados se refieren al deber de notificación personal de los actos administrativos de carácter particular y concreto, las citaciones a notificación personal y la notificación por aviso.

Dentro de las pruebas documentales que reposan en el expediente se encuentran las siguientes:

- Oficio SG 4245 de 12 de agosto de 2016, mediante el cual el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, informa al señor Omar Orozco Cárdenas, sobre la terminación de su vinculación en provisionalidad, en virtud del decreto 3570 de agosto 8 de 2016, que dice que en aplicación de la lista de elegibles contenida en la resolución 338 de 8 de julio de 2016, se nombró a la señora Catalina Gómez Duque en el cargo de Procurador Judicial I, Código 3PJ, Grado EG, en el cual se encontraba el demandante en provisionalidad; por lo que, a partir de la posesión de la citada señora, culmina con la vinculación del señor Omar Orozco Cárdenas.(Fl. 48 C. 1).
- Decreto 3570 de 8 de agosto de 2016 (Fls. 49 y 50 C. 1) mediante el cual se resuelve:

*“ARTÍCULO PRIMERO: Nombrase en periodo de prueba, por un término de cuatro (4) meses, a CATALINA GOMEZ DUQUE, identificado (a) con la cédula de ciudadanía número 30.231.774, en el cargo de Procurador Judicial Código 3PJ, Grado EG, en la Procuraduría 181 Judicial Administrativa, con sede en la ciudad de Manizales.*

*Dicho término se contará a partir de la fecha de posesión en el cargo.*

*En consecuencia, a partir de la posesión del (la) doctor (a) CATALINA GOMEZ DUQUE en el cargo señalado, culminará la vinculación laboral, en provisionalidad, del (la) doctor (a) OMAR OROZCO CARDENAS, quien se desempeña en este empleo.*

*ARTICULO SEGUNDO: Culminado el periodo de prueba se evaluará el desempeño laboral del servidor nombrado, en cumplimiento del artículo 218 del Decreto 262 de 2000.”*

- Oficio 007058 de 28 de noviembre de 2016, respondiendo a un derecho de petición de documentos, donde se remite copia auténtica del Decreto 3570 de 8 de agosto de 2012, copia del oficio SG 4245 de 12 de agosto de 2012; y refiere que el decreto solicitado, le fue comunicado el 26 de agosto de 2016. (Fl. 47 C. 1).

Ahora, el artículo 67 del CPACA dispone:

**“Artículo 67. notificación personal. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.**

**En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.**

**El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.**

*La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:*

1. *Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.*

*La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.*

*2. En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos”.*  
(Subraya la Sala)

De las pruebas revisadas, efectivamente no se encuentra constancia de notificación personal del Decreto 3570 de 8 de agosto de 2012; no obstante, y, sin negar el desconocimiento del contenido del artículo 67 del CPACA, norma que exige la notificación personal de los actos administrativos de carácter particular y concreto; lo que resulta necesario esclarecer, es si la vulneración de ese artículo 67 del CPACA lleva implícita la nulidad del acto, o la afectación a su eficacia; o cuáles son las implicaciones del desconocimiento de la notificación personal del acto demandado.

Así pues, el artículo 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula el tema de la notificación personal de las actuaciones administrativas, y en la misma disposición dice expresamente que el incumplimiento de cualquiera de los requisitos allí dispuestos invalidará la notificación; por lo que, para esta Sala, una cosa es la legalidad del acto y, otra cosa es la eficacia del mismo; de manera que, la indebida notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto, invalidan la notificación realizada, lo cual afecta la validez de los mismos, pero no necesariamente su legalidad.

Por su parte, también se encontró demostrado que, el acto demandado fue conocido plenamente por el demandante, y no sólo porque contra el mismo interpuso demanda dentro del medio de control y restablecimiento del derecho; sino porque el mismo oficio 007058 de 28 de noviembre de 2016, remite copia auténtica del demandado Decreto 3570 de 8 de agosto de 2012; motivos por los cuales para esta Sala no hay causal de nulidad de éste.

Finalmente, no puede esta Sala quedarse sin dejar presente que, en este caso, el demandante solicita inaplicación de la resolución 040 de 2015, de la resolución 338 (sin fecha) que publicó la lista de elegibles, y la nulidad del Decreto 3570 de 8 de agosto de 2016; y la única causal de nulidad directa que invoca, es la indebida notificación de éste Decreto; pero respecto de la Resolución 040 de 2015 y de la resolución sin fecha 338 no hace ninguna

afirmación de vulneración particular con dichos actos; es decir, en ninguno de los argumentos para solicitar la inaplicación por ilegal hace referencia a la vulneración de sus derechos particulares, no se sabe siquiera si el demandante se presentó o no para el concurso de Procuradores Judiciales I y II de la demandada; si pasó o no, y, en caso de no haberlo hecho, cuáles fueron los motivos de no haberlo hecho; y, si alguna de las ilegalidades que discute, fueron el motivo de la afectación de sus derechos como concursante; y, en todos los cargos hace alusión a que, si el concurso convocado y todos los actos administrativos proferidos en éste, se encuentran viciados de nulidad por no cumplir con los requisitos del ordenamiento jurídico; en ese mismo orden, el Decreto 3570 de 8 de agosto de 2016, al adoptar la decisión de desvinculación del demandante, con sustento en el resultado del concurso, se encuentra viciado y debe ser anulado.

Frente a la mencionada manifestación del actor, debe decirse que, la eventual ilegalidad de un acto administrativo, no convierte per se, en nulos, los actos administrativos que de éste puedan derivarse; y solo, en algunos casos particulares, lo que podría ocurrir es el decaimiento de los actos posteriores, al desaparecer los argumentos jurídicos en los cuales se fundaban; y, en este caso, la Resolución No. 040 de 2015 conserva su presunción de legalidad, y lo único, es que, algunos de sus artículos, fueron declarados legalmente condicionados en el control constitucional que hizo el Consejo de Estado, en el medio de control de simple nulidad dentro del proceso con radicado número 1101032500020150036600, correspondiente a la Sección Segunda.

Finalmente, también es necesario dejar presente que, el demandante, señor Omar Orozco Cárdenas no ostentaba un derecho de carrera administrativa, pues con la decisión de la Corte Constitucional en sentencia C 101 de 2013, el cargo cambió de naturaleza, pasando de libre nombramiento y remoción, a uno de carrera administrativa, por lo que, el demandante pasó a tener una situación de provisionalidad, que terminó cuando otra persona superó con éxito el concurso de méritos convocado y fue nombrada debidamente; y más aún, antes del cambio en la denominación del empleo, el demandante, también tenía una vinculación que no le otorgaba fuero de estabilidad en dicho cargo.

Por todo lo expuesto, para esta Sala no resulta procedente acceder a la

pretensión de inaplicar por ilegales la Resolución N° 040 del 20 de enero de 2015, por medio de la cual la Procuraduría General de la Nación convocó al concurso de méritos para proveer en propiedad los cargos de Procuradores Judiciales I y II y la Resolución N° 338; ni hay lugar a declarar la nulidad del Decreto 3570 proferido el 8 de agosto de 2016; y menos aún, el restablecimiento de derecho alguno, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

También es necesario dejar presente que, en asunto de identidad fáctica y jurídica, ya se pronunció, en igual sentido, esta misma Sala de Decisión de este Tribunal<sup>4</sup> en sentencia número 25 del 17 de febrero de 2023.

## **10. Costas**

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado<sup>5</sup> ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Una vez revisado el expediente, se advierte que la parte demandada intervino a través de apoderado judicial únicamente en la presentación de alegatos de conclusión; de manera que, al no encontrarse demostradas mayores intervenciones para la defensa de la entidad demandada, tal como la contestación de la demanda, no habrá lugar a condena en costas en este caso.

## **11. De la renuncia de poderes**

Debe finalmente pronunciarse la Sala sobre la renuncia de poderes que reposan en los documentos 09 y 10 del expediente digital, presentadas por la abogada Lina María Hoyos Botero identificada con cédula de ciudadanía número 24.348.441 y portadora de la tarjeta profesional número 139.999 del CS de la J, quien obraba como apoderada sustituta del abogado Gustavo Quintero Navas, identificado con cédula de ciudadanía número 79.288.589 y portador de la tarjeta profesional número 42.992 del CS de la J, quien también aporta memorial de renuncia de poder, con el paz y salvo correspondiente,

---

<sup>4</sup> Tribunal Administrativo de Caldas. Sala Segunda de Decisión. Sentencia de 17 de febrero de 2023. MP. Dr. Fernando Alberto Álvarez Beltrán. Rad. 17 001 23 33 000 2017 000730 00.

motivos por los cuales hay lugar al aceptar ambas renunciaciones, como se dirá en la parte resolutoria de esta sentencia, dejando presente que los citados abogados eran los apoderados de la parte demandante.

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: Negar las pretensiones** del demandante dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor Omar Orozco Cárdenas contra la Procuraduría General de la Nación.

**Segundo: Negar la inaplicabilidad por ilegal** de las resoluciones números 040 de 20 de enero de 2015, y 388 (sin fecha), mediante las cuales la Procuraduría General de la Nación convocó al concurso de méritos para proveer en propiedad los cargos de Procuradores Judiciales I y II; y publicó la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial respectivamente

**Tercero: Sin condena en costas.**

**Cuarto: Aceptar las renunciaciones de poderes** presentadas por la abogada Lina María Hoyos Botero identificada con cédula de ciudadanía número 24.348.441 y portadora de la tarjeta profesional número 139.999 del CS de la J y del abogado Gustavo Quintero Navas, identificado con cédula de ciudadanía número 79.288.589 y portador de la tarjeta profesional número 42.992 del CS de la J.

**Quinto:** Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

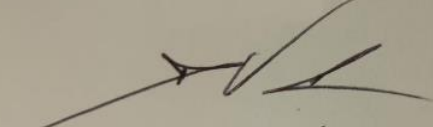
**Notifíquese y cúmplase**



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



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

A. de Sustanciación: 067-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Nulidad y Restablecimiento  
No. Radicación: 17-001-33-33-008-2017-00321-02  
Demandante: Germania Gutiérrez Muñoz  
Demandado: UGPP

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 19 de diciembre de 2022. La anterior providencia fue notificada el día 18 de septiembre de 2020.

La **parte demandada** presentó recurso de apelación el 16 de enero de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

**Notifíquese**

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and strokes, positioned above the name of the official.

**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Sentencia No. 094

Manizales, cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

**Radicado:** 17-001-33-33-008-2018-00115-02  
**Naturaleza:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Demandante:** Diana María García Valdés  
**Demandado:** Municipio de Palestina

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

**I. Antecedentes**

**1. La demanda**

**1.1. Pretensiones**

Se solicitó se declare la nulidad del oficio S.G.S. 971 del 23 de octubre de 2017, expedido por el municipio de Palestina, por medio del cual negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral; que en consecuencia se determiné que existió una relación laboral entre la demandante y dicho ente territorial del 6 de febrero de 2012 al 30 de diciembre de 2015 y que sean reconocidas las prestaciones sociales y demás acreencias laborales.

**1.2. Hechos**

Señaló en síntesis que, la demandante fue vinculada al municipio de Palestina mediante contrato de prestación de servicios personales u órdenes de trabajo; cumpliendo funciones como auxiliar de servicio generales en la alcaldía y la casa de la cultura del municipio. Que dichas labores eran prestadas de forma personal, cumpliendo un horario de trabajo y recibiendo como contraprestación un salario mensual.

Que el 12 de octubre del 2017 solicitó ante el municipio de Palestina, que se declarara la existencia de una relación laboral, petición que fue negada a través del acto demandado.

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

Se señalan como vulnerados los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 93, 94, 122, 123, 124, 125, 150-3, 189, 209 y 229 de la Constitución, Ley 21 de 1982, Ley 20 de 1990, Ley 100 de 1993 Código Sustantivo del Trabajo artículo 127, Ley 1496 de 2011, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y Decreto 1496 de 2011.

Sostuvo que, se encuentran reunidos los elementos del contrato de trabajo toda vez que, la desempeñó de forma personal las labores y recibió por ello una remuneración; así mismo estaba sometida a la alcaldía de Palestina, lo cual se demuestra teniendo en cuenta que se encontraba bajo órdenes y horarios establecidos por dicho ente, sin que se presentara algún tipo de autonomía e independencia en la realización de las labores.

## 2. Contestación de la demanda

El **municipio de Palestina** se opuso a las pretensiones de la demandante. Adujo que no existió una relación laboral y que la demandante siempre se consideró como contratista de prestación de servicios.

Propuso las excepciones: -. ***Inexistencia del cargo dentro de la planta del empleados:*** Señaló que corresponde a los consejo municipales determinar la estructura de la administración. Por lo anterior, sostuvo que no puede considerarse como empleada pública a la demandante por cuanto no cumplía con los requisitos específicos para tal calidad; -. ***Inexistencia de la relación laboral:*** Adujo que la demandante contaba con discrecionalidad para el cumplimiento de las metas propuestas en el contrato y -. ***Genérica.***

## 3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción de “*inexistencia de contrato realidad*” y **negó las pretensiones** de la demandante; para ello, luego de analizar las pruebas y el desarrollo legal y jurisprudencial sobre el contrato realidad concluyó que, no se aportaron pruebas que corroboren otros elementos diferentes a la prestación personal del servicio y la remuneración.

Que la parte actora no aportó prueba que diera cuenta de las directrices que debía cumplir dentro de la entidad, o llamados de atención o cumplimiento de horario, ni logró desvirtuar que su relación con la entidad estuviera regida por la facultad de supervisión que la contratante tiene sobre el contratista y que es característica de un contrato de prestación de servicios.

## 4. Recurso de apelación

La **demandante** solicitó revocar el fallo y acceder a sus pretensiones. Para ello señaló que, se acreditó que la relación existente entre ella y el municipio de Palestina, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades fue una verdadera relación laboral.

Señaló que las funciones que debía ejecutar, facilitaban la operatividad de toda la organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual, como lo son los servicios de aseo y cafetería; que por lo tanto puede inferirse que las funciones desempeñadas, son inherentes al giro ordinario de la demandada.

Por otra parte, destacó que de los contratos suscritos con el municipio, establecían que la demandante debía responder por los elementos a su cargo e informar sobre cualquier anormalidad o deterioro que ellos presenten y solicitar su reposición o reparación, además de solicitar a tiempo los elementos que fueran necesarios para cumplir eficazmente con sus labores, de lo que puede deducirse que la alcaldía de Palestina era la que proveía a la accionante las herramientas y elementos con los cuales debía adelantar sus labores.

## **II. Consideraciones**

### **1. Problema jurídico**

Vista la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación interpuesto, se considera necesario establecer: *¿Fue demostrada la subordinación en la relación que sostuvo Diana María García Valdés con el municipio de Palestina?*

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

### **2. Marco normativo y jurisprudencial<sup>1</sup>**

#### **2.1 La primacía de la realidad sobre las formalidades**

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo”*.

La anterior premisa fue desarrollada en los artículos 13 y 25 ibidem, según los cuales: i) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y *“recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*; y, ii) se garantiza el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.

---

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

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

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

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

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

## 2.2 Elementos propios de la relación laboral

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

Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021<sup>4</sup> retomando los desarrollos jurisprudenciales previos sobre estos elementos, los condesó bajo los siguientes parámetros:

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio señaló que, el mismo puede ser identificado, en tanto *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este<sup>5</sup>; pues, gracias a sus capacidades o*

<sup>2</sup> Aprobada en 1919

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

<sup>4</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

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

*cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas”.*<sup>6</sup>

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

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

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

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

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

---

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

*esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo”.*

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

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

**3. Hechos acreditados relevantes para la resolución del asunto**

- La relación jurídica que sostuvo la señora Diana María García Valdés con el municipio de Palestina, se acreditó con los siguientes contratos:

| N. contrato               | Duración          | Periodo                                             | Objeto                                                                                                                                                |
|---------------------------|-------------------|-----------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 012 de 2012 <sup>7</sup>  | 3 meses, 24 días  | Del 6 de febrero de 2012 al 30 de mayo de 2012      | <i>Prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad como auxiliar de servicios generales en la alcaldía de Palestina Caldas</i>            |
| 187 de 2012 <sup>8</sup>  | 4 meses, 3 días   | Del 28 de agosto de 2012 al 31 de diciembre de 2012 | <i>Prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad como auxiliar de servicios generales en la alcaldía de Palestina Caldas</i>            |
| 015 de 2013 <sup>9</sup>  | 6 meses, 1 día    | Del 14 de enero al 15 de julio de 2013              | <i>Prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad como auxiliar de servicios generales en la casa de la cultura de Palestina Caldas.</i> |
| 204 de 2013 <sup>10</sup> | 2 meses, 15 días  | Del 16 de octubre al 31 de diciembre de 2013        | <i>Prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad como auxiliar de servicios generales en la casa de la cultura de Palestina Caldas.</i> |
| 03 de 2014 <sup>11</sup>  | 11 meses, 21 días | Del 3 de enero al 24 de diciembre de 2014           | <i>Prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad como auxiliar de servicios generales en la casa de la cultura de Palestina Caldas.</i> |

<sup>7</sup> Pág. 59-62 AD “01FoliosA”

<sup>8</sup> Pág. 63-66 idem.

<sup>9</sup> Pág. 67-70 idem.

<sup>10</sup> Pág. 71 -74 Idem.

<sup>11</sup> Pág. 75-79 idem.



|                           |                      |                                                  |                                                                                                                                                       |
|---------------------------|----------------------|--------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 016 de 2015 <sup>12</sup> | 11 meses,<br>17 días | Del 13 de enero al<br>30 de diciembre de<br>2015 | <i>Prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad como auxiliar de servicios generales en la casa de la cultura de Palestina Caldas.</i> |
|---------------------------|----------------------|--------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

- Las actividades específicas de los contratos 012 y 187 de 2012 consistían en: -1) *Realizar el aseo de los pisos, muros, sanitarios, lavamanos, puertas y ventanas de las diferentes dependencias.* 2) *Responder por los elementos a su cargo e informar sobre cualquier anormalidad o deterioro que ellos presenten y solicitar su reposición o reparación si es del caso.* 3) *Mantener limpios los muebles, enseres, ventanas, cortinas, y todo elemento accesorio de las áreas de oficina de la entidad.* 4) *Solicitar a tiempo los elementos que se necesiten para cumplir eficazmente con sus labores.* 5) *Preparar alimentos y/o servicios de cafetería a los funcionarios y atender las reuniones que se lleven a cabo en el Despacho del Alcalde y las diferentes secretarías.* 6) *Informar al interventor, las novedades presentadas en el desarrollo de sus funciones,* 7) *Realizar las demás funciones que le sean asignadas por el interventor y que correspondan a la naturaleza del servicio contratado.* 8) *Presentar mensualmente un informe de las actividades realizadas según las obligaciones del presente contrato, aportando los recibos de pago al Sistema de Seguridad Social Integral.*
- Las actividades específicas de los contratos 015 y 2014 de 2013, 03 de 2014 y 016 de 2015 consistían en: -1) *Realizar el aseo de los pisos, muros, sanitarios, lavamanos, puertas y ventanas de la casa de, la cultura del municipio de Palestina.* 2) *Responder por los elementos a su cargo e informar sobre cualquier anormalidad o deterioro que ellos presenten y solicitar su reposición o reparación si es del caso.* 3) *Mantener limpios los muebles, enseres, ventanas, cortinas, y todo elemento accesorio de las áreas de oficina de la casa de la cultura del municipio de Palestina Caldas.* 4) *Solicitar a tiempo los elementos que se necesiten para cumplir eficazmente con sus labores.* 5) *Preparar alimentos y/o servicios de cafetería a los funcionarios y atender las reuniones que se lleven a cabo al interior de la casa de la cultura del Municipio de Palestina Caldas.* 6) *Informar al interventor, las novedades presentadas en el desarrollo de sus funciones.* 7) *Realizar las demás funciones que le sean asignadas por el interventor y que correspondan a la naturaleza del servicio contratado.* 8) *Presentar mensualmente un informe de las actividades realizadas según las obligaciones del presente contrato, aportando los recibos de pago al Sistema de Seguridad Social Integral.*
- La señora Diana María García Valdés, el 12 de octubre de 2017 solicitó a la Alcaldía de Palestina (Caldas), el reconocimiento de la existencia de una relación laboral con dicho ente territorial, desde el 6 febrero de 2012 hasta el 30 de diciembre de 2015.<sup>13</sup>
- El municipio de Palestina, por medio de oficio SGS 971 del 23 de octubre de 2017<sup>14</sup>, respondió de forma negativa a la petición.
- Se recibieron los testimonios de María Eugenia Gutiérrez Montoya, Diana Lucía Aguirre García, María Aracelly González y Felipe Andrés Rengifo Henao, quienes

<sup>12</sup> Pág. 80-84 idem.  
<sup>13</sup> Pág. 41-52 AD “01FoliosA”  
<sup>14</sup> Pág. 54-57 Ibidem

manifestaron conocer a la señora Diana María García Valdés, que además les consta que prestó sus servicios de aseo general en la casa de la cultura y la alcaldía ambas del municipio de Palestina, durante el periodo comprendido entre el año 2012 y 2016.

#### 4. Análisis del caso concreto

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

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

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

Respecto a la necesidad de cumplir con las funciones contratadas en el sitio dispuesto por la entidad accionada, uno de los aspectos comunes a los contratos celebrados entre el municipio de Palestina y la demandante es que se pactó la prestación de servicios de apoyo a la gestión de la entidad como auxiliar de servicios generales, con la diferencia que en algunos contratos era en la alcaldía y en los otros en la Casa de la Cultura de ese municipio.

De lo anterior, surge como indicio relevante para la identificación de una relación de verdadera naturaleza laboral que, las referidas funciones u objetos contractuales imponen necesariamente que las labores sean ejercidas en la instalaciones asignadas por la administración municipal para: “...Realizar el aseo de los pisos, muros, sanitarios, lavamanos, puertas y ventanas de las diferentes dependencias”<sup>15</sup> o “...Realizar el aseo de los pisos, muros, sanitarios, lavamanos, puertas y ventanas de la casa de, la cultura del municipio de Palestina”<sup>16</sup>. Siendo claro que, el desarrollo de tales tareas en otros espacios o lapsos no hubiese sido posible, aseveración que parte de simples reglas de experiencia y de la inexistencia de planteamiento alguno por la entidad accionada que permita arribar a otra conclusión.

En cuanto a la asignación de un horario de trabajo, el fallo de primera instancia señaló que *“no existe prueba en el plenario que dé cuenta la exigencia propia del cumplimiento del horario que*

---

<sup>15</sup> contratos 012 y 187 de 2012

<sup>16</sup> contratos 015 y 2014 de 2013, 03 de 2014 y 016 de 2015

*cumplía la demandante*”; frente a lo anterior la parte actora, sostuvo en su recurso de apelación que, tenía un horario que era inmodificable.

Al respecto encuentra el Despacho que en efecto, tal y como se indicó en el fallo de primera instancia, no existe prueba sobre la imposición de un horario de trabajo que debiera cumplir la demandante y si bien se recibieron unos testimonios en primera instancia, ellos no resultan claros sobre este aspecto.

Así, la testigo Diana Lucía Aguirre García declaró que no le constaba si la demandante debía cumplir un horario en la Casa de la Cultura, y que cuando laboró en la Alcaldía cumplía horario como los demás empleados; que ello le constaba, en razón a que laboró en la Alcaldía y fueron compañeras y amigas, sin aportar más información relevante.

Por su parte, la testigo María Aracelly González declaró que le constaba que la demandante cumplió horario de trabajo de 8 am a 12 m y de 2 pm a 6 pm de lunes a viernes y de 8 am a 12 m los días sábados; que lo anterior le constaba porque fueron compañeras de trabajo en la alcaldía durante los años 2015 y 2016

La testigo María Eugenia Montoya declaró que la demandante debía cumplir un horario de trabajo de 8 am a 12 m y de 2 pm a 6 pm de lunes a viernes y sábados de 8 am a 12 m; no obstante, al ser interrogada sobre las razones de por qué le constaba ese horario, señaló que eso se lo contaba la demandante y que esos horarios aparecen en los contratos.

Finalmente, el testigo Felipe Andrés Rengifo Henao señaló que no le constaba si a la señora García le había sido impuesto un horario de trabajo.

Corolario, si bien de la naturaleza de las funciones permiten inferir el cumplimiento de un horario y así lo afirmaron algunos testigos, ello no resulta suficiente para aseverar que a la demandante le había sido impuesto un horario de trabajo; pues algunos testigos señalaron que les consta el horario de trabajo cuando coincidieron laboralmente con la demandante en la Alcaldía en 2015 y 2016, como lo señalaron Diana Lucía Aguirre García y María Aracelly González, empero, al revisar el lugar de prestación de los servicios durante esos años, se observa que el Contrato 016 de 2015<sup>17</sup> (último contrato) tuvo como lugar de prestación de servicios la Casa de la Cultura, lugar diferente al señalado por los testigos, siendo claro además que la señora García no laboró durante 2016.

Adicionalmente, cabe destacar lo señalado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación mencionada en líneas precedentes, en cuanto refirió: “...el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada.”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Pág. 80-84 idem

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)

De manera que en el presente asunto, no puede tenerse por configurado el indicio de subordinación por la existencia de un horario de trabajo, toda vez que no fueron aportados suficientes medios de prueba que así lo permitieran.

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

Al respecto el Consejo de Estado<sup>19</sup> ha precisado que, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia del elemento de la subordinación, en la medida en que se demuestre que, la contratante ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que se llevó a cabo el cumplimiento del objeto contractual.

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

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

*Diferente es la subordinación, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador y, en tal sentido, este cuenta en todo momento con la posibilidad de disponer del servicio de aquel, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecerle. En efecto, el empleador impone las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos, para que el trabajador desarrolle sus labores, sin que le asista ningún tipo de independencia.”*<sup>20</sup>

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

Para el efecto, la testigo María Eugenia Gutiérrez Montoya sostuvo que laboró con la señora García en la Casa de la Cultura en 2012, que debía rendir informes al Secretario de Gestión

<sup>19</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021.

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de 18 de marzo de 2021. Rad.: 23001-23-33-000-2016-00147-01(2420-19)

Social, ello para poder recibir el sueldo mensual, empleado a quien además debía solicitar los permisos en caso de requerirlos; no obstante, al ser interrogada de las razones de por qué le constaba lo declarado, manifestó que la demandante se lo había mencionado, es decir no le constaba porque así lo hubiese presenciado.

Por su parte, la testigo Diana Lucía Aguirre García señaló que conoce a la demandante por que son amigas y porque fueron compañeras de trabajo en 2015 en la alcaldía; que le consta que la señora García recibía durante 2015 órdenes del Secretario de Gobierno (no indicó su nombre), a quien además debía solicitar permiso para ausentarse de su lugar de trabajo; pero que esa situación le constaba, porque así se lo comentaba en ese entonces la señora García, además que indicó que no le constaba si había recibido o no llamados de atención.

La testigo María Aracelly González manifestó que laboró junto con la demandante durante 2015 y 2016 realizando labores de aseo en la alcaldía; que su jefe directo<sup>21</sup> fue el señor Jaime Iván Ríos, Secretario de Gobierno por aquella época, a quien la testigo le solicitaba permisos en caso de requerir ausentarse; no obstante, manifestó que no le consta si la señora García solicitaba permisos y tampoco sabía a quién lo hacía. Que le consta que la demandante laboró en la Casa de la Cultura de 2012 a 2015, indicando que esa situación la conocía, por cuanto, para esa época la testigo la visitaba en la Casa de la Cultura en razón a su amistad y allí conversaban, pero que no le constaba si recibía órdenes en ese lugar.

Finalmente, el testigo Felipe Andrés Rengifo, declaró que en la actualidad labora como Secretario de Gestión Social del municipio de Palestina y que en todo caso, llevaba laborando desde hacía más de 12 años en dicho ente territorial, desempeñando diversos cargos, manifestó que no le constaba si la señora García recibía órdenes y menos aún si había sido objeto de llamados de atención.

Ahora bien, sostiene al parte demandante en el recurso de apelación que de los contratos suscritos con el municipio, se establecía que la demandante debía responder por los elementos a su cargo e informar sobre cualquier anomalía o deterioro que ellos presenten y solicitar su reposición o reparación, además de solicitar a tiempo los elementos que fueran necesarios para cumplir eficazmente con sus labores, de lo que puede deducirse que la alcaldía de Palestina era la que proveía a la accionante las herramientas y elementos con los cuales debía adelantar sus labores. Al respecto, considera la Sala que si bien, puede presentarse dicha circunstancia como un indicio *per se*, el mismo no tiene fuerza probatoria suficiente para demostrar que en los contratos suscritos por la demandante se anuló el principio de coordinación, ínsito en los contratos de prestación de servicios.

En conclusión, las pruebas aportadas no permiten afirmar que la demandante recibía de órdenes por algún funcionario adscrito a la alcaldía de Palestina o a la Casa de Cultura, por lo tanto se tiene por no acreditado indicio referente a la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar más allá de la simple coordinación.

---

<sup>21</sup> De la testigo, valga la aclaración

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

Al respecto el Consejo de Estado<sup>22</sup> ha señalado que, si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración y si la tarea acordada no corresponde a actividades nuevas, que no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, se desdibuja la relación contractual.

La demandante en su apelación señala que, las funciones que debía ejecutar, facilitaban la operatividad de toda la organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual, como lo son los servicios de aseo y cafetería; que por lo tanto puede inferirse que las funciones desempeñadas, son inherentes al giro ordinario de la demandada.

La Sala, de los contratos arriba referenciados, evidencia que en ellos se pactó un objeto -a modo de ejemplo- consistente en: *“Realizar el aseo de los pisos, muros, sanitarios, lavamanos, puertas y ventanas de las diferentes dependencias. 2) Responder por los elementos a su cargo e informar sobre cualquier anormalidad o deterioro que ellos presenten y solicitar su reposición o reparación si es del caso. 3) Mantener limpios los muebles, enseres, ventanas, cortinas, y todo elemento accesorio de las áreas de oficina de la entidad...”*.

Las funciones relacionadas en dichos contratos, no permiten afirmar que se encuentre acreditado que, las mismas tuvieran relación directa con la actividad misional que desarrolla la Alcaldía o la Casa de la Cultura.

Cabe precisar que, sobre las labores de aseo, como las desarrolladas por la accionante, el Consejo de Estado ha señalado:

*“En ese orden de ideas, como lo ha señalado esta Subsección en asuntos de similares contornos «si bien no puede decirse que existe una prueba reina para demostrar el elemento de la subordinación y dependencia continuada, esta Sala si ha considerado que para acreditar este elemento de la relación laboral, deben aportarse aquellas que permitan acreditar fehacientemente que el contratista no ejercía su actividad, para la cual fue contratado, en forma autónoma e independiente, sino que debía someterse ineludiblemente a las órdenes e instrucciones de funcionarios de la entidad, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que estos impusieran».*  
(...)

---

<sup>22</sup> Entre otras: Consejo de Estado, sentencia de 3 de marzo de 2011. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad 15001-23-31-000-1999-02528-01(0693-10). Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección "A" M.P.: Alfonso Vargas Rincón Rad.: 68001231500020020210401 (0233-08)

*Como puede advertirse de la anterior cita, no es ajustado a ella la conclusión a la que llega el tribunal, según la cual «de la naturaleza propia de la función de aseo desempeñada por la señora Olga Lucía Pineda Pineda se desprende que debe ser realizada de forma subordinada y permanente (...)», pues, por el contrario, en la sentencia mencionada se precisó que **labores como las de «aseo» pueden, ahora sí, por su propia naturaleza, estar sometidas «a las pautas (de la entidad) y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades»; ya que «sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita»**»<sup>23</sup> (Se destaca)*

De manera que, no es de recibo el argumento traído por el extremo apelante, en cuanto señala que, de las funciones pactadas se podía inferir la subordinación, ello por cuanto, según se analizó, la exigencia probatoria se encuentra en cabeza de la parte demandante, actividad probatoria que en el caso de marras brilló por su ausencia.

## 5. Conclusión

Teniendo en cuenta lo expuesto, se concluye que, las pruebas aportadas y los indicios derivados de ellos, no son suficientes para demostrar la subordinación en los contratos de prestación de servicios suscritos por la señora Diana María García Valdés con el municipio de Palestina; por lo tanto será confirmada la sentencia apelada.

## 6. Costas en esta instancia

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

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

## Resuelve

**Primero: Confirmar** la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Manizales el 15 de diciembre de 2022 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Diana María García Valdés contra el municipio de Palestina.

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

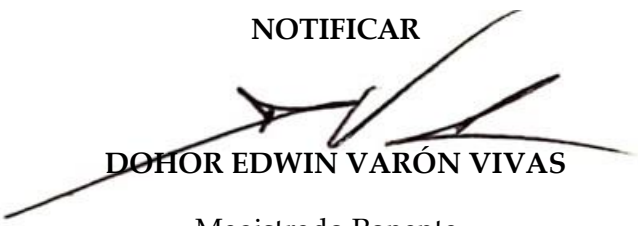
---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 13 de diciembre de 2022, radicación número: 66001-23-33-000-2017-00700-01 (2042-2020)

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 29 de 2023.

**NOTIFICAR**



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**

Magistrado Ponente



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado



**AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado



Auto S.: 065-2023  
Asunto: Segunda instancia  
Medio control: Protección de los Derechos e Intereses Colectivos.  
Radicación: 17-001-33-33-002-2018-00397-02  
Demandante: Karla Yohana Díaz  
Demandado: Municipio de Chinchiná y otros

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

Manizales, cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo establecido en los artículos 37 de la Ley 472 de 1998 y 322 del CGP, **se admite** el recurso de apelación interpuesto oportunamente el día 1 de septiembre de 2022 por la personería de Chinchiná, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de agosto de 2022 y notificada el día 30 de la misma calenda, por correo electrónico.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, según lo dispuesto en los artículos 327 del Código General del Proceso y 33 de la Ley 472 de 1998, se corre traslado común a las partes y al Ministerio Público por el término de cinco (05) días, para que presenten sus alegatos de conclusión.

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

**Notifíquese y Cúmplase**

  
**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cinco (5) de mayo de dos mil veintitres (2023).

|                  |                                        |
|------------------|----------------------------------------|
| Medio de control | Nulidad y restablecimiento del derecho |
| Radicación       | 17001 23 33 000 2019 00066 00          |
| Demandante       | Felipe Mauricio Villaneda Hoyos        |
| Demandado        | Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA. |
| Providencia      | Sentencia No. 69                       |

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

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

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

“

1.1 PRINCIPAL

1.1.1 Que se declare la nulidad del acto Administrativo contenido en el **oficio No 2-2018-003796 del 17 de octubre de 2018**, con dicho acto administrativo se da respuesta y niega la petición de solicitud de que se declarara y reconociera la relación contractual desarrollada desde el 28 de octubre de 1997 hasta el 10 de octubre de 2017.

1.1.1.1. Que como consecuencia de la nulidad, a título del restablecimiento del derecho se reconozcan y cancelen a favor de mi prohijado, todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto es: **Aporte a Pensión** dejadas de pagar por la entidad accionada y cancelados con dineros de mi representado tomándose como base los honorarios percibido correspondiente para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos reajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden, cuyo valor se aprecia en el numeral 8 de la demanda. **VALOR \$ 61.844.374 más corrección monetaria hasta el momento del pago.**

- 1.1.1.2.** Que como consecuencia de la nulidad a título del restablecimiento del derecho se reconozcan y cancelen a favor de mi prohijado, todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto es: **Aporte de Salud** dejadas de pagar por la entidad accionada y cancelados con dineros de mi representado tomándose como base los honorarios percibido correspondiente para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos reajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden, cuyo valor se aprecia en el numeral 8 de la demanda. **VALOR 43.806.432, más corrección monetaria hasta el momento del pago.**
- 1.1.1.3.** Que como consecuencia de la nulidad a título del restablecimiento del derecho se reconozcan y cancelen a favor de mi prohijado, todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto es: **Aporte de Riesgos Profesionales** dejadas de pagar por la entidad accionada y cancelados con dineros de mi representado tomándose como base los honorarios percibido correspondiente para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos reajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden, cuyo valor se aprecia en el numeral 8 de la demanda. **VALOR \$ 5.380.461, más corrección monetaria hasta el momento del pago**
- 1.1.1.4.** Que como consecuencia de la nulidad a título del restablecimiento del derecho se reconozcan y cancelen a favor de mi prohijado, todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto es: **pagos de las vacaciones** dejadas de pagar por la entidad accionada tomándose como base los honorarios percibido correspondiente para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos reajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden, cuyo valor se aprecia en el numeral 8 de la demanda. **VALOR \$ 30.061.519 más corrección monetaria hasta el momento del pago.**
- 1.1.1.5.** Que como consecuencia de la nulidad a título del restablecimiento del derecho se reconozcan y cancelen a favor de mi prohijado, todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto es: **pagos de las primas de servicio** dejadas de pagar por la entidad accionada tomándose como base los honorarios percibido correspondiente para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos reajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden, cuyo valor se aprecia en el numeral 8 de la demanda. **VALOR \$ 42.945.764 más corrección monetaria hasta el momento del pago.**
- 1.1.1.6.** Que como consecuencia de la nulidad a título del restablecimiento del derecho se reconozcan y cancelen a favor de mi prohijado, todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto es: **pagos de las primas de navidad** dejadas de pagar por la entidad accionada tomándose como base los honorarios percibido correspondiente para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos reajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden, cuyo valor se aprecia en el numeral 8 de la demanda. **VALOR \$ 42.945.764, más corrección monetaria hasta el momento del pago.**
- 1.1.1.7.** Que como consecuencia de la nulidad a título del restablecimiento del derecho se reconozcan y cancelen a favor de mi prohijado, todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto es: **pagos cesantías**

**e intereses a las mismas** dejadas de pagar por la entidad accionada tomándose como base los honorarios percibido correspondiente para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos reajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden, cuyo valor se aprecia en el numeral 8 de la demanda. **VALOR \$ 42.945.764 + \$ 5.153.698 = \$ 48.033.462 más corrección monetaria hasta el momento del pago.**

**1.1.1.8. El valor total de las pretensiones es de \$ 275.083.776, como se aprecia en el numeral 8 de la demanda.**

## **1.2 SUBSIDIARIA.**

1.2.1 Teniendo en consideración que en atención al contenido del artículo 157 de la ley 1437, solo se pretendió la conciliación de las prestaciones de los últimos 3 años, pero atendiendo el contenido de los últimos pronunciamientos del Consejo de estado en especial la Sentencia suscrita por el magistrado Alfonso Vargas Rincón el día 13 de febrero de 2014, con Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00449-01(1807-13), de la subsección B, el Consejo de Estado elevó que de manera contundente señaló:

En relación con la prescripción de derechos se observa: El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 dispone que las acciones que emanen de los derechos allí consagrados prescribirán en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible **y que el simple reclamo escrito a la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción por un lapso igual.** En otros términos, para que el fenómeno de la prescripción surta efectos, es indispensable que la exigibilidad de los derechos, objeto de la controversia, sea evidente.

En asuntos como el presente, en los cuales se reclaman derechos de carácter laboral, **por considerar que la figura del contrato de prestación de servicios no era la vía adecuada, sino que con ella se disfrazó una relación laboral, la exigibilidad de los mismos sólo aparece a partir de la sentencia que así lo declara.** Antes no obra con claridad dicho elemento (exigibilidad), motivo por el cual **no es viable en la sentencia declarar prescripción de los derechos.....** (Subrayados fuera de texto)

1.2.2 En el fallo de la sentencia con Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00449-01(1807-13) se dispuso:

Como consecuencia de la nulidad y a título de Restablecimiento del Derecho se ORDENA a la Nación Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional Hospital Militar Regional de Bucaramanga reconocer y pagar al señor DANIEL EDUARDO SÁNCHEZ SIERRA **las prestaciones sociales dejadas de percibir, durante el período comprendido entre el 1 de julio de 2001 y el 31 de diciembre de 2007** de conformidad con lo señalado en esta providencia, e igualmente computar el tiempo laborado para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones. (Subrayados fuera de texto)

Que en consideración a los argumentos dados en los numerales 1.2.1 y 1.2.2 se considere la posibilidad que al emitir fallo se reconozcan la totalidad de las prestaciones reclamadas en los periodos desde el 2 de febrero de 1.998 hasta el 18 de diciembre de 2015 y que son descritas en el numeral 8 de la presente demanda.”

## **2. Hechos.**

Los hechos de la demanda pueden resumirse en los siguientes:

- El señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos laboró en el SENA Regional Caldas, durante el periodo de tiempo comprendido entre el 28 de octubre de 1997 hasta el 10 de octubre de 2017, mediante contratos de prestación de servicios.
- Que la labor desarrollada por el demandante se llevó a cabo en las instalaciones de la entidad accionada con elementos proporcionados por la misma, recibiendo remuneración por los servicios personales prestados y siendo sometido al cumplimiento de horarios y ordenes por parte de los coordinadores y/o supervisores.
- Que, las actividades desarrolladas por el demandante fueron en calidad de instructor de sistemas en el Centro de Comercio y Servicios del SENA en su sede, y, en diferentes partes del territorio Departamental en donde funciona el SENA en la Regional Caldas.

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

Refiere el apoderado del demandante como normas vulneradas las siguientes:

- Constitución Nacional: Artículos 1º, 2º, 6º, 13º, 25º, 53º, 122º, 123º, 125º
- Decreto 3135 de 1968
- Decreto 1848 de 1969
- Decreto 1042 de 1978
- Numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Indica que Colombia es un estado social de derecho y el trabajo se erige como fundamento del orden jurídico y como tal, merece una protección especial pues es un derecho fundamental del ser humano; y que, el derecho a la igualdad está siendo violado al desconocerse los derechos reclamados por el accionante, reconociéndole los derechos a otras personas vinculadas a la institución bajo las mismas condiciones de subordinación y dependencia.

Precisa que las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos indistintamente y refiere que pertenece a la esencia de la labor docente que el servicio se preste personalmente y en subordinación al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación, a la entidad territorial correspondiente para que

administre dicho servicio público en su respectivo territorio, al pensum académico y al calendario escolar.

#### **4. Contestación de la demanda. (Documento 003 del expediente digital)**

La demandada se opone a las pretensiones de la demanda y se pronuncia frente a los elementos fácticos afirmando que no es cierto que el accionante estuvo laborando en dicha entidad, pues lo que ocurrió, fue que prestó sus servicios profesionales como instructor por horas de formación sin generarse en ningún momento una relación legal y reglamentaria.

Refiere que el accionante nunca estuvo bajo las órdenes de ningún funcionario y que, para el caso concreto, los respectivos supervisores de los contratos cumplieron con su función legal de vigilar, asesorar, controlar y aprobar el desarrollo de los contratos, de acuerdo con su alcance, pues es apenas lógico que una persona que se contrata para prestar servicios de capacitación debe actuar y desarrollar su labor dentro de los marcos y objetivos que tenga trazados la entidad contratante.

Afirma que la entidad solo le suministró al demandante las herramientas y pedagogías básicas representadas en los contenidos mínimos de los módulos de aprendizaje y la estructura curricular, y que, la ejecución de los servicios de formación, fueron en razón de la experiencia y capacitación que tenía el demandante en calidad de contratista desde el punto de vista técnico y científico como elemento esencial de los contratos de prestación de servicios.

Indicó que es pertinente tener en cuenta que la actividad debía desarrollarse personalmente, toda vez que se presume que la entidad decidió contratar al accionante en razón de sus conocimientos especializados en el área de desempeño, lo que no implica subordinación.

Finalmente propuso como excepciones las siguientes:

*“Prescripción extintiva trienal y bienal”*, que funda en que, el artículo 41 del decreto 3135 de 1968, estipula que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dicho decreto prescribirán a partir de que la obligación se haya hecho exigible; y, cita el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102 que señala las acciones que emanen de los derechos consagrados en el decreto 3135 de 1968 y en esta preceptiva, “prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.”

*“Prescripción a la luz de la sentencia CE-SUJ2-005 del 25/08/2016”*, indicando que, por tratarse de vinculaciones interrumpidas en el servicio público, el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a partir de la finalización de cada uno de los diferentes vínculos contractuales.

*“Inexistencia de los elementos propios del contrato realidad”*, porque no existen los elementos propios del contrato realidad, pues, pese a que la actividad debía desarrollarse personalmente toda vez que se presume que la entidad decidió contratar al accionante en razón a sus conocimientos especializados en el área de desempeño; ello, no necesariamente implica subordinación.

Dice que hay inexistencia de una continuada subordinación o dependencia, afirmando que las entidades públicas están en plena atribución de pactar o trazar las directrices o instrucciones básicas sobre la manera y oportunidad de cómo debe cumplir con sus obligaciones el contratista, sin que ello se traduzca en dependencia o carencia de autonomía. Y que, el accionante no devengó salario, pues el SENA le pagó a título de honorarios y mensualmente el valor de las horas efectivamente impartidas en la formación académica.

*“Interrupción contractual”*, porque no se presentó una continuada dependencia por haber habido interrupción en la ejecución de los contratos y la vigencia de los contratos ser siempre limitada.

*“Cobro de lo no debido”*, por no existir vínculo laboral que genere obligación alguna. Y propone las excepciones de compensación y la genérica.

## **5. Alegatos de conclusión.**

### **Parte demandante (Documento 047 del expediente digital)}**

Reitera lo planteado en la demanda, hace un recuento de la ley 80 en lo relacionado con los contratos de prestación de servicios, el principio de primacía de realidad sobre las formas, y pronunciamientos del Consejo de Estado.

De igual manera se pronuncia sobre las pruebas que reposan dentro del proceso y afirma que, se encuentra demostrado de los testimonios que el señor Felipe Mauricio Villaneda no tenía la autonomía e independencia para retirarse de la entidad libremente y que por el contrario debía esperar una aceptación de la institución para hacerlo tranquilamente, durante sus contratos como instructor; así como que, con ellos se acreditan los elementos de la relación laboral como la prestación personal del servicio, la subordinación, dependencia, y, cumplimiento de un horario principalmente.

Refiere que de los testimonios los señores Edgar Ospina Trujillo y Gerardo Emilio Reinoso Marín, dan cuenta de su interacción con el ahora demandante mientras ejercía como instructor, y que coincidían muchas veces en jornadas laborales, en las diferentes franjas de grupos definidas por el SENA; así como que los elementos necesarios para la prestación de sus servicios eran suministrados por el SENA mediante un procedimiento establecido de forma igual para contratistas y para funcionarios de planta.

También dice que con los testimonios en mención, quedó demostrado que, el señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos no tenía autonomía para ejercer su instrucción, pues debía impartir la formación con base en los módulos diseñados y aportados por la institución, cumpliendo las instrucciones dadas mediante directrices emitidas en reuniones casi mensuales, llamadas grupos primarios con la participación conjunta de contratistas y funcionarios de planta, como se puede evidenciar en las actas de grupos primarios; cumpliendo además, funciones misionales idénticas a las desarrolladas por un funcionario de planta de la entidad, habiendo lugar a la declaratoria de existencia de una relación laboral.

### **6. Concepto del Ministerio Público.**



El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 13 de mayo de 2021, que se encuentra en el documento 048 del expediente digital.

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

### **1. Problemas jurídicos a resolver.**

*¿Debe, en el presente asunto, declararse la nulidad del oficio 2-2018-003796 de 17 de octubre de 2018, mediante el cual se le negó al señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos el reconocimiento de una relación laboral encubierta por estar configurados los presupuestos fácticos y jurídicos para ello?*

*Para resolver lo anterior, es necesario establecer si ¿entre el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA - y el señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos existió una relación laboral, que lo hace acreedor del pago de salarios y prestaciones sociales, de acuerdo con la labor que desempeñaba, mediante contratos de prestación de servicios; con las consecuencias jurídicas que de ello se desprende?*

### **2. Análisis normativo.**

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

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

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

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

*capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

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

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

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

El artículo 122 inciso primero Constitucional precisa:

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

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

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

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

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

a. *La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*

b. *La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y*

c. *Un salario como retribución del servicio.*

2. *Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.” (Subraya la Sala).*

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

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

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

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

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

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

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

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

No obstante, las entidades estatales han hecho uso de una tercera modalidad de vinculación de personal para el cumplimiento de sus fines: **c) De los contratistas de prestación de servicios** (relación contractual estatal), figura

que ha sido de amplio desarrollo jurisprudencial y que es objeto de debate en el presente proceso, con miras a establecer si entraña una verdadera relación de carácter laboral.

### 3. Análisis jurisprudencial.

El Consejo de Estado<sup>1</sup>, ha unificado recientemente mediante sentencia, los criterios necesarios para definir la existencia de una verdadera relación laboral, existente tras la modalidad de contratos de prestación de servicios en el siguiente sentido:

*“(…) 101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestaciones, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.*

#### 2. Subordinación continuada

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

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

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

valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

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

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

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

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

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

4. **Remuneración**

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

4. **Análisis fáctico.**

1. **De la prueba documental que reposa dentro del proceso.**

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

Contratos de prestación de servicios, respaldados en las respectivas certificaciones de cada uno de ellos y sus extremos temporales por parte del SENA:

| CONTRATO Y ORDEN DE TRABAJO NRO. | DURACIÓN                                      | OBJETO                                                                                            |
|----------------------------------|-----------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 880 de 15 de agosto de 1997      | De 15 de agosto al 27 de octubre de 1997      | Prestar servicios profesionales como instructor en Sistemas en el Centro de Comercio y Servicios. |
| 1110 de 28 de octubre de 1997    | De 28 de octubre a 20 de noviembre de 1997    | Prestar servicios profesionales como instructor en Sistemas en el Centro de Comercio y Servicios  |
| 188 de 10 de febrero de 1998     | De 10 de febrero a 7 de julio 1998            | Prestar servicios profesionales como instructor en Sistemas en el Centro de Comercio y Servicios  |
| 837 de 8 de julio de 1998        | De 8 de julio a 28 de septiembre de 1998      | Impartir formación profesional en Sistemas                                                        |
| 1211 de 29 de septiembre de 1998 | De 29 de septiembre a 28 de noviembre de 1998 | Impartir formación profesional en Sistemas                                                        |
| 188 de 8 de febrero de 1999      | De 8 de febrero a 4 de mayo de 1999           | Impartir formación profesional en Informática atendiendo solicitudes de empresas                  |
| 592 de 5 de mayo de 1999         | De 5 de mayo al 12 de agosto de 1999          | Impartir formación profesional en Informática atendiendo solicitudes de empresas                  |

|                                    |                                                    |                                                                                  |
|------------------------------------|----------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------|
| 1041 de 13 de agosto de 1999       | De 13 de agosto a 15 de septiembre de 1999         | Impartir formación profesional en sistemas                                       |
| 1325 de 16 de septiembre de 1999   | De 16 de septiembre a 22 de noviembre de 1999      | Impartir formación profesional en Informática atendiendo solicitudes de empresas |
| 1678 de 23 de noviembre de 1999    | De 23 de noviembre a 22 de diciembre de 1999       | Impartir formación profesional en sistemas                                       |
| 165 de 28 de febrero de 2001       | De 28 de febrero a 6 de diciembre de 2001          | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 848 de 7 de diciembre de 2001      | De 7 a 26 de diciembre de 2001                     | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 990 de 27 de diciembre de 2001     | De 27 de diciembre de 2001 a 11 de marzo de 2002   | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 221 de 12 de marzo de 2002         | De 12 de marzo a 25 de junio de 2002               | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 550 de 26 de junio de 2002         | De 26 de junio a 18 de septiembre de 2002          | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 791 de 19 de septiembre de 2002    | De 19 de septiembre a 15 de octubre de 2002        | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 904 de 16 de octubre de 2002       | De 16 de octubre a 19 de diciembre de 2002         | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 1051 de 20 de diciembre de 2002    | De 20 de diciembre de 2002 a 18 de agosto de 2003  | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 481 de 19 de agosto de 2003        | De 19 de agosto a 15 de diciembre de 2003          | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 809 de 15 de diciembre de 2003     | De 15 de diciembre de 2003 a 18 de mayo de 2004    | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 243 de 19 de mayo de 2004          | De 19 de mayo a 19 de diciembre de 2004            | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 976 de 20 de diciembre de 2004     | De 20 de diciembre de 2004 a 13 de junio de 2005   | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 43 de 14 de junio de 2005          | De 14 de junio a 20 de noviembre de 2005           | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 115 de 21 de noviembre de 2005     | De 21 de noviembre a 20 de diciembre de 2005       | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 07 de 18 de enero de 2006          | De 18 de enero a 10 de agosto de 2006              | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 84 de 11 de agosto de 2006         | De 11 de agosto a 31 de octubre de 2006            | Prestación de servicios como docente de informática básica                       |
| 118 de 1 de noviembre a 15 de 2006 | De 1 de noviembre a 15 de noviembre de 2006        | Prestación de servicios profesionales como instructor contratista en sistemas    |
| 137 de 16 de noviembre de 2006     | De 16 de noviembre de 2006 a 16 de febrero de 2007 | Prestación de servicios profesionales como instructor contratista en sistemas    |
| 4 de 23 de febrero de 2007         | De 23 de febrero a 14 de octubre de 2007           | Prestación de servicios profesionales como instructor contratista en sistemas    |
| 115 de 15 de octubre de 2007       | De 15 de octubre a 22 de diciembre de 2007         | Prestación de servicios profesionales como instructor contratista en sistemas    |
| 169 de 24 de diciembre de 2007     | De 24 de diciembre de 2007 a 31 de mayo de 2008    | Prestación de servicios profesionales como instructor contratista en sistemas    |
| 40 de 12 de junio de 2008          | De 12 de junio a 19 de diciembre de 2008           | Prestación de servicios profesionales como instructor contratista en sistemas    |

|                                |                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|--------------------------------|----------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 29 de 28 de enero de 2009      | De 28 de enero a 31 de octubre de 2009       | Prestación de servicios profesionales como instructor contratista en Tecnología de la Comunicación e Información (TIC).                                                                                                                                                                                                       |
| 133 de 1 de septiembre de 2009 | De 1 de septiembre a 30 de noviembre de 2009 | Prestación de servicios profesionales como instructor contratista en Tecnología de la Comunicación e Información (TIC).                                                                                                                                                                                                       |
| 17 de 21 de enero de 2010      | De 21 de enero a 20 de diciembre de 2010     | Prestación de servicios profesionales como instructor contratista en Tecnología de la Comunicación e Información (TICs), de acuerdo a los procesos y procedimientos para la ejecución de acciones de formación profesional integral del SENA, junto con los estándares de calidad ISO 9000 vigentes.                          |
| 39 de 1 de febrero de 2011     | De 1 de febrero a 30 de junio de 2011        | Prestación de servicios profesionales como instructor contratista en sistemas                                                                                                                                                                                                                                                 |
| 177 de 11 de julio de 2011     | De 11 de julio a 16 de diciembre de 2011     | Prestación de servicios temporales como instructor por periodo fijo para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales en el centro de comercio y servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizajes en sistemas |
| 5 de 24 de enero de 2012       | De 24 de enero a 4 de julio de 2012          | Prestación de servicios temporales como instructor por periodo fijo para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales en el centro de comercio y servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizajes en sistemas |
| 169 de 8 de julio de 2012      | De 9 de julio a 14 de diciembre de 2012      | Prestación de servicios temporales como instructor por periodo fijo para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales en el centro de comercio y servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizajes en sistemas |
| 245 de 23 de enero de 2013     | De 23 de enero a 16 de diciembre de 2013     | Prestación de servicios temporales como instructor por periodo fijo para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales en el centro de comercio y servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizajes en sistemas |
| 79 de 20 de enero de 2014      | De 20 de enero a 12 de diciembre de 2014     | Prestación de servicios temporales como instructor por periodo fijo para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales en el centro de comercio y servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizajes en sistemas |
| 324 de 28 de enero de 2015     | De 28 de enero a 11 de diciembre de 2015     | Prestación de servicios temporales como instructor por periodo fijo para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales en el centro de                                                                                                                                                          |



|                             |                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|-----------------------------|-------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                             |                                           | comercio y servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizajes en el área de sistemas                                                                                                                                                                      |
| 222 de 1 de febrero de 2016 | De 1 de febrero a 14 de diciembre de 2016 | Prestación de servicios temporales como instructor por periodo fijo para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales en el centro de comercio y servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizajes en el área de sistemas |
| 769 de 2 de marzo de 2017   | De 2 de marzo a 10 de octubre de 2017     | Prestación de servicios temporales como instructor por periodo fijo para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales en el centro de comercio y servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizajes en el área de sistemas |

Debe decirse que hay un total de 44 documentos que dan cuenta de la vinculación del señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos, conformados en órdenes de trabajo entre los años 1997 y 2000; y contratos de prestación de servicios entre los años 2000 y 2017 (Carpeta 1,2,3 y 11 Contratos de la carpeta 026 del expediente digital); los cuales resultan ser coincidentes con las constancias suscritas por el subdirector Encargado del Centro de Comercio y Servicios del SENA (Fls. 47 a 111 C. 1).

Los mencionados documentos tienen además del objeto, el valor de la remuneración mensual por las actividades prestadas, duración y lugar de ejecución, entre otros; y son coincidentes en que el objeto general era la prestación de servicios como instructor en el área de sistemas, y en algunos casos como docente de sistemas; y si bien es cierto que, a partir del año 2001 el objeto del contrato se fue especificando más, y se consignaba que era para periodos fijos; la esencia de los contratos entre los años 1997 y 2017 era la misma, la prestación de servicios de manera personal del señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos al SENA regional Caldas, para la formación en el área de sistemas.

Dentro del proceso también se aportaron:

- Órdenes de viaje
- Órdenes de pago

- Compensatorios Semana Santa
- Actas de comité
- Actas de grupo primario
- Calendarios académicos
- Copias de reportes estadísticos mensuales
- Reportes del software

## **2. De la prueba testimonial.**

Dentro de este asunto se recibieron en total 2 testimonios, de los cuales se permite la Sala extraer los apartes de mayor relevancia:

### **Edgar Ospina Trujillo.**

- Dijo que conoce al demandante desde el año de 1997, pues entró muy joven a trabajar en el SENA; y, que fue contratista durante 20 años.
- Que el señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos desempeñaba sus funciones por el contrato de prestación de servicios, al igual que el señor Edgar Ospina Trujillo, que era de carrera administrativa.
- Dice que el señor Villaneda Hoyos tenía que cumplir horarios, ir a reuniones, estar tiempo completo en las instalaciones del SENA regional Caldas, que era monitoreado por sus superiores, que debía diligenciar lista de asistencia; y afirma que, tenía las mismas funciones que los empleados de carrera administrativa.
- Que el señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos cumplía con sus labores desde las 8 de la mañana hasta las horas de la noche.
- Afirma que los elementos para cumplir con su contrato los suministraba el SENA, quien también los uniformaba con delantal blanco.
- Que el mentado señor, trabajó hasta el año 2017, cuando llegó un nuevo director al SENA, que cambió a las personas que estaban allí, trabajando desde 1997 de manera permanente.
- Dijo que, a todos los empleados del SENA, bien fueran de carrera o de prestación de servicios los citaban a reuniones de carácter obligatorio, y que su jefe era el director del centro.
- Afirmó que el ahora demandante, daba la formación de acuerdo a los lineamientos SENA; que presentaba informes, cumplía con todo lo académico;

y que, no le consta que prestara sus servicios a otras instituciones, además, porque el tiempo completo lo dedicaba al SENA.

- Que todos los instructores cumplían las mismas funciones, fueran de planta o de contrato; los lineamientos eran iguales para todos; y que, los informes se elevaban ante el Coordinador Académico del momento.
- Dice que el demandante se tenía que desplazar a otras partes del Departamento de Caldas, como Riosucio, Salamina, Marmato y Viterbo; ello de manera esporádica.
- Que los pagos siempre se realizaban por transferencia.
- Que los contenidos curriculares eran entregados al demandante.
- Aduce que en los grupos primarios recibía el demandante felicitaciones por su desempeño; y que, a esos grupos primarios debían asistir todos los empleados del SENA, contratistas y de planta.
- Que los horarios de instrucción se los daba el SENA en la planeación de la formación.

#### **Gerardo Emilio Reinoso Marín.**

- Dijo que conocía a al señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos aproximadamente desde el año 1997, cuando éste era instructor de Sistemas en el SENA, pues él (testigo) también es instructor de esa entidad desde hace 33 años.
- Dice que veía al citado señor, en los 3 horarios que tiene el SENA, y que, coincidían principalmente en las mañanas; pues el horario de los contratistas es igual a los de planta; tiempo de preparación de clases y tiempo de formación directa.
- Que las funciones desempeñadas por el señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos, eran iguales a los empleados de planta; siendo totalmente dependiente del SENA y sus directrices.
- Que trabajó hasta el año 2017, sin haber sido contratado nuevamente.
- Que tanto instructores de planta como de contrato cumplían lo que denominan, franjas de 7 a 1, y en jornadas de la tarde y de la noche, porque hay grupos programados en las tres franjas.
- En el correo institucional se hacían todas las citaciones, a personal de planta y de contratistas, así como las citaciones a grupos primarios, con todos.
- Que se debía someter a todas las directrices de tipo formativo y administrativo; recibiendo directrices de cumplimiento de horario, de manejo de plataformas, cumplimiento de áreas, preparación de formación.

- Que la preparación de formación debía hacerse igual todo, independiente si eran de planta o de contrato.

## **5. Caso concreto.**

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

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

De las pruebas documentales estudiadas, así como de los testimonios rendidos, de los cuales fueron reseñados los apartes de mayor relevancia en el numeral 4, se evidencia que, el señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos realizaba actividades de instructor de Sistemas en el SENA Regional Caldas, cumpliendo las mismas funciones y horarios que las de los instructores empleados de planta de la entidad.

Que los horarios, el contenido de la formación, los insumos y las directrices para el cumplimiento del contrato, eran dados por el SENA, sin que hubiera posibilidad de modificaciones en éstos; cumpliendo además con la formación en las tres jornadas de la demandada, como la mañana, tarde y la noche.

Con relación a las labores de instructor, se acreditó que, esas labores eran realizadas igualmente por empleados de planta de la demandada, con la única diferencia de los pagos realizados, y no, en las actividades desempeñadas.

El SENA es quien define los programas de formación y los horarios de la misma, teniendo como jefes inmediatos al Coordinador académico y el subdirector del centro.

Ahora, respecto de sus labores como instructor, no puede decirse que, el demandante tuviera la potestad para impartir su conocimiento de manera

discrecional, pues había un programa curricular ya definido por la entidad; y tampoco se encuentra acreditado que tenía contratos con otras entidades educativas o de otra naturaleza, lo cual evidencia la subordinación, dependencia y cumplimiento de horarios determinados por la demandada.

Sumado a lo anterior, en este caso particular que se discute la prestación del servicio de un contratista que imparte formación en el SENA, se hace necesario acudir a lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la ley 119 de 1994 por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones:

**“Artículo 2o. Misión.** *El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, está encargado de cumplir la función que corresponde al Estado de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos; ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país.”*

**“Artículo 3o. Objetivos.** *El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, tendrá los siguientes objetivos: 1. Dar formación profesional integral a los trabajadores de todas las actividades económicas, y a quienes, sin serlo, requieran dicha formación, para aumentar por ese medio la productividad nacional y promover la expansión y el desarrollo económico y social armónico del país, bajo el concepto de equidad social redistributiva. 2. Fortalecer los procesos de formación profesional integral que contribuyan al desarrollo comunitario a nivel urbano y rural, para su vinculación o promoción en actividades productivas de interés social y económico. 3. Apropiar métodos, medios y estrategias dirigidos a la maximización de la cobertura y la calidad de la formación profesional integral. 4. Participar en actividades de investigación y desarrollo tecnológico, ocupacional y social, que contribuyan a la actualización y mejoramiento de la formación profesional integral. 5. Propiciar las relaciones internacionales tendientes a la conformación y operación de un sistema regional de formación profesional integral dentro de las iniciativas de integración de los países de América Latina y El Caribe. 6. Actualizar, en forma permanente, los procesos y la infraestructura pedagógica, tecnológica y administrativa para responder con eficiencia y calidad a los cambios y exigencias de la demanda de formación profesional integral.”*

Por lo anterior, se entiende que la demandada SENA tiene un objetivo especial relacionado con la formación y capacitación a trabajadores de todas las formaciones académicas, cuyas funciones son permanentes de carácter permanente que cumple en desarrollo de su actividad, por lo que, las labores desempeñadas por el señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos son las propias de un instructor, siendo ellas del giro ordinario de su objeto social y por tanto necesarias y permanentes.

Ahora bien, con relación a las labores realizadas por instructores, el Consejo de Estado<sup>1</sup> ha dispuesto:

*“(…) de lo que se colige que las labores desempeñadas por el accionante como instructor son inherentes a su materialización, en tanto que no fueron temporales y están directamente relacionadas con ella (…).”*

Los anteriores medios de prueba ponen de manifiesto el elemento de **subordinación** que comporta el cumplimiento del objeto de los contratos celebrados entre las partes para la realización de actividades de docencia por parte del demandante, subordinación que además se presume para este tipo de tareas de instrucción o docencia al servicio de entidades cuya misión, precisamente, corresponde a la formación educativa, lo que permite inferir un sometimiento permanente del docente a las directrices, órdenes e instrucciones emanadas de las autoridades educativas, conforme lo señala la jurisprudencia del Consejo de Estado, consolidada en la **Sentencia de Unificación de fecha 25 de agosto de 2016**, sobre el tema del contrato realidad, providencia que en este aspecto de la subordinación en la actividad docente señaló:

*“(…) La vinculación de **docentes bajo la modalidad de prestación de servicios**, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento **subordinación existente con el servicio público de educación**, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos (i) **se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas**, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.”*

Con fundamento en la jurisprudencia en cita del Consejo de Estado, actividades como la docencia llevan implícito un elemento de subordinación y no independencia del servidor, ante la naturaleza de la función.

Por lo anterior, la Sala encuentra probado que el demandante prestó sus servicios en favor del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, en los períodos referidos en el cuadro de órdenes de trabajo y contratos de prestación de

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de 18 de marzo de 2021. Rad.: 23001-23-33-000-2016-00147-01(2420-19).

servicio enlistados en el acápite de pruebas; y, resulta claro que, en el presente asunto confluyen los elementos de subordinación continuada, horario de labores y dirección de los servicios prestados; especialmente en este caso por prestar los servicios propios de un instructor del SENA; de quien se evidencia el cumplimiento de un horario, subordinación y dependencia, prestación personal del servicio, y pago de una contraprestación por los servicios prestados; donde al cumplir con las obligaciones establecidas en los contratos del señor Felipe Villaneda Hoyos guardan plena relación con el objeto social del SENA, orientadas al proceso de formación de aprendices.

Finalmente, no hay discusión sobre que, el lugar de ejecución del contrato era el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA sede Manizales y algunos municipios del Departamento de Caldas; y que, en los casos en que el servicio debió prestarse en otros lugares, era por direcciones precisas del mismo SENA.

## **5.2. De la prestación personal del servicio.**

No hay duda en este caso de la prestación personal del servicio por parte del señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos, ello desde el primero contrato del año 1997 hasta el último, en el año 2017, lo cual se acreditó con las órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios, así como con los testimonios rendidos en este asunto; especialmente por tratarse de una labor docente en este caso.

## **5.3. De la remuneración.**

Tampoco hay duda de la remuneración recibida por el demandante por la prestación de sus servicios como instructor del SENA; remuneración que se evidencia no solo en los contratos de prestación de servicios, sino en las constancias aportadas; además de haber sido una situación que fue corroborada por los testigos.

Finalmente, resalta la Sala que, el demandado Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA - no logró desvirtuar dentro de este asunto la subordinación continuada, el horario de labores del demandante, la dirección de los servicios prestados; la prestación personal del servicio y la remuneración; y contrario a ello, se comprobó la falta de independencia del demandante, el horario y la forma de prestar sus servicios; coincidiendo en

este caso todos los elementos necesarios para la declaratoria de un contrato realidad,o una relación laboral encubierta.

Por lo anterior, se declarará la existencia de una relación laboral entre el demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, durante el tiempo en que estuvo vigente la vinculación a través de los contratos de prestación de servicio celebrados entre el Servicio Nacional Aprendizaje SENA y el demandante, durante el periodo que se definirá posteriormente, y, con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada por el demandante en su condición de Instructor de sistemas en el centro de comercio y servicios del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA - Regional Caldas; como quiera que al Estado no le es dado beneficiarse de su conducta irregular y trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido contratado bajo esta modalidad, en cuanto el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral<sup>2</sup>.

Precisa la Sala que, comoquiera que las labores de instructor desarrolladas por el demandante estuvieron sujetas a las horas programadas por la entidad accionada y atendiendo las interrupciones ocurridas dentro de los extremos laborales, solo procederá el reconocimiento de los emolumentos prestacionales **sobre lo efectivamente ejecutado.**

## **6. De los extremos temporales en la prestación de servicios del demandante.**

### **6.1. De la solución de continuidad e interrupción de los contratos de prestación de servicios.**

Dentro del expediente reposan 44 contratos de prestación de servicios (incluidas las órdenes de trabajo), respaldados con las certificaciones de ellos proferidas por el SENA con sus correspondientes extremos

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, CP Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 23 de febrero de 2011. Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00041-01(0260-09). actor: María Stella Lancheros Torres. Demandado: Hospital Engativá II nivel ESE.



temporales así:

| CONTRATO Y ORDEN DE TRABAJO NRO. | DURACIÓN                                         |
|----------------------------------|--------------------------------------------------|
| 880 de 15 de agosto de 1997      | De 15 de agosto al 27 de octubre de 1997         |
| SIN INTERRUPCIÓN                 |                                                  |
| 1110 de 28 de octubre de 1997    | De 28 de octubre a 20 de noviembre de 1997       |
| 53 DÍAS                          |                                                  |
| 188 de 10 de febrero de 1998     | De 10 de febrero a 7 de julio 1998               |
| SIN INTERRUPCIÓN                 |                                                  |
| 837 de 8 de julio de 1998        | De 8 de julio a 28 de septiembre de 1998         |
| SIN INTERRUPCIÓN                 |                                                  |
| 1211 de 29 de septiembre de 1998 | De 29 de septiembre a 28 de noviembre de 1998    |
| 46 DÍAS                          |                                                  |
| 188 de 8 de febrero de 1999      | De 8 de febrero a 4 de mayo de 1999              |
| SIN INTERRUPCIÓN                 |                                                  |
| 592 de 5 de mayo de 1999         | De 5 de mayo al 12 de agosto de 1999             |
| SIN INTERRUPCIÓN                 |                                                  |
| 1041 de 13 de agosto de 1999     | De 13 de agosto a 15 de septiembre de 1999       |
| SIN INTERRUPCIÓN                 |                                                  |
| 1325 de 16 de septiembre de 1999 | De 16 de septiembre a 22 de noviembre de 1999    |
| SIN INTERRUPCIÓN                 |                                                  |
| 1678 de 23 de noviembre de 1999  | De 23 de noviembre a 22 de diciembre de 1999     |
| 291 DÍAS                         |                                                  |
| 165 de 28 de febrero de 2001     | De 28 de febrero a 6 de diciembre de 2001        |
| SIN INTERRUPCIÓN                 |                                                  |
| 848 de 7 de diciembre de 2001    | De 7 a 26 de diciembre de 2001                   |
| SIN INTERRUPCIÓN                 |                                                  |
| 990 de 27 de diciembre de 2001   | De 27 de diciembre de 2001 a 11 de marzo de 2002 |
| SIN INTERRUPCIÓN                 |                                                  |
| 221 de 12 de marzo de 2002       | De 12 de marzo a 25 de junio de 2002             |
| SIN INTERRUPCIÓN                 |                                                  |
| 550 de 26 de junio de 2002       | De 26 de junio a 18 de septiembre de 2002        |
| SIN INTERRUPCIÓN                 |                                                  |
| 791 de 19 de septiembre de 2002  | De 19 de septiembre a 15 de octubre de 2002      |
| SIN INTERRUPCIÓN                 |                                                  |
| 904 de 16 de octubre de 2002     | De 16 de octubre a 19 de diciembre de 2002       |
| SIN INTERRUPCIÓN                 |                                                  |

|                                    |                                                    |
|------------------------------------|----------------------------------------------------|
| 1051 de 20 de diciembre de 2002    | De 20 de diciembre de 2002 a 18 de agosto de 2003  |
| <b>SIN INTERRUPCIÓN</b>            |                                                    |
| 481 de 19 d agosto de 2003         | De 19 de agosto a 15 de diciembre de 2003          |
| <b>SIN INTERRUPCIÓN</b>            |                                                    |
| 809 de 15 de diciembre de 2003     | De 15 de diciembre de 2003 a 18 de mayo de 2004    |
| <b>SIN INTERRUPCIÓN</b>            |                                                    |
| 243 de 19 de mayo de 2004          | De 19 de mayo a 19 de diciembre de 2004            |
| <b>SIN INTERRUPCIÓN</b>            |                                                    |
| 976 de 20 de diciembre de 2004     | De 20 de diciembre de 2004 a 13 de junio de 2005   |
| <b>SIN INTERRUPCIÓN</b>            |                                                    |
| 43 de 14 de junio de 2005          | De 14 de junio a 20 de noviembre de 2005           |
| <b>SIN INTERRUPCIÓN</b>            |                                                    |
| 115 de 21 de noviembre de 2005     | De 21 de noviembre a 20 de diciembre de 2005       |
| <b>19 DÍAS</b>                     |                                                    |
| 07 de 18 de enero de 2006          | De 18 de enero a 10 de agosto de 2006              |
| <b>SIN INTERRUPCIÓN</b>            |                                                    |
| 84 de 11 de agosto de 2006         | De 11 de agosto a 31 de octubre de 2006            |
| <b>SIN INTERRUPCIÓN</b>            |                                                    |
| 118 de 1 de noviembre a 15 de 2006 | De 1 a 15 de noviembre de 2006                     |
| <b>SIN INTERRUPCIÓN</b>            |                                                    |
| 137 de 16 de noviembre de 2006     | De 16 de noviembre de 2006 a 16 de febrero de 2007 |
| <b>4 DÍAS</b>                      |                                                    |
| 4 de 23 de febrero de 2007         | De 23 de febrero a 14 de octubre de 2007           |
| <b>SIN INTERRUPCIÓN</b>            |                                                    |
| 115 de 15 de octubre de 2007       | De 15 de octubre a 22 de diciembre de 2007         |
| <b>SIN INTERRUPCIÓN</b>            |                                                    |
| 169 de 24 de diciembre de 2007     | De 24 de diciembre de 2007 a 31 de mayo de 2008    |
| <b>7 DÍAS</b>                      |                                                    |
| 40 de 12 de junio de 2008          | De 12 de junio a 19 de diciembre de 2008           |
| <b>24 DÍAS</b>                     |                                                    |
| 29 de 28 de enero de 2009          | De 28 de enero a 31 de octubre de 2009             |
| <b>SIN INTERRUPCIÓN</b>            |                                                    |
| 133 de 1 de septiembre de 2009     | De 1 de septiembre a 30 de noviembre de 2009       |
| <b>33 DÍAS</b>                     |                                                    |
| 17 de 21 de enero de 2010          | De 21 de enero a 20 de diciembre de 2010           |
| <b>29 DÍAS</b>                     |                                                    |
| 39 de 1 de febrero de 2011         | De 1 de febrero a 30 de junio de 2011              |
| <b>5 DÍAS</b>                      |                                                    |
| 177 de 11 de julio de 2011         | De 11 de julio a 16 de diciembre de 2011           |
| <b>25 DÍAS</b>                     |                                                    |

|                             |                                           |
|-----------------------------|-------------------------------------------|
| 5 de 24 de enero de 2012    | De 24 de enero a 4 de julio de 2012       |
| <b>2 DÍAS</b>               |                                           |
| 169 de 8 de julio de 2012   | De 9 de julio a 14 de diciembre de 2012   |
| <b>24 DÍAS</b>              |                                           |
| 245 de 23 de enero de 2013  | De 23 de enero a 16 de diciembre de 2013  |
| <b>21 DÍAS</b>              |                                           |
| 79 de 20 de enero de 2014   | De 20 de enero a 12 de diciembre de 2014  |
| <b>29 DÍAS</b>              |                                           |
| 324 de 28 de enero de 2015  | De 28 de enero a 11 de diciembre de 2015  |
| <b>32 DÍAS</b>              |                                           |
| 222 de 1 de febrero de 2016 | De 1 de febrero a 14 de diciembre de 2016 |
| <b>54 DÍAS</b>              |                                           |
| 769 de 2 de marzo de 2017   | De 2 de marzo a 10 de octubre de 2017     |

Para esclarecer lo relacionado con la continuidad o no de los contratos de prestación de servicio, es necesario acudir al pronunciamiento que ha hecho el Consejo de Estado<sup>3</sup> al respecto en reciente sentencia de unificación:

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

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

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

(…)

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

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo.<sup>[6]</sup> Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.<sup>[7]</sup>

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

De conformidad con lo probado dentro del proceso, en este caso hay interrupciones de 2, 4, 5, 7, 21, 23, 24, 25, 29, 32, 33, 54, 46, y hasta 291 días; siendo los de mayores días, los correspondientes a las denominadas órdenes de trabajo que van desde el 15 de agosto de 1997 al 22 de diciembre de 1999, con 53, 46 y 291 días de interrupción.

Ahora, en este particular caso debe decirse que, coinciden esas interrupciones con contratos finalizados en el mes de noviembre, y, reiniciados en el mes de febrero, y esa época resulta coincidente con el periodo educativo o calendarios académicos; ello se deduce de los que reposan en la subcarpeta 1.4. de la carpeta 008 Cd. Fl. 180 del expediente digital; y, si bien allí solo constan los calendarios académicos de los años 2004, 2008, 2009, 2011, 2012 y 2015; allí

se evidencia que el primer periodo inicia entre finales de enero y abril, y el cuarto periodo termina entre septiembre y diciembre; y, a mediados de enero es el alistamiento de procesos, y, en diciembre la elaboración y entrega de planes de mejoramiento para el siguiente semestre.

Entendiendo de lo anterior, que por ser el SENA una institución educativa, los meses de diciembre y enero pueden corresponder al periodo vacacional de fin de año; este análisis respecto de las interrupciones descritas, a excepción de la de 291 días, de 22 de diciembre de 1999 a 27 de febrero de 2001, interrupción respecto de la cual no se encuentra justificación alguna, siendo ésta de más de un año.

De conformidad con lo probado dentro del proceso, y con el pronunciamiento del Consejo de Estado, pese a que en este caso se advierten las interrupciones mencionadas, esta Sala acoge el criterio de la Corte Suprema de Justicia, ahora referido igualmente por el Consejo de Estado en su sentencia de unificación, sobre las interrupciones amplias y relevantes que desvirtúan la primacía de la realidad sobre las formas; ello, al guardar identidad los objetos de los contratos de prestación de servicios, incluidas las órdenes de trabajo, desempeñando el demandante una labor misional, propia de la naturaleza del SENA como lo era la de ser instructor, brindar formación a sus educandos y, hacer de docente en sistemas; por lo que respecto de las interrupciones diferentes a la comprendida entre el 23 de diciembre de 1999 y el 27 de febrero de 2001, si se considera haber operado la solución de continuidad; no siendo así, para las demás; al no reflejar esas interrupciones intenciones reales de las partes de terminar el vínculo laboral, modificar el contrato, o cambiar el objeto del mismo, en proporción al término de continuidad en la prestación de los servicios del ahora demandante, en vista que el primer contrato fue el 15 de agosto de 1997, y el último, el 2 de marzo de 2017, es decir, durante 20 años aproximadamente que estuvo vinculado al SENA en calidad de instructor de sistemas.

Así las cosas, deberá en primer lugar, declararse la nulidad del Oficio número 2-2018-003796 de 17 de octubre de 2018, y como consecuencia de ello, declarar la existencia de una relación laboral encubierta entre las partes por los periodos comprendidos **entre el 15 de agosto y el 27 de octubre de 1997; entre el 28 de octubre y el 20 de noviembre de 1997; entre el 10 de febrero y el 7 de julio de 1998; entre el 8 de julio y el 28 de septiembre de 1998; entre el 29**

de septiembre y el 28 de noviembre de 1998; entre el 8 de febrero y el 4 de mayo de 1999; entre el 5 de mayo y el 12 de agosto de 1999; entre el 13 de agosto y el 15 de septiembre de 1999; entre el 16 de septiembre y el 22 de noviembre de 1999; y, entre el 23 de noviembre y el 22 de diciembre de 1999; entre el 28 de febrero de 2001 y el 20 de diciembre de 2005; entre el 18 de enero de 2006 y el 16 de febrero de 2007; entre el 23 de febrero y el 22 de diciembre de 2007; entre el 24 de diciembre de 2007 y el 31 de mayo de 2008; entre el 12 de junio y el 19 de diciembre de 2008; entre el 28 de enero y el 30 de noviembre de 2009; entre el 21 de enero y el 20 de diciembre de 2010; entre el 1° de febrero y el 30 de junio de 2011; entre el 11 de julio y el 16 de diciembre de 2011; entre el 24 de enero y el 4 de julio de 2012; entre el 9 de julio y el 14 de diciembre de 2012; entre el 23 de enero y el 16 de diciembre de 2013; entre el 20 de enero y el 12 de diciembre de 2014; entre el 28 de enero y el 11 de diciembre de 2015; entre el 1° de febrero y el 14 de diciembre de 2016; y, entre el 2 de marzo y el 10 de octubre de 2017.

Lo anterior, sin perjuicio de que se declare probada parcialmente la excepción de prescripción extintiva de los derechos laborales y prestaciones sociales derivados de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos y el SENA, según análisis que se haga a continuación.

## **7. Prescripción.**

En este punto es preciso el pronunciamiento sobre el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho a reclamar.

Al respecto, señala esta Sala de Decisión que, el límite temporal para la reclamación de los derechos referentes al régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, que establece lo siguiente:

*“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en **tres (3) años**, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho*

*o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.*

La prescripción es un fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo, de acuerdo con las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten, bien sea en materia adquisitiva o extintiva. La prescripción extintiva atañe al deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo que está fijado en la Ley, es decir, que la reclamación de los derechos que se pretenden adquiridos está sujeta a un lapso en el que deben ser solicitados.

Puntualizado lo anterior, se precisa que, la regla de vinculación del precedente judicial busca armonizar y salvaguardar los principios de igualdad y seguridad jurídica para que asuntos idénticos se decidan de la misma forma.

Sobre el particular, la línea jurisprudencial por parte del Consejo de Estado como órgano de cierre de esta jurisdicción, ha señalado la procedencia del fenómeno prescriptivo en el lapso de 3 años, cuando la reclamación del derecho no ha tenido lugar en este lapso siguiente a la terminación de la relación laboral de la que se derivan los reconocimientos laborales pretendidos. Al respecto, manifestó<sup>4</sup>:

*“En esta oportunidad , la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama. Lo anterior quiere decir que, si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, **so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan**”. (Negritas de la Sala)*

Lo anterior significa que, si bien es cierto solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de declaratoria de dicha relación laboral debe formularse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Sub Sección “A”. CP P: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 9 de Abril de 2014. Radicación No. 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13). Apelación Sentencia. Autoridades Departamentales. Actor: Rosalba Jiménez Pérez y otros.

del vínculo contractual, so pena que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.

En igual sentido, en sentencia del 21 de abril de 2016, se pronunció el Consejo de Estado<sup>5</sup>, y dejó dicho:

*“(…) Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que, aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a 3 años”.*

*(…)*

**Y en lo concerniente a la prescripción está determinado, que el plazo razonable con el que cuenta el accionante para solicitar la declaratoria de la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos laborales subyacentes, es de 3 años siguientes a la terminación del último contrato.** (Subrayado y negrillas de la Sala)

La anterior postura fue reiterada en providencia calendada el 16 de junio de 2016<sup>6</sup>, atinente al término de prescripción de derechos prestacionales derivados del contrato realidad, que en aparte reza:

*“Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda, sólo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la **solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.**”* (Resaltado de la Sala)

Posteriormente, la Sección Cuarta del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en fallo de tutela del 3 de agosto de 2016<sup>7</sup>, en relación con dicho aspecto, expuso:

*“..En el asunto bajo examen, como bien lo señalaron los operadores judiciales demandados, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Germán Arias Pamplona tendía a que se declarara la nulidad de las resoluciones que negaron el reconocimiento de la relación laboral y el pago de sus prestaciones; **sin embargo, se tiene que el mismo terminó su relación laboral el 29***

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda – subsección “A”, CP. Dr. Gabriel Valbuena Hernández Rad.:05001 23 31 000 2005 00902 01 (3147–2014). Actor: Fredy Alberto Vanegas Lotero. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

<sup>6</sup> Radicación N° 08001233100020030224901. Autoridades Distritales. No. Interno: 1317-15. Actor: Angélica de Jesús Villalba Suárez.

<sup>7</sup> Radicado bajo el No. 11001-03-15-000-2016-01680-00.



**de febrero de 2008 e instauró la demanda el 25 de abril de 2013, esto es, superando el término de 3 años que la Sección Segunda de esta Corporación ha establecido como un “plazo prudencial” para reclamar la existencia de la relación laboral. (Negrillas fuera del texto original)**

Finalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>8</sup> en la referida **sentencia del 25 de agosto de 2016, unificó la jurisprudencia** en materia de contrato realidad, fijando para la solución de este tipo de controversias las siguientes subreglas, dentro de las cuales destacan aquellas que se refieren a la prescripción de los derechos:

*“i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.*

*ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro-operario, no regresividad y progresividad.*

*iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*

*iv) 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, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).*

*v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.*

***vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho laboral de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es***

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016. MP. Carmelo Perdomo Cuéter. Rad. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

**imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).**

vii) **El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral ente el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.**

*De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados (...)” (Negrillas y subrayas de la Sala)*

De acuerdo con lo anterior itera la Sala que, si bien la prescripción de los derechos prestacionales en materia del denominado contrato realidad sólo tiene lugar con posterioridad a la declaración de existencia de la relación laboral, también es cierto que la solicitud de existencia de dicha relación laboral debe formularse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de la prescripción del derecho a que se haga tal declaración, a tono con lo dispuesto por el Consejo de Estado en los pronunciamientos aludidos, postura que acoge esta Colegiatura y que ha venido aplicando de manera reiterada, en cuanto una vez finiquitada la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral en un término no mayor de 3 años, **so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan** en aplicación de la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas, desarrollada por la Sección Segunda de esa Corporación, ello sin olvidar que **no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión**, en atención a la condición periódica del derecho pensional.

En el *sub-lite*, el demandante reclama el pago de prestaciones sociales durante los períodos en los cuales el demandante estuvo vinculado mediante contratos de prestación de servicios, y en los que se observan las siguientes interrupciones:

| Periodo de vinculación | Días de interrupción | Fecha de prescripción |
|------------------------|----------------------|-----------------------|
|------------------------|----------------------|-----------------------|

|                                                    |     |                         |
|----------------------------------------------------|-----|-------------------------|
| De 15 de agosto al 27 de octubre de 1997           | 0   | No aplica               |
| De 28 de octubre a 20 de noviembre de 1997         | 53  | No aplica               |
| De 10 de febrero a 7 de julio 1998                 | 0   | No aplica               |
| De 8 de julio a 28 de septiembre de 1998           | 0   | No aplica               |
| De 29 de septiembre a 28 de noviembre de 1998      | 46  | No aplica               |
| De 8 de febrero a 4 de mayo de 1999                | 0   | No aplica               |
| De 5 de mayo al 12 de agosto de 1999               | 0   | No aplica               |
| De 13 de agosto a 15 de septiembre de 1999         | 0   | No aplica               |
| De 16 de septiembre a 22 de noviembre de 1999      | 0   | No aplica               |
| De 23 de noviembre a 22 de diciembre de 1999       | 291 | 23 de diciembre de 2002 |
| De 28 de febrero a 6 de diciembre de 2001          | 0   | No aplica               |
| De 7 a 26 de diciembre de 2001                     | 0   | No aplica               |
| De 27 de diciembre de 2001 a 11 de marzo de 2002   | 0   | No aplica               |
| De 12 de marzo a 25 de junio de 2002               | 0   | No aplica               |
| De 26 de junio a 18 de septiembre de 2002          | 0   | No aplica               |
| De 19 de septiembre a 15 de octubre de 2002        | 0   | No aplica               |
| De 16 de octubre a 19 de diciembre de 2002         | 0   | No aplica               |
| De 20 de diciembre de 2002 a 18 de agosto de 2003  | 0   | No aplica               |
| De 19 de agosto a 15 de diciembre de 2003          | 0   | No aplica               |
| De 15 de diciembre de 2003 a 18 de mayo de 2004    | 0   | No aplica               |
| De 19 de mayo a 19 de diciembre de 2004            | 0   | No aplica               |
| De 20 de diciembre de 2004 a 13 de junio de 2005   | 0   | No aplica               |
| De 14 de junio a 20 de noviembre de 2005           | 0   | No aplica               |
| De 21 de noviembre a 20 de diciembre de 2005       | 19  | No aplica               |
| De 18 de enero a 10 de agosto de 2006              | 0   | No aplica               |
| De 11 de agosto a 31 de octubre de 2006            | 0   | No aplica               |
| De 1 a 15 de noviembre de 2006                     | 0   | No aplica               |
| De 16 de noviembre de 2006 a 16 de febrero de 2007 | 4   | No aplica               |
| De 23 de febrero a 14 de octubre de 2007           | 0   | No aplica               |
| De 15 de octubre a 22 de diciembre de 2007         | 0   | No aplica               |

|                                                 |    |                       |
|-------------------------------------------------|----|-----------------------|
| De 24 de diciembre de 2007 a 31 de mayo de 2008 | 7  | No aplica             |
| De 12 de junio a 19 de diciembre de 2008        | 24 | No aplica             |
| De 28 de enero a 31 de octubre de 2009          | 0  | No aplica             |
| De 1 de septiembre a 30 de noviembre de 2009    | 33 | No aplica             |
| De 21 de enero a 20 de diciembre de 2010        | 29 | No aplica             |
| De 1 de febrero a 30 de junio de 2011           | 5  | No aplica             |
| De 11 de julio a 16 de diciembre de 2011        | 25 | No aplica             |
| De 24 de enero a 4 de julio de 2012             | 2  | No aplica             |
| De 9 de julio a 14 de diciembre de 2012         | 24 | No aplica             |
| De 23 de enero a 16 de diciembre de 2013        | 21 | No aplica             |
| De 20 de enero a 12 de diciembre de 2014        | 29 | No aplica             |
| De 28 de enero a 11 de diciembre de 2015        | 32 | No aplica             |
| De 1 de febrero a 14 de diciembre de 2016       | 54 | No aplica             |
| De 2 de marzo a 10 de octubre de 2017           |    | 11 de octubre de 2020 |

De lo expuesto deben hacerse varias precisiones a saber:

- Esta sala dejó claro en el numeral anterior que, en virtud de las fechas de interrupciones de los contratos diferentes a la de 291 días, éstas por ser coincidentes con el calendario académico del SENA, no se tendrán como interrupciones que tuvieran la real intención de finalizar el vínculo contractual, de manera que, pese a la existencia de interrupciones superiores a 30 días hábiles, para esta Sala no dan lugar a solución de continuidad.

- No puede predicarse igual respecto de la interrupción de 291 días, ocurrida entre la terminación del contrato 1678 de 23 noviembre de 1999, que culminó el 22 de diciembre del mismo año; y que, tiene una interrupción de más de 1 año, que no encuentran justificación alguna.

- Respecto de la orden de trabajo número 104 de 31 de agosto de 2000, debe decirse que, en primer lugar, la misma no se relaciona por el demandante en el cuadro que relaciona los contratos de prestación de servicios suscrito entre el

demandante y la demandada y las fechas de las mismas, consignado en el hecho 3.2. de la demanda; no obstante, esta Sala lo relacionó porque el mismo SENA lo aporta con sus archivos del expediente administrativo, por lo que, no podía pasarse por alto su existencia.

Así, pese la existencia de la orden en mención, en vista de que la misma no tiene ninguna información adicional a la fecha, número de orden y objeto de la misma; careciendo de la precisión del extremo temporal o duración, no puede ésta ser objeto de estudio; así como tampoco encuentra la misma respaldo en las certificaciones proferidas por el SENA, se advierte la necesidad de dividir el estudio de la prescripción en dos periodos.

**Primer periodo:** Que transcurre entre el 22 de diciembre de 1999 y el 27 de febrero de 2001.

**Segundo periodo:** Contado desde la terminación del último contrato, que es el 10 de octubre de 2017, término que iría hasta el 11 de octubre de 2020.

Así las cosas, para la reclamación del primer periodo, el demandante tenía hasta el 23 de diciembre de 2002; y para el segundo periodo tenía hasta el 11 de octubre de 2020; no obstante, dentro del proceso obra una única reclamación administrativa, que se surtió el día 26 de septiembre de 2018 y la demanda se radicó el 19 de febrero de 2019; de manera que, debe declararse parcialmente próspera la excepción **prescripción extintiva propuesta por el SENA, respecto del primer periodo de órdenes de trabajo, comprendido entre el 15 de agosto de 1997 y el 27 de febrero de 2001**; dejando claro que, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de **las prestaciones sociales** derivadas del precario vínculo que sostuvo con el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA -, **desde el 28 de febrero de 2001 y el 10 de octubre de 2017**

Teniendo en cuenta lo razonado conforme a la orientación jurisprudencial traída a cita y desvirtuados los contratos de prestación de servicios y probada la existencia de una verdadera relación laboral entre el demandante y Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA -, **se dispondrá el reconocimiento** del conjunto de **prestaciones** generadas con ocasión del servicio desempeñado por la parte accionante y el consecuente **cómputo de ese tiempo para efectos**

**pensionales**, y el pago de las cotizaciones correspondientes a la seguridad social integral.

## **8. De las sumas que deben liquidarse y reconocerse al demandante.**

Por lo expuesto, y, al haberse demostrado la existencia de una relación laboral debido a las vinculaciones del demandante mediante contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA -, se dispondrá a reconocer y pagar al demandante, teniendo como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones legales que un instructor de sistemas de la planta del SENA tendría derecho.

De acuerdo a ello, pasa la Sala a resolver sobre las pretensiones que a título de restablecimiento del derecho solicita el demandante, esto es, cotizaciones al sistema de seguridad social; pagos de cesantías e intereses.

### **8.1. Pago de las prestaciones sociales.**

En virtud de lo expuesto se debe **condenar al** Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA -, el reconocimiento y pago en favor del señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos **las prestaciones sociales de orden legal** dejadas de percibir en virtud de los vínculos a través de contratos de prestación de servicios en el tiempo transcurrido **entre el 28 de febrero de 2001 y el 20 de diciembre de 2005; entre el 18 de enero de 2006 y el 16 de febrero de 2007; entre el 23 de febrero y el 22 de diciembre de 2007; entre el 24 de diciembre de 2007 y el 31 de mayo de 2008; entre el 12 de junio y el 19 de diciembre de 2008; entre el 28 de enero y el 30 de noviembre de 2009; entre el 21 de enero y el 20 de diciembre de 2010; entre el 1° de febrero y el 30 de junio de 2011; entre el 11 de julio y el 16 de diciembre de 2011; entre el 24 de enero y el 4 de julio de 2012; entre el 9 de julio y el 14 de diciembre de 2012; entre el 23 de enero y el 16 de diciembre de 2013; entre el 20 de enero y el 12 de diciembre de 2014; entre el 28 de enero y el 11 de diciembre de 2015; entre el 1° de febrero y el 14 de diciembre de 2016; y, entre el 2 de marzo y el 10 de octubre de 2017; excluyendo los periodos comprendidos entre el 21 de diciembre de 2005 y el 17 de enero de 2006; entre el 17 y el 22 de febrero de 2007; el 23 de diciembre de 2007; entre el 1 y el 12 de junio de 2008;**

entre el 20 de diciembre de 2008 y el 27 de enero de 2009; entre el 1° y el 20 de enero de 2010; entre el 21 de diciembre de 2010 y el 31 de enero de 2011; entre el 1° y el 10 de julio de 2011; entre el 17 de diciembre de 2011 y el 23 de enero de 2012; entre el 5 y el 8 de julio de 2012; entre el 15 de diciembre de 2012 y el 22 de enero de 2013; entre el 17 de diciembre de 2013 y el 19 de enero de 2014; entre el 13 de diciembre de 2014 y el 27 de enero de 2015; entre el 12 de diciembre de 2015 y el 31 de enero de 2016; y, entre el 15 de diciembre de 2016 y el 1° de marzo de 2017; y devengadas por el personal de planta que cumpla funciones similares, teniendo en cuenta además, los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

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

## **8.2. Del reconocimiento y pago de aportes a seguridad social.**

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

Sobre la devolución de los aportes **en salud y riesgos profesionales**, el Consejo de Estado<sup>7</sup>, concluyó sobre su improcedencia con *fundamento, en esencia, en que “...por su naturaleza parafiscal, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia del contrato realidad, estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretende el actor ejercer”*; de igual modo, en fallo más reciente, esta misma Corporación sostuvo en relación con aportes a pensión<sup>8</sup>:

*“(...) 51. Con independencia de cuál sea el régimen al que se encuentre afiliada la actora, pues no está corroborado en el expediente tal aspecto,*

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

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

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

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

A su vez, en anterior sentencia también del Consejo de Estado<sup>9</sup>, posición ratificada en adelante por otras más, se señaló<sup>10</sup>:

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

**Y en cuanto a los aportes en salud, establecidos en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el ente demandado deberá pagar a la**



**actora la cuota parte correspondiente entre el 25 de julio de 2009 y el 15 de marzo de 2012, salvo las interrupciones, siempre y cuando esta demuestre que asumió esa carga.**

También sobre el particular el Consejo de Estado<sup>11</sup>, indicó:

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

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

No obstante, ya en la sentencia de unificación por importancia jurídica del H. Consejo de Estado, SUJ-025-CE-S2-202113, a la cual se ha hecho referencia en este proveído, se dejó determinado como uno de los puntos precisamente a unificar, el que atañe a la devolución de los aportes a la Seguridad Social, específicamente **en salud** efectuados por el contratista, aspecto sobre el cual se estableció claramente la siguiente subregla:

*“(…)*

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

*“(…)*

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

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

constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

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

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

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

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

Ahora, en lo atinente a las sumas que fueron pagadas por el actor como cotización al sistema de seguridad social en **pensión**, el pronunciamiento de unificación del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo no estableció una regla expresa de improcedencia sobre la restitución al demandante de estos aportes que debieron ser asumidos en su condición de contratista durante el tiempo en que se suscribieron vedados contratos de prestación de servicios, como sí lo hizo en materia de salud y en gracia de discusión de ARL, como ya

se anotó. A lo anterior se suma que el tema enunciado no ha sido pacífico en las decisiones adoptadas por el H. Consejo de Estado como se colige de los extractos jurisprudenciales en cita, no obstante, este Tribunal acoge el criterio explicado por la Sección Segunda, Subsección B de esa alta Corporación, en providencia del 5 de agosto de 2021<sup>14</sup>, que aunque es anterior a la sentencia de unificación reciente, se basa en los mismos criterios de parafiscalidad de ésta y es proferida dentro de un asunto de similitud jurídica con el presente plenario, al resolver recurso de apelación contra decisión del Tribunal de Risaralda, en la cual se dijo:

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

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

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

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

*(…)*

*60. Ahora bien, de la misma forma, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones cuyos objetivos son garantizar a la población, el*

amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte, mediante el reconocimiento de una pensión y prestaciones determinadas en la Ley. También busca la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con el Sistema, está compuesto, fundamentalmente, por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

(...)

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

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

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

de empleador; los cuales deben estar debidamente acreditados por el demandante.

Dando aplicación a la directriz constitucional en el sentido que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, el cual tiene carácter imprescriptible; por lo que, el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA - deberá tener en cuenta los honorarios pactados en todos los contratos celebrados y calcular el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, mes a mes, a fin de establecer si existe diferencia entre los aportes realizados por aquella y los que se debieron efectuar, y **SE ORDENARA** cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador.

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

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

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

Finalmente, en este caso se debe declarar que, el tiempo laborado respecto de los períodos mencionados se debe computar para efectos pensionales.

## **9. Indexación.**

Finalmente, se dispondrá la actualización de la condena, aplicando para ello la siguiente fórmula<sup>14</sup>:

$$R. = Rh. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el artículo 192 del C.P.A.C.A. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

Por todo lo considerado, deberán declararse infundadas las excepciones propuestas por la demandada Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, denominadas *“Prescripción extintiva trienal y bienal”*, *“Prescripción a la luz de la sentencia CE-SUJ2-005 del 25/08/2016”*, *“Inexistencia de los elementos propios del contrato realidad”*, *“Interrupción contractual”*, *“Cobro de lo no debido”*, *“Compensación”*, y *“Genérica”*.

#### **10. Sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías.**

Respecto de esta pretensión, también se ha pronunciado el Consejo de Estado<sup>7</sup> en el siguiente sentido:

*“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.*

*En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibirlas, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas”.*

*Así las cosas, se declarará parcialmente probada la excepción de “Cobro de lo no debido” formulada por la entidad demandada.”*

Basta la cita realizada para concluir que, no hay lugar al reconocimiento de pago de sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías.

Por lo considerado, deberán declararse no probadas las excepciones que el SENA denominó *“inexistencia los (sic) elementos propios del contrato realidad, consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral”, “interrupción contractual”, “cobro de lo no debido”, y “Compensación”*

#### **11. Costas.**

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado<sup>5</sup> ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Una vez revisado el expediente, se advierte que la parte demandante intervino a través de apoderado judicial desplegando actuaciones útiles para la defensa de sus intereses, interpuso la demanda, actuó activamente en las audiencias de pruebas, y, presentó alegatos de conclusión. Por lo tanto, se condenará en costas por concepto de agencias en derecho a cargo de la parte demandada y en favor de la parte demandante. La liquidación del monto de las mismas se hará en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

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

### **III. Falla**

**Primero: Declárase** la nulidad del Oficio 2-2018-003796 del 17 de octubre de 2018, por medio del cual el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, negó el reconocimiento de una relación laboral y el pago de sumas de dinero por

concepto de salarios y prestaciones sociales, del señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos.

**Segundo: Como consecuencia, se declara** la existencia de una relación laboral entre el señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos y el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, por la duración de los contratos con ocasión de los cuales se desempeñó como instructor de dicha entidad, esto, es, entre el **15 de agosto y el 27 de octubre de 1997; entre el 28 de octubre y el 20 de noviembre de 1997; entre el 10 de febrero y el 7 de julio de 1998; entre el 8 de julio y el 28 de septiembre de 1998; entre el 29 de septiembre y el 8 de noviembre de 1998; entre el 8 de febrero y el 4 de mayo de 1999; entre el 5 de mayo y el 12 de agosto de 1999; entre el 13 de agosto y el 15 de septiembre de 1999; entre el 16 de septiembre y el 22 de noviembre de 1999; y, entre el 23 de noviembre y el 22 de diciembre de 1999; entre el 28 de febrero de 2001 y el 20 de diciembre de 2005; entre el 18 de enero de 2006 y el 16 de febrero de 2007; entre el 23 de febrero y el 22 de diciembre de 2007; entre el 24 de diciembre de 2007 y el 31 de mayo de 2008; entre el 12 de junio y el 19 de diciembre de 2008; entre el 28 de enero y el 30 de noviembre de 2009; entre el 21 de enero y el 20 de diciembre de 2010; entre el 1° de febrero y el 30 de junio de 2011; entre el 11 de julio y el 16 de diciembre de 2011; entre el 24 de enero y el 4 de julio de 2012; entre el 9 de julio y el 14 de diciembre de 2012; entre el 23 de enero y el 16 de diciembre de 2013; entre el 20 de enero y el 12 de diciembre de 2014; entre el 28 de enero y el 11 de diciembre de 2015; entre el 1° de febrero y el 14 de diciembre de 2016; y, entre el 2 de marzo y el 10 de octubre de 2017.**

**Tercero: Se declara parcialmente próspera la excepción prescripción extintiva propuesta por el SENA, respecto del primer periodo de órdenes de trabajo, comprendido entre el 15 de agosto de 1997 y el 27 de febrero de 2001, excepto en lo relacionado con los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.**

**Cuarto: Se declaran infundadas** las excepciones propuestas por el SENA denominadas *“Inexistencia de los elementos propios del contrato realidad”*, *“Interrupción contractual”*, *“Cobro de lo no debido”*, *“Compensación”*, y *“Genérica”*.



**Quinto:** Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **se condena al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA**, a pagar en favor del demandante, señor Felipe Mauricio Villaneda Hoyos **las prestaciones sociales de orden legal** dejadas de percibir en virtud de los vínculos a través de contratos de prestación de servicios en el tiempo transcurrido **entre el 28 de febrero de 2001 y el 20 de diciembre de 2005; entre el 18 de enero de 2006 y el 16 de febrero de 2007; entre el 23 de febrero y el 22 de diciembre de 2007; entre el 24 de diciembre de 2007 y el 31 de mayo de 2008; entre el 12 de junio y el 19 de diciembre de 2008; entre el 28 de enero y el 30 de noviembre de 2009; entre el 21 de enero y el 20 de diciembre de 2010; entre el 1° de febrero y el 30 de junio de 2011; entre el 11 de julio y el 16 de diciembre de 2011; entre el 24 de enero y el 4 de julio de 2012; entre el 9 de julio y el 14 de diciembre de 2012; entre el 23 de enero y el 16 de diciembre de 2013; entre el 20 de enero y el 12 de diciembre de 2014; entre el 28 de enero y el 11 de diciembre de 2015; entre el 1° de febrero y el 14 de diciembre de 2016; y, entre el 2 de marzo y el 10 de octubre de 2017; excluyendo los periodos comprendidos entre el 21 de diciembre de 2005 y el 17 de enero de 2006; entre el 17 y el 22 de febrero de 2007; el 23 de diciembre de 2007; entre el 1 y el 12 de junio de 2008; entre el 20 de diciembre de 2008 y el 27 de enero de 2009; entre el 1° y el 20 de enero de 2010; entre el 21 de diciembre de 2010 y el 31 de enero de 2011; entre el 1° y el 10 de julio de 2011; entre el 17 de diciembre de 2011 y el 23 de enero de 2012; entre el 5 y el 8 de julio de 2012; entre el 15 de diciembre de 2012 y el 22 de enero de 2013; entre el 17 de diciembre de 2013 y el 19 de enero de 2014; entre el 13 de diciembre de 2014 y el 27 de enero de 2015; entre el 12 de diciembre de 2015 y el 31 de enero de 2016; y, entre el 15 de diciembre de 2016 y el 1° de marzo de 2017; y devengadas por el personal de planta que cumpla funciones similares, teniendo en cuenta además, los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.**

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

certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación).

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

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

**Sexto: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.**

**Séptimo: Condenar en costas a la parte demandada y en favor del demandante**

**Octavo:** La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 188, 189 y 192 del CPACA.

Las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia según lo previsto en el CPACA.

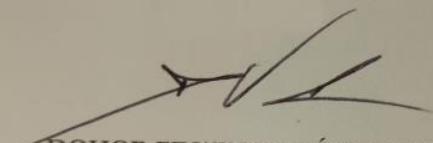
**Noveno:** Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

**Notifíquese y cúmplase**

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



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cinco (5) de mayo de dos mil veintitres (2023).

|                  |                                        |
|------------------|----------------------------------------|
| Medio de control | Nulidad y restablecimiento del derecho |
| Radicación       | 17001 23 33 000 2020 00268 00          |
| Demandante       | Lina María Gómez Eastman               |
| Demandado        | Servicio Nacional de Aprendizaje-SENA. |
| Providencia      | Sentencia No. 70                       |

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

I. Antecedentes:

1. Declaraciones y condenas.

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

“

1.1 PRINCIPAL

1.1 PRINCIPAL

1.1.1 Que se declare la nulidad del acto Administrativo contenido en el oficio No. 17-2-2020-000991 del 13 de febrero de 2020, con dicho acto administrativos se da respuesta y niegan la petición de solicitud de que se declarara y reconociera la relación contractual desarrollada desde el 19 de noviembre del 2.010 hasta el 15 de diciembre de 2017.

1.1.1.1. Que como consecuencia de la nulidad, a título del restablecimiento del derecho se reconozcan y cancelen a favor de mi prohijado, todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto es: **Aporte a Pensión** dejadas de pagar por la entidad accionada y cancelados con dineros de mi representad tomándose como base los honorarios percibido correspondiente para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos reajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden, cuyo valor se aprecia en el numeral 8 de la demanda. **VALOR 32.225.663, más corrección monetaria hasta el momento del pago.**

1.1.1.2. Que como consecuencia de la nulidad a título del restablecimiento del derecho se reconozcan y cancelen a favor de mi prohijado, todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto es: **Aporte de Salud** dejadas de pagar por la entidad accionada y cancelados con dineros de mi representad tomándose como base los honorarios percibido correspondiente para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos reajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden, cuyo valor se aprecia en el numeral 8 de la demanda. **VALOR \$ 22.710.684, más corrección monetaria hasta el momento del pago.**

1.1.1.3. Que como consecuencia de la nulidad a título del restablecimiento del derecho se reconozcan y cancelen a favor de mi prohijado, todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto es: **Aporte de Riesgos Profesionales** dejadas de pagar por la entidad accionada y cancelados con dineros de mi representad tomándose como base los honorarios percibido correspondiente para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos reajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden, cuyo valor se aprecia en el numeral 8 de la demanda. **VALOR \$ 2.663.686, más corrección monetaria hasta el momento del pago.**

1.1.1.4. Que como consecuencia de la nulidad a título del restablecimiento del derecho se reconozcan y cancelen a favor de mi prohijado, todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto es: **pagos de las vacaciones** dejadas de pagar por la entidad accionada tomándose como base los honorarios percibido correspondiente para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos reajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden, cuyo valor se aprecia en el numeral 8 de la demanda. **VALOR \$ 15.159.476 más corrección monetaria hasta el momento del pago.**

Que como consecuencia de la nulidad a título del restablecimiento del derecho se reconozcan y cancelen a favor de mi prohijado, todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto es: **pagos de las primas de servicio** dejadas de pagar por la entidad accionada tomándose como base los honorarios percibido correspondiente para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos reajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden, cuyo valor se aprecia en el numeral 8 de la demanda. **VALOR \$ 21.656.766 más corrección monetaria hasta el momento del pago.**

1.1.1.6. Que como consecuencia de la nulidad a título del restablecimiento del derecho se reconozcan y cancelen a favor de mi prohijado, todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto es: **pagos de las primas de navidad** dejadas de pagar por la entidad accionada tomándose como base los honorarios percibido correspondiente para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos reajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden, cuyo valor se aprecia en el numeral 8 de la demanda. **VALOR \$ 21.656.766, más corrección monetaria hasta el momento del pago.**

1.1.1.7. Que como consecuencia de la nulidad a título del restablecimiento del derecho se reconozcan y cancelen a favor de mi prohijado, todos los derechos que emanan de una relación laboral, esto

es: **pagos cesantías e intereses** a las mismas dejadas de pagar por la entidad accionada tomándose como base los honorarios percibido correspondiente para cada uno de los años en reclamación, con sus respectivos reajustes anuales, aplicados en salarios y demás prestaciones que por ley le corresponden, cuyo valor se aprecia en el numeral 8 de la demanda. **VALOR \$ 21.656.766 + \$ 2.598.916= \$ 24.255.682 más corrección monetaria hasta el momento del pago.**

**1.1.1.8. El valor total de las pretensiones es de \$ 140.328.722, como se aprecia en el numeral 8 de la demanda. Esto e de todo el tiempo laborado”**

## **2. Hechos.**

Los hechos de la demanda pueden resumirse en los siguientes:

- La señora Lina María Gómez Eastman laboró en el SENA Regional Caldas, durante el periodo de tiempo comprendido entre el 19 de noviembre de 2010 hasta el 15 de diciembre de 2017, mediante contratos de prestación de servicios.
- Que la labor desarrollada por la demandante se llevó a cabo en las instalaciones de la entidad accionada con elementos proporcionados por la misma, recibiendo remuneración por los servicios personales prestados y siendo sometida al cumplimiento de horarios y ordenes por parte de los coordinadores y/o supervisores.
- Que, las actividades desarrolladas por la demandante fueron en calidad de instructora en formación profesional virtuales y/o presenciales, apoyando el desarrollo de actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje, en el área de Gastronomía, en su sede y diferentes partes del territorio Departamental en donde funcionan sedes del SENA regional Caldas.

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

Refiere el apoderado de la demandante como normas vulneradas las siguientes:

- Constitución Nacional: Artículos 1º, 2º, 6º, 13º, 25º, 53º, 122º, 123º, 125º
- Decreto 3135 de 1968
- Decreto 1848 de 1969
- Decreto 1042 de 1978

- Numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Indica que Colombia es un estado social de derecho y el trabajo se erige como fundamento del orden jurídico y como tal, merece una protección especial pues es un derecho fundamental del ser humano; y que, el derecho a la igualdad está siendo violado al desconocerse los derechos reclamados por el accionante, reconociéndole los derechos a otras personas vinculadas a la institución bajo las mismas condiciones de subordinación y dependencia.

Precisa que las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos indistintamente y refiere que pertenece a la esencia de la labor docente que el servicio se preste personalmente y en subordinación al cumplimiento de los reglamentos educativos, a las políticas que fije el Ministerio de Educación, a la entidad territorial correspondiente para que administre dicho servicio público en su respectivo territorio, al pensum académico y al calendario escolar.

#### **4. Contestación de la demanda. (Documento 016 del expediente digital)**

La demandada se opone a las pretensiones de la demanda y se pronuncia frente a los elementos fácticos afirmando que no es cierto que la accionante estuvo laborando en dicha entidad, pues lo que ocurrió, fue que prestó sus servicios profesionales como instructora por horas de formación sin generarse en ningún momento una relación legal y reglamentaria.

Refiere que la accionante nunca estuvo bajo las órdenes de ningún funcionario y que, para el caso concreto, los respectivos supervisores de los contratos cumplieron con su función legal de vigilar, asesorar, controlar y aprobar el desarrollo de los contratos, de acuerdo con su alcance, pues es apenas lógico que una persona que se contrata para prestar servicios de capacitación debe actuar y desarrollar su labor dentro de los marcos y objetivos que tenga trazados la entidad contratante.

Afirma que la entidad solo le suministró a la demandante las herramientas y pedagogías básicas representadas en los contenidos mínimos de los módulos de aprendizaje y la estructura curricular, y que, la ejecución de los servicios de formación fueron en razón de la experiencia y capacitación que tenía la demandante en calidad de contratista desde el punto de vista técnico y científico como elemento esencial de los contratos de prestación de servicios.

Indicó que es pertinente tener en cuenta que la actividad debía desarrollarse personalmente, toda vez que se presume que la entidad decidió contratar a la accionante en razón de sus conocimientos especializados en el área de desempeño, lo que no implica subordinación.

Dice que, no es cierto que la demandante celebró contratos de prestación de servicios de forma continua desde 19 de noviembre de 2010 hasta el 15 de diciembre de 2017 en la Regional SENA Caldas, pues los mismos fueron de forma interrumpida, cuya duración fue por tiempo limitado e indispensable para ejecutar el objeto contractual, afirmando que son diferentes cada uno, sin que obre dentro del plenario pruebas que acrediten la continuidad de la demandante.

Finalmente propuso como excepciones las siguientes:

*“Prescripción”*, que funda en que, el artículo 41 del decreto 3135 de 1968, estipula que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dicho decreto prescribirán a partir de que la obligación se haya hecho exigible; y, cita el Decreto 1848 de 1969 en su artículo 102 que señala las acciones que emanan de los derechos consagrados en el decreto 3135 de 1968 y en esta preceptiva, “prescriben en tres años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.”; así como cita la sentencia CE-SUJ2-005 del 25/08/2016, indicando que, por tratarse de vinculaciones interrumpidas en el servicio público, el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a partir de la finalización de cada uno de los diferentes vínculos contractuales.

*“Inexistencia de los elementos propios del contrato realidad”*, porque no existen los elementos propios del contrato realidad, pues, pese a que la actividad debía desarrollarse personalmente toda vez que se presume que la entidad decidió



contratar al accionante en razón a sus conocimientos especializados en el área de desempeño; ello, no necesariamente implica subordinación.

Dice que hay inexistencia de una continuada subordinación o dependencia, afirmando que las entidades públicas están en plena atribución de pactar o trazar las directrices o instrucciones básicas sobre la manera y oportunidad de cómo debe cumplir con sus obligaciones el contratista, sin que ello se traduzca en dependencia o carencia de autonomía. Y que el accionante no devengó salario, pues el SENA le pagó a título de honorarios y mensualmente el valor de las horas efectivamente impartidas en la formación académica.

*“Inexistencia de la obligación y del demandado Servicio Nacional de Aprendizaje SENA - Regional Caldas”.*

Sostiene que, de las pruebas aportadas al proceso se desprende que las labores desarrolladas por la actora y el cumplimiento de las actividades específicas a ella encomendadas pueden materializarse a través de un contrato de prestación de servicios; y que, no puede endilgarse obligación laboral a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA porque el vínculo jurídico establecido con la demandante fue el de un contrato de prestación de servicios; en consecuencia, no existe obligación a cargo de la entidad que represento para el pago de las obligaciones laborales pretendidas por la actora por cuanto no se encuentran reunidos los presupuestos básicos para su reconocimiento.

*“Inexistencia de manifestación por el accionante de desequilibrio contractual”.*

Dice el apoderado que, esa equivalencia entre las obligaciones de una parte y de la otra, es justamente el pilar fundamental del equilibrio contractual, el cual no puede ser ignorado por las partes, so pena de incurrir además en violación de los principios de la buena fe, el respeto por el acto propio y la adecuada interpretación de los contratos, por lo que se extraña que en el proceso no obre una sola comunicación en la cual la demandante, durante todo el periodo por el que fuese contratada manifestara a la entidad la posible existencia de un desequilibrio contractual.

*“Buena fe y presunción de legalidad”*, que funda en que, el SENA al suscribir los contratos de prestación de servicios con la demandante, lo hizo bajo el entendido que ésta lo ejecutaría de buena fe y por consiguiente se obligaba al

cumplimiento de lo pactado en sus cláusulas por lo que no es dable entonces predicar la existencia de un vínculo de carácter laboral cuando la misma demandante manifestó su voluntad de prestar sus servicios mediante unos contratos regidos por la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, a más de que en el plenario no obra probanza alguna que permita inferir que los mismos no fueron ejecutados en la forma como allí se pactó.

*“Cobro de lo no debido”*, por no existir vínculo laboral que genere obligación alguna.

*“Excepción de insuficiencia probatoria”*, refiere que, las pretensiones de la demanda deben ser desestimadas, teniendo en cuenta que el material probatorio allegado con ésta, no se advierte prueba alguna que permita acreditar el supuesto fáctico que sirve de fundamento para las pretensiones.

También propone la excepción de *“compensación”*, dado el caso de reconocimiento alguno de los derechos reclamados, que, se deberá reconocer y pagar algún crédito laboral, solicitando que, se tenga en cuenta lo ya cancelado por la entidad con ocasión de los contratos de prestación de servicios; y propone la *“genérica”*.

## **5. Alegatos de conclusión.**

### **- Demandada SENA (Documento 033 del expediente digital)**

Reitera lo expuesto en la contestación de la demanda, especialmente lo relacionado con la prescripción y la ausencia de subordinación, afirmando que, existe en este caso prescripción a luz de la sentencia CE-SUJ2-005 del 25 /08/ 2016, afirmando que, en el caso de llegarse a la conclusión que si existió una continuada subordinación y dependencia, solicita se declare la prescripción de las prestaciones sociales de acuerdo con la sentencia en mención, ello, por la existencia de la relación laboral y que no fueron reclamadas dentro de los tres años siguientes a la finalización de los diferentes periodos contractuales con la salvedad de lo referente a los aportes a pensión.

Lo anterior, por tratarse a su juicio, de vinculaciones interrumpidas al servicio público, el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a partir de

la finalización de cada uno de los diferentes vínculos contractuales; refiriendo la prescripción entre el periodo de 19 de noviembre de 2010 y el 14 de diciembre de 2016.

En cuanto a la subordinación y dependencia, afirma que, una vez analizadas que las pretensiones se encuentran en su mayoría prescritas, quedando por analizar el contrato del año 2017, debiendo ser desestimadas las pretensiones de la demanda respecto de éste, teniendo en cuenta el material probatorio allegado con la demanda, pues, no se advierte prueba alguna que permita acreditar el supuesto fáctico que sirve de fundamento para las pretensiones de este asunto, incumpliendo con la carga probatoria, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso.

Cita que, de las planillas de pago se puede determinar que el desarrollo del objeto contractual en el 2017 fue de formación complementaria, observando que, prestaba la demandante sus servicios en los barrios de la ciudad de Manizales, sin que el SENA diera el espacio físico, y en muchos casos tampoco, los materiales de la formación.

De los testimonios rendidos en el proceso, resalta que, de ellos no resulta posible concluir que, se haya dado un contrato de trabajo entre la demandante y la demandada SENA; pues los testigos tienen un precario conocimiento de los hechos, pues solo se prueba que hay coordinación y no subordinación; siendo sus versiones apreciaciones generales que no permiten identificar si la demandante se encontraba efectivamente en situación de subordinación y dependencia continuada.

Concluye que, no se demostró que la señora Lina María Gómez Eastman se encontraba en una continuada subordinación frente al SENA, por lo cual no tiene vocación de prosperidad lo pedido.

**- Parte demandante (Documento 035 del expediente digital)**

Reitera lo planteado en la demanda, hace un recuento de la ley 80 en lo relacionado con los contratos de prestación de servicios, el principio de primacía de realidad sobre las formas, y pronunciamientos del Consejo de Estado.

De igual manera se pronuncia sobre las pruebas que reposan dentro del proceso y afirma que, se encuentra demostrado de los testimonios de las señoras María Roció Chica de Espinosa y María Elena Castaño, dan cuenta de su interacción con Lina María Gómez Eastman, en su labor de instructora al interior del SENA en la sede de Maltería, y que, se refieren al desarrollo de las funciones de esta como instructora en el área de cocina o gastronomía, utilizando las instalaciones, equipos e instrumentos suministrados por el SENA para su labor, además de supeditarse a los diseños o contenidos curriculares que el SENA en el orden nacional tiene definidos para los programas de formación del área de cocina.

Que, en la declaración de la señora María Elena Castaño, quien ejerció como instructora de planta del SENA hasta el año 2013, se dice que, las actividades desarrolladas como instructora de la señora Lina María Gómez eran exactamente iguales a las actividades que debía desarrollar el instructor de planta frente a los aprendices.

Reitera lo expuesto en la demanda, y concluye que, en el caso de la demandante, confluyen los elementos necesarios para la declaratoria de un contrato realidad.

## **6. Concepto del Ministerio Público.**

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 20 de octubre de 2021, que se encuentra en el documento 036 del expediente digital.

### **I. Consideraciones de la Sala**

#### **1. Problemas jurídicos a resolver:**

*¿Debe, en el presente asunto, declararse la nulidad del oficio 17-2-2020-000991 de 13 de febrero de 2020, mediante el cual se le negó a la señora Lina María Gómez Eastman el reconocimiento de una relación laboral encubierta por estar configurados los presupuestos fácticos y jurídicos para ello?*

*Para resolver lo anterior, es necesario establecer si ¿entre el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA - la señora Lina María Gómez Eastman Hoyos existió una relación laboral, que la hace acreedora del*

*pago de salarios y prestaciones sociales, de acuerdo con la labor que desempeñaba, mediante contratos de prestación de servicios; con las consecuencias jurídicas que de ello se desprende?*

## **2. Análisis normativo.**

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

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

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

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

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

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

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

El artículo 122 inciso primero Constitucional precisa:

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

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

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

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

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

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”. (Subraya la Sala).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **3. Análisis jurisprudencial.**

El Consejo de Estado<sup>1</sup>, ha unificado recientemente mediante sentencia, los criterios necesarios para definir la existencia de una verdadera relación laboral, existente tras la modalidad de contratos de prestación de servicios en el siguiente sentido:

*“(…) 101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de*

identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcionarial. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

## **2. Subordinación continuada**

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

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

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

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

106. iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo



que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

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

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

### 3. **Prestación personal del servicio**

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

### 4. **Remuneración**

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

#### 4. Análisis fáctico.

##### 1. De la prueba documental que reposa dentro del proceso.

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

Contratos de prestación de servicios, respaldados en varias certificaciones algunos de ellos y sus extremos temporales por parte del SENA:

| CONTRATO NRO. | DURACIÓN                                       | OBJETO                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|---------------|------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 195 de 2010   | 19 de noviembre 2010 a 23 de diciembre de 2010 | Prestación de servicios profesionales como instructora contratista por horas de formación en Gastronomía para discapacitados, impartiendo horas de formación profesional presencial y/o virtual, en los programas de formación profesional integral del Centro de Comercio y Servicios del SENA                                                                                                                                                                                                |
| 24 de 2011    | 1 de febrero de 2011 a 30 de junio de 2011     | Prestación de servicios profesionales como instructora contratista por horas de formación en Cocina para discapacitados.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
| 169 de 2011   | 11 de julio de 2011 a 16 de diciembre de 2011  | Prestación de servicios temporales como instructor, por periodo fijo, para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales, en el Centro de Comercio y Servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos, diseño de actividades de aprendizaje, en el área de alimentos y bebidas (cocina) discapacitados.                                                                                                                 |
| 18 de 2012    | 24 de enero de 2011 a 4 de julio de 2012       | Prestación de servicios temporales como instructor, por periodo fijo, para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales, en el Centro de Comercio y Servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos, diseño de actividades de aprendizaje Cocina.                                                                                                                                                                     |
| 173 de 2012   | 9 de julio de 2012 a 14 de diciembre de 2012   | Prestación de servicios profesionales como instructora contratista por horas de formación en Cocina para discapacitados                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| 255 de 2013   | 23 de enero de 2013 a 16 de diciembre de 2013  | Prestación de servicios personales de carácter temporal como instructor por periodo fijo, para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales, en el Centro de Comercio y Servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos, diseño de actividades de aprendizaje, en el área de cocina, así como actividades de capacitación y/o auditoría para el Sistema Integrado de Gestión de Calidad SENA que acuerden las partes. |
| 0096 de 2014  | 20 de enero de 2014 a 31 de agosto de 2014     | Prestación de servicios personales de carácter temporal como instructor por periodo fijo, para la                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |

|                                     |                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|-------------------------------------|------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Otro sí 096 de 16 de agosto de 2014 | De 1 de septiembre de 2014 a 12 de diciembre de 2014 | ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales, en el Centro de Comercio y Servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos, diseño de actividades de aprendizaje, en el área de cocina, así como actividades de capacitación y/o auditoría para el Sistema Integrado de Gestión de Calidad SENA que acuerden las partes. |
| 00334 de 2015                       | 28 de enero de 2015 a 11 de diciembre de 2015        | Prestación de servicios personales de carácter temporal como instructor por periodo fijo, para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales, en el Centro de Comercio y Servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos, diseño de actividades de aprendizaje, en el área de cocina.                                |
| 192 de 2016                         | 01 de febrero de 2016 a 14 de diciembre de 2016      | Prestación de servicios personales de carácter temporal como instructor por periodo fijo, para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales, en el Centro de Comercio y Servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos, diseño de actividades de aprendizaje, en el área de gastronomía.                           |
| 413 de 2017                         | 25 de enero de 2017 a 15 de diciembre de 2017        | Prestación de servicios personales de carácter temporal como instructor por periodo fijo, para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales, en el Centro de Comercio y Servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos, diseño de actividades de aprendizaje, en el área de gastronomía.                           |

Debe decirse que hay un total de 10 contratos que dan cuenta de la vinculación de la señora Lina María Gómez Eastman, suscritos entre el 19 de noviembre de 2010 y el 15 de diciembre de 2017 (Carpeta de antecedentes administrativos).

Los mencionados documentos tienen además del objeto, el valor de la remuneración mensual por las actividades prestadas, duración y lugar de ejecución, entre otros; y son coincidentes en que el objeto general era la prestación de servicios como instructora en el área de cocina y de gastronomía; y si bien es cierto que, no todos los objetos son absolutamente idénticos; e objeto de manera general, de todos ellos era el mismo, la prestación de servicios de manera personal de la señora Lina María Gómez Eastman al SENA regional Caldas, para la formación en el área de cocina y gastronomía.

## 2. De la prueba testimonial.

Dentro de este asunto se recibieron en total 3 testimonios, de los cuales se permite la Sala extraer los apartes de mayor relevancia:

**María Rocío Chica de Espinosa.**

- Dijo que conoce a la demandante, señora Lina María Gómez Eastman desde el año de 2002 que dice haber ingresado al SENA.

- Afirma que, la demandante era su instructora de Cocina en el SENA (instructora de la testigo).

Que la demandante daba cursos complementarios de Cocina en la mañana, en la tarde y en la noche. Y la formación titulada la daba en las instalaciones del SENA, y, los cursos complementarios que se daban a empresas u otras personas, en diferentes áreas acordadas, previa solicitud al SENA.

- Sostuvo que la demandante fue instructora hasta el año 2017; y que, el SENA tenía los diseños curriculares de los cursos de formación, los cuales suministraba a los instructores; pues el SENA es quien dice qué, dónde y cuándo es lo que deben hacer; dando igualmente el SENA los cuadros de turnos para las formaciones, con el horario a cumplirse, indicando cuántas horas se debía trabajar.

- Que las actividades curriculares y académicas las cumplía en horarios de la mañana, tarde y noche.

- Que la señora Lina María Gómez Eastman tenía un inventario de las cosas de la escuela de gastronomía, como los utensilios de la cocina, y todo lo que hacía parte de dicha escuela.

- Que debía rendir informes a todo lo que hacía a los interventores, que eran personal administrativo del SENA, debiendo indicar de sus labores al Coordinador Académico, y al subdirector del centro.

- Que la demandante, y los que estaban por contratos de prestación de servicios, eran como “*funcionarios normales*” del SENA, pero con otro tipo de vinculación.

- Que, en las materias de formación titulada, era el SENA quien daba los elementos necesarios, los materiales que se requerían de dicha formación.

- Sostiene la testigo que, la demandante se ganó un concurso para ir a Francia con otros instructores del SENA; así como que, asistía a los grupos primarios que eran obligatorios, y a los cuales debía hacer presencia todo el personal del SENA.

- Dice la testigo que ella conocía tan bien la ejecución del contrato de la demandante, porque ella le ayudaba a hacer lo administrativo, pues la señora

Lina María Gómez Eastman estaba perdiendo su visión, siendo retirada en el año 2010 por una incapacidad.

### **Octavio López Hoyos**

- Este testigo afirmó que, conocía a la señora Lina María Gómez Eastman porque, su esposa trabajaba en el SENA, y él acudía diariamente a llevarla, así como a recogerla en horas de la tarde; sumado a que, eran vecinos de barrio; y él (testigo) fue también estudiante del SENA.
- Que cuando estaba en el SENA veía a la demandante ejercer sus funciones como instructora, dando clases de cocina, y que la veía en el SENA a las horas de la tarde que iba a recoger a su esposa.
- Que la veía salir todas las mañanas de su casa, asumiendo que iba al SENA a cumplir sus labores, y cuando él iba, bien como estudiante o como esposo de una instructora de allí, se la encontraba dando clases.

### **María Elena Castañeda Londoño**

- Afirma esta testigo que, fue compañera de trabajo de la demandante Lina María Gómez Eastman, que la conoce desempeñándose allí desde el año 1997, que se retiró en el 2010, y luego regresó en el 2010 hasta el año 2017; y que la testigo era instructora de planta del SENA.
- Que la demandante se desempeñaba como instructora de gastronomía, dando cursos de formación certificada y de aptitudes profesionales, sabiendo bien ello, pues la testigo, dice haber sido parte del equipo de trabajo de la señora Lina María Gómez Eastman.
- Sostiene que la demandante debía rendir informes mensuales para efecto del pago a realizar por el SENA.
- Que tanto la demandante como los instructores de planta del SENA debía asistir de manera obligatorio a las reuniones denominadas grupos primarios, las cuales eran convocadas por los jefes y los coordinadores.
- Dice que muchas veces debían trabajar días compensatorios para poder tener algunos días de descanso.
- Afirma que a la demandante le dieron un viaje a Europa como reconocimiento por parte del SENA, quien patrocinó y autorizó la capacitación en el exterior.
- Que la demandante cumplía sus funciones en horas de la mañana, de la tarde y de la noche, porque en esos horarios se impartía la formación; horarios que suministraba la coordinación académica del SENA.

- Que era la dirección general del SENA quien asignaba el contenido de los programas que se debían dar, que definía horarios y contenido.

## **5. Caso concreto.**

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

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

De las pruebas documentales estudiadas, así como de los testimonios rendidos, de los cuales fueron reseñados los apartes de mayor relevancia en el numeral 4, se evidencia que, la señora Lina María Gómez Eastman realizaba actividades de instructora de cocina en el SENA Regional Caldas, cumpliendo las mismas funciones y horarios que las de los instructores empleados de planta de la entidad.

Que los horarios, el contenido de la formación, los insumos para la formación en cocina, y de la escuela gastronómica; y, las directrices para el cumplimiento del contrato eran dados por el SENA, sin que hubiera posibilidad de modificaciones en éstos; cumpliendo además con la formación en las tres jornadas de formación que tenía el SENA, como lo eran mañana, tarde y noche.

Con relación a las labores de instructora, se acreditó que, esas labores eran realizadas igualmente por empleados de planta de la demandada, sin precisarse diferencia alguna en la formación, los horarios, el contenido brindado, ni nada relacionado con lo académico, más allá de la diferencia de los pagos realizados, más no, de las actividades desempeñadas.

El SENA es quien define los programas de formación, su contenido y los horarios de la misma, teniendo como jefes inmediatos al Coordinador académico y el subdirector del centro.

Ahora, respecto de sus labores como instructora, no puede decirse que, la demandante tuviera la potestad para impartir su conocimiento de manera discrecional, pues había un programa curricular ya definido por la entidad; y tampoco se encuentra acreditado que tenía contratos con otras entidades educativas o de otra naturaleza, lo cual evidencia la subordinación, dependencia y cumplimiento de horarios determinados por la demandada.

Sumado a lo anterior, en este caso particular que se discute la prestación del servicio de un contratista que imparte formación en el SENA, se hace necesario acudir a lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la ley 119 de 1994 por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones:

**“Artículo 2o. Misión.** El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, está encargado de cumplir la función que corresponde al Estado de invertir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos; ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país.”

**“Artículo 3o. Objetivos.** El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, tendrá los siguientes objetivos: 1. Dar formación profesional integral a los trabajadores de todas las actividades económicas, y a quienes, sin serlo, requieran dicha formación, para aumentar por ese medio la productividad nacional y promover la expansión y el desarrollo económico y social armónico del país, bajo el concepto de equidad social redistributiva. 2. Fortalecer los procesos de formación profesional integral que contribuyan al desarrollo comunitario a nivel urbano y rural, para su vinculación o promoción en actividades productivas de interés social y económico. 3. Apropiar métodos, medios y estrategias dirigidos a la maximización de la cobertura y la calidad de la formación profesional integral. 4. Participar en actividades de investigación y desarrollo tecnológico, ocupacional y social, que contribuyan a la actualización y mejoramiento de la formación profesional integral. 5. Propiciar las relaciones internacionales tendientes a la conformación y operación de un sistema regional de formación profesional integral dentro de las iniciativas de integración de los países de América Latina y El Caribe. 6. Actualizar, en forma permanente, los procesos y la infraestructura pedagógica, tecnológica y administrativa para responder con eficiencia y calidad a los cambios y exigencias de la demanda de formación profesional integral.”

Por lo anterior, se entiende que la demandada SENA tiene un objetivo especial relacionado con la formación y capacitación a trabajadores de todas las formaciones académicas, cuyas funciones son permanentes de carácter permanente que cumple en desarrollo de su actividad, por lo que, las labores desempeñadas por la señora Lina María Gómez Eastman son las propias de un

instructor, siendo ellas del giro ordinario de su objeto social y por tanto necesarias y permanentes.

Ahora bien, con relación a las labores realizadas por instructores, el Consejo de Estado<sup>1</sup> ha dispuesto:

*“(…) de lo que se colige que las labores desempeñadas por el accionante como instructor son inherentes a su materialización, en tanto que no fueron temporales y están directamente relacionadas con ella (…).”*

Los anteriores medios de prueba ponen de manifiesto el elemento de **subordinación** que comporta el cumplimiento del objeto de los contratos celebrados entre las partes para la realización de actividades de docencia por parte de la demandante, subordinación que además se presume para este tipo de tareas de instrucción o docencia al servicio de entidades cuya misión, precisamente, corresponde a la formación educativa, lo que permite inferir un sometimiento permanente del docente a las directrices, órdenes e instrucciones emanadas de las autoridades educativas, conforme lo señala la jurisprudencia del Consejo de Estado, consolidada en la **Sentencia de Unificación de fecha 25 de agosto de 2016**, sobre el tema del contrato realidad, providencia que en este aspecto de la subordinación en la actividad docente señaló:

*“(…) La vinculación de **docentes bajo la modalidad de prestación de servicios**, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento **subordinación existente con el servicio público de educación**, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos (i) **se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas**, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado.”*

Con fundamento en la jurisprudencia en cita del Consejo de Estado, actividades como la docencia llevan implícito un elemento de subordinación y no independencia del servidor, ante la naturaleza de la función.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de 18 de marzo de 2021. Rad.: 23001-23-33-000-2016-00147-01(2420-19).



Por lo anterior, la Sala encuentra probado que la demandante prestó sus servicios en favor del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, en los períodos referidos en el cuadro contratos de prestación de servicios enlistados en el acápite de pruebas; y, resulta claro que, en el presente asunto confluyen los elementos de subordinación continuada, horario de labores y dirección de los servicios prestados; especialmente en este caso por prestar los servicios propios de un instructor del SENA; de quien se evidencia el cumplimiento de un horario, subordinación y dependencia, prestación personal del servicio, y pago de una contraprestación por los servicios prestados; así como tenía cargo el inventario de la Escuela Gastronómica, suministrando el SENA los elementos necesarios para que la demandante impartiera su formación en el área de cocina; y, donde, al cumplir con las obligaciones establecidas en los contratos de la señora Lina María Gómez Eastman guardan plena relación con el objeto social del SENA, orientadas al proceso de formación de aprendices; en este caso, en el área de cocina y gastronomía.

Finalmente, no hay discusión sobre que, el lugar de ejecución del contrato era el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA sede Manizales; y que, en los casos en que el servicio debió prestarse en otros lugares, era por direcciones precisas del mismo SENA.

### **5.2. De la prestación personal del servicio.**

No hay duda en este caso de la prestación personal del servicio por parte de la señora Lina María Gómez Eastman, ello desde el primer contrato del año 2010 hasta el último, en el año 2017, lo cual se acreditó con los contratos de prestación de servicios, así como con los testimonios rendidos en este asunto; especialmente por tratarse de una labor docente en este caso.

### **5.3. De la remuneración.**

Tampoco hay duda de la remuneración recibida por la demandante por la prestación de sus servicios como instructora del SENA; remuneración que se evidencia no solo en los contratos de prestación de servicios, sino en las constancias aportadas; además de haber sido una situación que fue corroborada por los testigos.

Finalmente, resalta la Sala que, el demandado Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA - no logró desvirtuar dentro de este asunto la subordinación continuada, el horario de labores de la demandante, la dirección de los servicios prestados; la prestación personal del servicio y la remuneración; y contrario a ello, se comprobó la falta de independencia de la demandante, el horario y la forma de prestar sus servicios; coincidiendo en este caso todos los elementos necesarios para la declaratoria de un contrato realidad,o una relación laboral encubierta.

Por lo anterior, se declarará la existencia de una relación laboral entre la demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, durante el tiempo en que estuvo vigente la vinculación a través de los contratos de prestación de servicio celebrados entre el Servicio Nacional Aprendizaje SENA y la demandante, durante el periodo que se definirá posteriormente, y, con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada por el demandante en su condición de Instructora de Cocina y Gastronomía en el centro de comercio y servicios del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA - Regional Caldas; como quiera que al Estado no le es dado beneficiarse de su conducta irregular y trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido contratado bajo esta modalidad, en cuanto el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad implica que se reconozca con certeza y efectividad todo derecho que deviene del despliegue real de una actividad laboral<sup>2</sup>.

Precisa la Sala que, comoquiera que las labores de instructor desarrolladas por la demandante estuvieron sujetas a las horas programadas por la entidad accionada y atendiendo las interrupciones ocurridas dentro de los extremos laborales, solo procederá el reconocimiento de los emolumentos prestacionales **sobre lo efectivamente ejecutado.**

## **6. De los extremos temporales en la prestación de servicios de la demandante.**

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, CP Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia del 23 de febrero de 2011. Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00041-01(0260-09). actor: María Stella Lancheros Torres. Demandado: Hospital Engativá II nivel ESE.

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

Dentro del expediente reposan 10 contratos de prestación de servicios, respaldados con certificaciones de algunos de ellos, proferidas por el SENA con sus correspondientes extremos temporales así:

| CONTRATO NRO.                                       | DURACIÓN                                                                                           |
|-----------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 195 de 2010                                         | 19 de noviembre 2010 a 23 de diciembre de 2010                                                     |
| <b>26 DÍAS</b>                                      |                                                                                                    |
| 24 de 2011                                          | 1 de febrero de 2011 a 30 de junio de 2011                                                         |
| <b>5 DÍAS</b>                                       |                                                                                                    |
| 169 de 2011                                         | 11 de julio de 2011 a 16 de diciembre de 2011                                                      |
| <b>25 DÍAS</b>                                      |                                                                                                    |
| 18 de 2012                                          | 24 de enero de 2011 a 4 de julio de 2012                                                           |
| <b>2 DÍAS</b>                                       |                                                                                                    |
| 173 de 2012                                         | 9 de julio de 2012 a 14 de diciembre de 2012                                                       |
| <b>24 DÍAS</b>                                      |                                                                                                    |
| 255 de 2013                                         | 23 de enero de 2013 a 16 de diciembre de 2013                                                      |
| <b>21 DÍAS</b>                                      |                                                                                                    |
| 0096 de 2014<br>Otro sí 096 de 16 de agosto de 2014 | 20 de enero de 2014 a 31 de agosto de 2014<br>De 1 de septiembre de 2014 a 12 de diciembre de 2014 |
| <b>29 DÍAS</b>                                      |                                                                                                    |
| 00334 de 2015                                       | 28 de enero de 2015 a 11 de diciembre de 2015                                                      |
| <b>32 DÍAS</b>                                      |                                                                                                    |
| 192 de 2016                                         | 01 de febrero de 2016 a 14 de diciembre de 2016                                                    |
| <b>28 DÍAS</b>                                      |                                                                                                    |
| 413 de 2017                                         | 25 de enero de 2017 a 15 de diciembre de 2017                                                      |

Para esclarecer lo relacionado con la continuidad o no de los contratos de prestación de servicio, es necesario acudir al pronunciamiento que ha hecho el Consejo de Estado<sup>3</sup> al respecto en reciente sentencia de unificación:

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

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

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación porimportancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

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

(...)

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

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo.<sup>[6]</sup> Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.<sup>[7]</sup>

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

De conformidad con lo probado dentro del proceso, en este caso hay

interrupciones de 26, 5, 25, 2, 24, 21, 29, 32 y 28 días; siendo el de mayor número de días, el correspondiente a contrato número 00334 que va del 28 de enero al 11 de diciembre de 2015, con interrupción de 32 días, respecto del contrato 132 que inicia el 1 de febrero de 2016.

Entendiendo de lo anterior, que por ser el SENA una institución educativa, los meses de diciembre y enero pueden corresponder al periodo vacacional de fin de año; este análisis respecto de las interrupciones descritas, las encuentran plena justificación; máxime cuando la única que supera los 30 días que menciona la jurisprudencia del Consejo de Estado, solo los supera por 2 días.

De conformidad con lo probado dentro del proceso, y con el pronunciamiento del Consejo de Estado, pese a que en este caso se advierten las interrupciones mencionadas, esta Sala acoge el criterio de la Corte Suprema de Justicia, ahora referido igualmente por el Consejo de Estado en su sentencia de unificación, sobre las interrupciones amplias y relevantes que desvirtúan la primacía de la realidad sobre las formas; ello, al guardar identidad los objetos de los contratos de prestación de servicios, desempeñando la demandante una labor misional, propia de la naturaleza del SENA como lo era la de ser instructora, brindar formación a sus educandos y, hacer de docente de cocina y gastronomía; por lo que respecto de las interrupciones mencionadas, se considera que no ha operado la solución de continuidad. Ello por no reflejar esas interrupciones intenciones reales de las partes de terminar el vínculo laboral, modificar el contrato, o cambiar el objeto del mismo, en proporción al término de continuidad en la prestación de los servicios de la ahora demandante, en vista que el primer contrato fue el 19 de noviembre de 2010 y el último, el 25 de enero de 2017, es decir, durante 7 años que estuvo vinculada al SENA en calidad de instructora de cocina y gastronomía.

Así las cosas, deberá en primer lugar, declararse la nulidad del Oficio número 17-2-2020-000991 del 13 de febrero de 2020, y como consecuencia de ello, declarar la existencia de una relación laboral encubierta entre las partes por los periodos comprendidos **entre el 19 de noviembre a 23 de diciembre de 2010; 1 de febrero a 30 de junio de 2011, 11 de julio a 16 de diciembre de 2011; 24 de enero a 4 de julio de 2012, 9 de julio a 14 de diciembre de 2012, 23 de enero a 16 de diciembre de 2013; de 20 de enero a 12 de diciembre de 2014;**

de 28 de enero a 11 de diciembre de 2015; de 1 de febrero a 14 de diciembre de 2016; y, de, 25 de enero a 15 de diciembre de 2017.

## 7. Prescripción.

En este punto es preciso el pronunciamiento sobre el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho a reclamar.

Al respecto, señala esta Sala de Decisión que, el límite temporal para la reclamación de los derechos referentes al régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, que establece lo siguiente:

*“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en **tres (3) años**, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.*

La prescripción es un fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo, de acuerdo con las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten, bien sea en materia adquisitiva o extintiva. La prescripción extintiva atañe al deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo que está fijado en la Ley, es decir, que la reclamación de los derechos que se pretenden adquiridos está sujeta a un lapso en el que deben ser solicitados.

Puntualizado lo anterior, se precisa que, la regla de vinculación del precedente judicial busca armonizar y salvaguardar los principios de igualdad y seguridad jurídica para que asuntos idénticos se decidan de la misma forma.

Sobre el particular, la línea jurisprudencial por parte del Consejo de Estado como órgano de cierre de esta jurisdicción, ha señalado la procedencia del fenómeno prescriptivo en el lapso de 3 años, cuando la reclamación del derecho no ha tenido lugar en este lapso siguiente a la terminación de la relación laboral de la

que se derivan los reconocimientos laborales pretendidos. Al respecto, manifestó<sup>4</sup>:

*“En esta oportunidad , la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama. Lo anterior quiere decir que, si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, **so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan**”.* (Negrillas de la Sala)

Lo anterior significa que, si bien es cierto solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de declaratoria de dicha relación laboral debe formularse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.

En igual sentido, en sentencia del 21 de abril de 2016, se pronunció el Consejo de Estado<sup>5</sup>, y dejó dicho:

*“(…) Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que, aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a 3 años”.*

*(…)*

**Y en lo concerniente a la prescripción está determinado, que el plazo razonable con el que cuenta el accionante para solicitar la declaratoria de la existencia del vínculo laboral y el pago de los derechos laborales subyacentes, es de 3 años siguientes a la terminación del último contrato.**” (Subrayado y negrillas de la Sala)

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda - Sub Sección “A”. CP P: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 9 de Abril de 2014. Radicación No. 20001 23 31 000 2011 00142 01 (0131-13). Apelación Sentencia. Autoridades Departamentales. Actor: Rosalba Jiménez Pérez y otros.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda – subsección “A”, CP. Dr. Gabriel Valbuena Hernández Rad.:05001 23 31 000 2005 00902 01 (3147–2014). Actor: Fredy Alberto Vanegas Lotero. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA.

La anterior postura fue reiterada en providencia calendada el 16 de junio de 2016<sup>6</sup>, atinente al término de prescripción de derechos prestacionales derivados del contrato realidad, que en aparte reza:

*“Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda, sólo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la **solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.**” (Resaltado de la Sala)*

Posteriormente, la Sección Cuarta del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en fallo de tutela del 3 de agosto de 2016<sup>7</sup>, en relación con dicho aspecto, expuso:

*“..En el asunto bajo examen, como bien lo señalaron los operadores judiciales demandados, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por el señor Germán Arias Pamplona tendía a que se declarara la nulidad de las resoluciones que negaron el reconocimiento de la relación laboral y el pago de sus prestaciones; **sin embargo, se tiene que el mismo terminó su relación laboral el 29 de febrero de 2008 e instauró la demanda el 25 de abril de 2013, esto es, superando el término de 3 años que la Sección Segunda de esta Corporación ha establecido como un “plazo prudencial” para reclamar la existencia de la relación laboral.** (Negritillas fuera del texto original)*

Finalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>8</sup> en la referida **sentencia del 25 de agosto de 2016, unificó la jurisprudencia** en materia de contrato realidad, fijando para la solución de este tipo de controversias las siguientes subreglas, dentro de las cuales destacan aquellas que se refieren a la prescripción de los derechos:

*“i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.*

*ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los **aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales***

<sup>6</sup> Radicación N° 08001233100020030224901. Autoridades Distritales. No. Interno: 1317-15. Actor: Angélica de Jesús Villalba Suárez.

<sup>7</sup> Radicado bajo el No. 11001-03-15-000-2016-01680-00.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016. MP. Carmelo Perdomo Cuéter. Rad. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).



**y los principios de in dubio pro-operario, no regresividad y progresividad.**

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) 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, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) **El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho laboral de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).**

vii) **El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral ente el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.**

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados (...)” (Negritas y subrayas de la Sala)

De acuerdo con lo anterior itera la Sala que, si bien la prescripción de los derechos prestacionales en materia del denominado contrato realidad sólo tiene lugar con posterioridad a la declaración de existencia de la relación laboral, también es cierto que la solicitud de existencia de dicha relación laboral debe

formularse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de la prescripción del derecho a que se haga tal declaración, a tono con lo dispuesto por el Consejo de Estado en los pronunciamientos aludidos, postura que acoge esta Colegiatura y que ha venido aplicando de manera reiterada, en cuanto una vez finiquitada la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral en un término no mayor de 3 años, **so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan** en aplicación de la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas, desarrollada por la Sección Segunda de esa Corporación, ello sin olvidar que **no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión**, en atención a la condición periódica del derecho pensional.

En el *sub-lite*, la demandante reclama el pago de prestaciones sociales durante los períodos en los cuales el demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios, y en los que se observan las siguientes **interrupciones**:

| Periodo de vinculación                                                                             | Días de interrupción | Fecha de prescripción   |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------|-------------------------|
| 19 de noviembre 2010 a 23 de diciembre de 2010                                                     | 26                   | No aplica               |
| 1 de febrero de 2011 a 30 de junio de 2011                                                         | 5                    | No aplica               |
| 11 de julio de 2011 a 16 de diciembre de 2011                                                      | 25                   | No aplica               |
| 24 de enero de 2011 a 4 de julio de 2012                                                           | 2                    | No aplica               |
| 9 de julio de 2012 a 14 de diciembre de 2012                                                       | 24                   | No aplica               |
| 23 de enero de 2013 a 16 de diciembre de 2013                                                      | 21                   | No aplica               |
| 20 de enero de 2014 a 31 de agosto de 2014<br>De 1 de septiembre de 2014 a 12 de diciembre de 2014 | 29                   | No aplica               |
| 28 de enero de 2015 a 11 de diciembre de 2015                                                      | 32                   | No aplica               |
| 01 de febrero de 2016 a 14 de diciembre de 2016                                                    | 28                   | No aplica               |
| 25 de enero de 2017 a 15 de diciembre de 2017                                                      |                      | 16 de diciembre de 2020 |

De lo expuesto deben hacerse varias precisiones a saber:

- Esta sala dejó claro en el numeral anterior que, en virtud que las fechas de interrupciones de los contratos, bien podrían ser coincidentes con el calendario académico del SENA; máxime cuando sólo una supera los 30 días, y en solo 2 días; no se tendrán como interrupciones que tuvieran la real intención de finalizar el vínculo contractual, de manera que, pese a la existencia de una sola interrupción de 32 días, para esta Sala no da lugar a solución de continuidad.

Así las cosas, para la reclamación administrativa la demandante tenía hasta el 16 de diciembre de 2020; y realizó la reclamación administrativa el día 22 de enero de 2020; y, la demanda se radicó el 28 de septiembre de 2020; sin que hubiera operado en este caso el fenómeno de la prescripción en este caso; y sin que, la Sala pase por alto la suspensión de términos ocurrida entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020, originado en la pandemia Covid 19; de manera que, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de **las prestaciones sociales** derivadas del precario vínculo que sostuvo con el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA -, **desde el 19 de noviembre de 2010 hasta el 15 de diciembre de 2017.**

Teniendo en cuenta lo razonado conforme a la orientación jurisprudencial traída a cita y desvirtuados los contratos de prestación de servicios y probada la existencia de una verdadera relación laboral entre la demandante y el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA -, **se dispondrá el reconocimiento** del conjunto de **prestaciones** generadas con ocasión del servicio desempeñado por la parte accionante y el consecuente **cómputo de ese tiempo para efectos pensionales**, y el pago de las cotizaciones correspondientes a la seguridad social integral.

#### **8. De las sumas que deben liquidarse y reconocerse a la demandante.**

Por lo expuesto, y, al haberse demostrado la existencia de una relación laboral debido a las vinculaciones de la demandante mediante contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora Lina María Gómez Eastman y el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA -, se dispondrá a reconocer y pagar a la demandante, teniendo como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones legales que una instructora de cocina y gastronomía de la planta del SENA tendría derecho.

De acuerdo a ello, pasa la Sala a resolver sobre las pretensiones que a título de restablecimiento del derecho solicita la demandante, esto es, cotizaciones al sistema de seguridad social; pagos de cesantías e intereses.

### **8.1. Pago de las prestaciones sociales.**

En virtud de lo expuesto se debe **condenar al** Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA -, el reconocimiento y pago en favor de la señora Lina María Gómez Eastman **las prestaciones sociales de orden legal** dejadas de percibir en virtud de los vínculos a través de contratos de prestación de servicios en el tiempo transcurrido **entre el 19 de noviembre a 23 de diciembre de 2010; 1 de febrero a 30 de junio de 2011, 11 de julio a 16 de diciembre de 2011; 24 de enero a 4 de julio de 2012, 9 de julio a 14 de diciembre de 2012, 23 de enero a 16 de diciembre de 2013; de 20 de enero a 12 de diciembre de 2014; de 28 de enero a 11 de diciembre de 2015; de 1 de febrero a 14 de diciembre de 2016; y, de, 25 de enero a 15 de diciembre de 2017; excluyendo los periodos comprendidos entre el 24 de diciembre de 2010 y el 31 de enero de 2011; entre 1 y 10 de julio de 2011; entre 17 de diciembre de 2011 a 23 de enero de 2012; entre el 5 y el 8 de julio de 2012; entre el 15 de diciembre de 2012 y el 22 de enero de 2013; entre el 17 de diciembre de 2013 y el 19 de enero de 2014; entre el 13 de diciembre de 2014 y el 27 de enero de 2015; entre el 12 de diciembre de 2015 y el 31 de enero de 2016; y, entre el 15 de diciembre de 2016 y el 24 de enero de 2017;** y devengadas por el personal de planta que cumpla funciones similares, teniendo en cuenta además, los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

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

### **8.2. Del reconocimiento y pago de aportes a seguridad social.**

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

Sobre la devolución de los aportes **en salud y riesgos profesionales**, el Consejo de Estado<sup>7</sup>, concluyó sobre su improcedencia con *fundamento, en esencia, en que “...por su naturaleza parafiscal, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia del contrato realidad, estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretende el actor ejercer”*; de igual modo, en fallo más reciente, esta misma Corporación sostuvo en relación con aportes a pensión<sup>8</sup>:

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

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

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

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

A su vez, en anterior sentencia también del Consejo de Estado<sup>9</sup>, posición ratificada en adelante por otras más, se señaló<sup>10</sup>:

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

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

También sobre el particular el Consejo de Estado<sup>11</sup>, indicó:

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

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

No obstante, ya en la sentencia de unificación por importancia jurídica del H. Consejo de Estado, SUJ-025-CE-S2-202113, a la cual se ha hecho referencia en este proveído, se dejó determinado como uno de los puntos precisamente a unificar, el que atañe a la devolución de los aportes a la Seguridad Social,

específicamente **en salud** efectuados por el contratista, aspecto sobre el cual se estableció claramente la siguiente subregla:

“(…)

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

“(…)

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

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

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

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

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

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

Ahora, en lo atinente a las sumas que fueron pagadas por la demandante como cotización al sistema de seguridad social en **pensión**, el pronunciamiento de unificación del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo no estableció una regla expresa de improcedencia sobre la restitución a la demandante de estos aportes que debieron ser asumidos en su condición de contratista durante el tiempo en que se suscribieron los contratos de prestación de servicios, como sí lo hizo en materia de salud y en gracia de discusión de ARL, como ya se anotó. A lo anterior se suma que el tema enunciado no ha sido pacífico en las decisiones adoptadas por el H. Consejo de Estado como se colige de los extractos jurisprudenciales en cita, no obstante, este Tribunal acoge el criterio explicado por la Sección Segunda, Subsección B de esa alta Corporación, en providencia del 5 de agosto de 2021<sup>14</sup>, que aunque es anterior a la sentencia de unificación reciente, se basa en los mismos criterios de parafiscalidad de ésta y es proferida dentro de un asunto de similitud jurídica con el presente plenario, al resolver recurso de apelación contra decisión del Tribunal de Risaralda, en la cual se dijo:

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

*56. A partir de allí, la ley desarrolló el Sistema General de Pensiones y el Sistema General de la Seguridad Social en Salud, este último está dirigido a la regulación de la sanidad general en la Nación, el*



cual dentro de sus características primordiales integra entre otros aspectos, la obligatoriedad de afiliación, previo pago de la cotización reglamentaria y la libertad de elección de los afiliados a la entidad promotora de salud.

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

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

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

(...)

60. Ahora bien, de la misma forma, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones cuyos objetivos son garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte, mediante el reconocimiento de una pensión y prestaciones determinadas en la Ley. También busca la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con el Sistema, está compuesto, fundamentalmente, por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

(...)

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

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

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

Dejando claridad que lo anterior, es respecto de los períodos comprendidos **entre el 19 de noviembre a 23 de diciembre de 2010; 1 de febrero a 30 de junio de 2011, 11 de julio a 16 de diciembre de 2011; 24 de enero a 4 de julio de 2012, 9 de julio a 14 de diciembre de 2012, 23 de enero a 16 de diciembre de 2013; de 20 de enero a 12 de diciembre de 2014; de 28 de enero a 11 de diciembre de 2015; de 1 de febrero a 14 de diciembre de 2016; y, de, 25 de enero a 15 de diciembre de 2017; excluyendo los periodos comprendidos entre el 24 de diciembre de 2010 y el 31 de enero de 2011; entre 1 y 10 de julio de 2011; entre 17 de diciembre de 2011 a 23 de enero de 2012; entre el 5 y el 8 de julio de 2012; entre el 15 de diciembre de 2012 y el 22 de enero de 2013; entre el 17 de diciembre de 2013 y el 19 de enero de 2014; entre el 13 de diciembre de 2014 y el 27 de enero de 2015; entre el 12 de diciembre de 2015 y el 31 de enero de 2016; y, entre el 15 de diciembre de 2016 y el 24 de enero de 2017.**

Ello, dando aplicación a la directriz constitucional en el sentido que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, el cual tiene

carácter imprescriptible; por lo que, el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA - deberá tener en cuenta los honorarios pactados en todos los contratos celebrados y calcular el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante, mes a mes, a fin de establecer si existe diferencia entre los aportes realizados por aquella y los que se debieron efectuar, y **SE ORDENARA** cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador.

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

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

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

**9. Indexación.**

Finalmente, se dispondrá la actualización de la condena, aplicando para ello la siguiente fórmula<sup>14</sup>:

$$R. = Rh. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la

fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el artículo 192 del C.P.A.C.A. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

#### **10. Sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías.**

Respecto de esta pretensión, también se ha pronunciado el Consejo de Estado<sup>7</sup> en el siguiente sentido:

*“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.*

*En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibirlas, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas”.*

*Así las cosas, se declarará parcialmente probada la excepción de “Cobro de lo no debido” formulada por la entidad demandada.”*

Basta la cita realizada para concluir que, no hay lugar al reconocimiento de pago de sanción moratoria por el no pago oportuno de cesantías.

Por lo considerado, deberán declararse no probadas las excepciones que el SENA denominó *“Prescripción”, “Inexistencia de los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral”, “Inexistencia de la obligación y del demandado Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – Regional Caldas”, “Buena Fe y presunción de legalidad”, “Cobro de lo no debido”, “Insuficiencia probatoria”, “Compensación”, y “Genérica”.*

#### **11. Costas.**

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado<sup>5</sup> ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al

momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Una vez revisado el expediente, se advierte que la parte demandante intervino a través de apoderado judicial desplegando actuaciones útiles para la defensa de sus intereses, interpuso la demanda, actuó activamente en las audiencias de pruebas, y, presentó alegatos de conclusión. Por lo tanto, se condenará en costas por concepto de agencias en derecho a cargo de la parte demandada y en favor de la parte demandante. La liquidación del monto de las mismas se hará en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

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

### **Falla**

**Primero: Declárase** la nulidad del Oficio 17-2-2020-000991 del 13 de febrero de 2020, por medio del cual el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, negó el reconocimiento de una relación laboral y el pago de sumas de dinero por concepto de salarios y prestaciones sociales, de la señora Lina María Gómez Eastman.

**Segundo: Como consecuencia, se declara** la existencia de una relación laboral entre la señora Lina María Gómez Eastman y el Servicio Nacional de Aprendizaje- SENA, por la duración de los contratos con ocasión de los cuales se desempeñó como instructora de dicha entidad, esto, **entre el 19 de noviembre a 23 de diciembre de 2010; 1 de febrero a 30 de junio de 2011, 11 de julio a 16 de diciembre de 2011; 24 de enero a 4 de julio de 2012, 9 de julio a 14 de diciembre de 2012, 23 de enero a 16 de diciembre de 2013; de 20 de enero a 12 de diciembre de 2014; de 28 de enero a 11 de diciembre de 2015; de 1 de febrero a 14 de diciembre de 2016; y, de, 25 de enero a 15 de diciembre de 2017.**

**Tercero: Se declaran infundadas** las excepciones propuestas por el SENA denominadas “*Prescripción*”, *Inexistencia de los elementos propios del contrato*

*realidad, consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral”, “Inexistencia de la obligación y del demandado Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA – Regional Caldas”, “Buena Fe y presunción de legalidad”, “Cobro de lo no debido”, “Insuficiencia probatoria”, “Compensación”, y “Genérica”.*

**Cuarto:** Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **se condena al Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA**, a pagar en favor de la demandante, señora Lina María Gómez Eastman **las prestaciones sociales de orden legal** dejadas de percibir en virtud de los vínculos a través de contratos de prestación de servicios en el tiempo transcurrido **entre el 19 de noviembre a 23 de diciembre de 2010; 1 de febrero a 30 de junio de 2011, 11 de julio a 16 de diciembre de 2011; 24 de enero a 4 de julio de 2012, 9 de julio a 14 de diciembre de 2012, 23 de enero a 16 de diciembre de 2013; de 20 de enero a 12 de diciembre de 2014; de 28 de enero a 11 de diciembre de 2015; de 1 de febrero a 14 de diciembre de 2016; y, de, 25 de enero a 15 de diciembre de 2017; excluyendo los periodos comprendidos entre el 24 de diciembre de 2010 y el 31 de enero de 2011; entre 1 y 10 de julio de 2011; entre 17 de diciembre de 2011 a 23 de enero de 2012; entre el 5 y el 8 de julio de 2012; entre el 15 de diciembre de 2012 y el 22 de enero de 2013; entre el 17 de diciembre de 2013 y el 19 de enero de 2014; entre el 13 de diciembre de 2014 y el 27 de enero de 2015; entre el 12 de diciembre de 2015 y el 31 de enero de 2016; y, entre el 15 de diciembre de 2016 y el 24 de enero de 2017;** y devengadas por el personal de planta que cumpla funciones similares, teniendo en cuenta además, los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

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

**El Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA** deberá tener en cuenta los honorarios pactados en todos los contratos celebrados y calcular el ingreso base de cotización (IBC) pensional del actor, mes a mes, a fin de establecer si existe

diferencia entre los aportes realizados por aquel y los que se debieron efectuar, y **SE ORDENA** cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador. Para tales efectos, la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema durante los vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador, de acuerdo con las consideraciones de esta providencia.

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

**Quinto: Se niegan** las demás pretensiones de la demanda.

**Sexto: Condenar en costas** a la parte demandada y en favor de la demandante.

**Séptimo:** La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 188, 189 y 192 del CPACA.

Las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia según lo previsto en el CPACA.

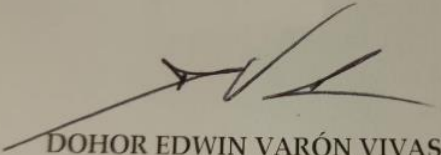
**Octavo:** Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

**Notifíquese y cúmplase**

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



**Fernando Alberto Álvarez Beltrán**  
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA TERCERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Sentencia No. 096

Manizales, cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

**Radicado:** 17001-33-33-006-2020-00268-02  
**Naturaleza:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Demandante:** Construcciones C.F.C & Asociados S.A.  
**Demandado:** Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Dian

Se decide recurso apelación impetrado por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

## I. Antecedentes

### 1. La demanda

#### 1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad de la liquidación oficial de revisión 102412019900001 del 15 de marzo de 2019, expedida por la Dian - Seccional Manizales y de la resolución recurso de reconsideración 1102362017000001 del 06 de abril de 2020 mediante la cual se confirmó la referida liquidación.

A título de restablecimiento del derecho, se declare que Construcciones C.F.C & Asociados S.A. no se encuentra obligada a pagar las sumas derivadas de la liquidación oficial proferida por la Dian. Además, se condene en costas a la entidad demandada.

#### 1.2. Sustento fáctico

Se señala que, la demandante presentó el 19 de abril de 2016 su declaración del impuesto de renta para la equidad CREE del año gravable 2015, la cual fue objeto de corrección privada el 29 de noviembre de 2016.

Que la Dian inició al trámite de revisión de la referida declaración, sustentando dicho proceder -entre otras glosas- en que, existió una omisión de ingresos de \$87.112.754 correspondiente a los valores retirados como excedentes de los fideicomisos “*Buenavista*”, “*Mokawa*” y “*Terranova*”; así mismo se rechazó la inclusión de gastos por \$109.124.565 derivados de la reclasificación de la cuenta de “*Seguros - Banco de Occidente*”.

Que mediante los actos administrativos demandados la Dian modificó las referidas glosas reduciendo el saldo a favor del contribuyente e imponiendo una sanción por inexactitud.

### 1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó los artículos 29, 95, 209, 338 y 363 de la Constitución; 51 y 53 del Código de Comercio; y 102, 742, 743, 750, 772, 774 del Estatuto Tributario -ET.

Señaló que, la Dian desconoció las normas acerca de la valoración probatoria en el procedimiento tributario, dado que el único elemento probatorio que sirvió a la Dian para sustentar la adición de ingresos, corresponde a la información aportada por Alianza Fiduciaria S.A. en calidad de administradora de los fideicomisos "*Buenavista*", "*Mokawa*" y "*Terranova*", información que como alegó el contribuyente a lo largo del proceso administrativo fue reportada por dicho gestor fiduciario en forma errónea, sin que la Dian haya efectuado la valoración adecuada de las pruebas contables allegadas por la aquí demandante, dando valor únicamente a la prueba testimonial -respuesta a requerimiento- recaudada y vedando de análisis a las pruebas aportadas por el contribuyente con las cuales se desvirtúan las cifras informadas por Alianza Fiduciaria S.A.

Destaca así, que la información dada por Alianza Fiduciaria S.A. es errónea o equivocada, porque los excedentes presuntamente reportados por aquella en su contabilidad, no se corresponden con los excedentes efectivamente percibidos por C.F.C., que finalmente fueron declarados en su denuncia rentístico.

Que, Alianza Fiduciaria S.A. emitió certificado en el que consta como base de retención en la fuente durante 2015, para el fideicomiso correspondiente a "*Terranova*", la suma de \$1.889.701.120; para el fideicomiso referente a "*Mokawa*", una base de retención de \$1.342.809.040 y para el fideicomiso correspondiente a "*Buenavista*" por \$252.000.000, cifras que fueron las declaradas por C.F.C. en su denuncia rentístico, y que contradicen lo informado por dicho tercero en la respuesta al requerimiento efectuado por la Dian.

Finalmente advierte que, el rechazo de los gastos correspondientes a la reclasificación de la cuenta de gastos por \$109.124.565 de la cuenta de Seguros del Banco de Occidente desconoce el artículo 772 del ET, que determina la validez de la contabilidad como prueba, repudiando que los registros contables de C.F.C. constituyen plena prueba a su favor.

### 2. Contestación de la demanda

La **Dian** se opuso a las pretensiones del actor, limitándose a transcribir parte de los argumentos señalados en los actos administrativos demandados, indicando en síntesis que, en los estados financieros de Alianza Fiduciaria S.A., del año gravable 2015 se pudo constatar el retiro de excedente de utilidades o beneficios obtenidos del contrato de fiducia de: "*Portón de Buenavista*" a favor de C.F.C. por \$258.300.000, mientras que la aquí demandante declaró el ingreso por \$252.000.000, igualmente respecto del fideicomiso "*Mokawa*" el gestor reportó retiros por \$1.376.379.282 mientras que la demandante declaró el ingreso por \$1.342.809.056; y respecto del fideicomiso "*Terranova*" el gestor reportó retiros por \$1.936.943.661 mientras que la aquí demandante solo declaró \$1.889.701.133. Así las cosas, advierte que comprobó una omisión de ingresos por la demandante en la declaración privada del año gravable 2015 por \$87.112.754.

Respecto del rechazo de gastos por la reclasificación de la cuenta de seguros del Banco de Occidente, por \$109.124.565 se dijo que, esta erogación no cumple con las formalidades documentales, pues al momento de la visita dicha deducción se soportó únicamente en una nota contable, además de no cumplir con el criterio de proporcionalidad en el gasto.

### 3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* **denegó las pretensiones** de la demandante al concluir que, la facultad de fiscalización e investigación con que cuenta la Dian le permitía soportarse en medios de pruebas directos e indirectos afines que sirvan para confrontar la realidad contable declarada por el contribuyente, desde donde resulta válido exigir información auxiliar por parte de un tercero, más aun al tratarse de un gestor fiduciario que fungía como vocero y administrador en los contratos de fiducia mercantil suscritos por la demandante, estando dicho gestor en una posición preferente para suministrar información suficiente acerca de la relación de los movimientos financieros sobre cada patrimonio autónomo.

Respecto a los documentos soporte internos emitidos por el contribuyente, señaló que estos debieron respaldarse con la información financiera general del patrimonio autónomo y el certificado emitido por Alianza Fiduciaria, a la hora de presentar la respectiva declaración del impuesto de renta para la equidad CREE del año gravable 2015.

Corolario, advirtió que el procedimiento administrativo adelantado por la autoridad tributaria detectó válidamente inconsistencias en la información reportada por terceros en contraste con la información incluida por la demandante en su declaración de renta, hallando ingresos efectivos por beneficios superiores.

En relación con el desconocimiento de gastos por “Seguros Banco de Occidente” concluyó su legalidad dado que, no se adjuntó en el trámite administrativo o judicial factura o documento equivalente que soporte la operación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 771-2 del E.T., destacando la insuficiencia de los asientos contables aportados, dado que la contabilidad por sí sola no es el medio idóneo para acreditar tal concepto.

### 4. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones señalando -al paso de reiterar idénticos argumentos a los esbozados en la demanda y su reforma- que, el *a quo* no analizó las pruebas que demuestran que los ingresos obtenidos corresponden a los que fueron registrados en los certificados de retenciones en la fuente expedidos por Alianza Fiduciaria S.A. y los que se registraron en su contabilidad con base en los comprobantes internos (facturas expedidas por C.F.C.) y externos (certificados de retención).

Que ninguna consideración hizo el *a quo* respecto a dichos soportes contables, que coinciden con los certificados de retención en la fuente expedidos por Alianza Fiduciaria S.A. y que dan cuenta de los ingresos percibidos por concepto de beneficios; pruebas documentales que no fueron objetadas por la Dian ni por el juez, por lo que su contenido no fue puesto en tela de

juicio durante el proceso judicial.

Finalmente señala que la reclasificación de la cuenta de “seguros del Banco de Occidente” objetada cumple con los requisitos del artículo 107 del ET; destacando que el *a quo* confirmó la legalidad del acto administrativo señalando que todo costo debe estar asociado a un ingreso, pero no se refirió a la relación de causalidad, proporcionalidad y necesidad.

## II. Consideraciones

### 1. Problemas jurídicos

De conformidad con la sentencia y los argumentos del recurso de apelación, se centra en establecer: *¿Se encuentran probados los ingresos recibidos por la demandante con ocasión de los fideicomisos “Buenavista”, “Mokawa” y “Terranova” que fueron el objeto de la modificación efectuada por la Dian respecto de la declaración tributaria del impuesto de renta para la equidad - CREE del año gravable 2015?*

*¿Se ajusta a derecho el desconocimiento del gasto por concepto de “Seguros Banco de Occidente” efectuado por la Dian?*

### 2. Primer problema jurídico

**Tesis del tribunal:** Se encuentran debidamente probados los ingresos recibidos por la demandante con ocasión de los fideicomisos “Buenavista”, “Mokawa” y “Terranova” que fueron el objeto de la modificación efectuada por la Dian respecto de la declaración tributaria del impuesto de renta para la equidad - CREE del año gravable 2015, toda vez que: **i)** las pruebas recaudadas por la Dian - informe y soportes rendido por Alianza Fiduciaria S.A., administradora de los referidos fideicomisos- son suficientes para soportar al valor de ingresos recibidos por el contribuyente; **ii)** los certificados de retención que aduce la demandante no son prueba idónea del ingreso; **iii)** las facturas emitidas por la misma demandante, así como los comprobantes contables de orden interno no desvirtuaron los valores que reportó Alianza Fiduciaria S.A., como pagados.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al fundamento jurídico aplicable; ii) los hechos relevantes acreditados, para descender al iii) análisis del caso concreto.

#### 2.1. Fundamento jurídico

##### 2.1.1. Presunción de veracidad de las declaraciones y la carga de la prueba

El artículo 746 del E.T., prevé la presunción de veracidad de las declaraciones privadas así: *“Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las correcciones a las mismas o en las respuestas o requerimientos administrativos, siempre y cuando que sobre tales hechos, no se haya solicitado una comprobación especial, ni la ley la exija.”* Por su parte, el artículo 742 siguiente dispone que: *“La determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de*

*prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstos sean compatibles con aquellos.”*

A su vez, el artículo 743 *ibidem* consagra: *“La idoneidad de los medios de prueba depende, en primer término, de las exigencias que para establecer determinados hechos preceptúen las leyes tributarias o las leyes que regulan el hecho por demostrarse y a falta de unas y otras, de su mayor o menor conexión con el hecho que trata de probarse y del valor de convencimiento que pueda atribuírseles de acuerdo con las reglas de la sana crítica.”*

Con relación a las facultades de la Dian, relacionadas con la verificación de los hechos consignados en las declaraciones, así como de la naturaleza y valor de las pruebas indiciarias a que llegare en virtud de dichas facultades, el Consejo de Estado<sup>1</sup> ha señalado:

*“(…) la Administración puede desvirtuar los hechos declarados por el contribuyente, pues tiene la facultad de comprobar la certeza, veracidad o realidad de los hechos, datos y cifras consignados en las declaraciones privadas, debido a sus amplias facultades de fiscalización para asegurar el cumplimiento de las normas sustanciales, conforme lo prevé el artículo 684 del Estatuto Tributario<sup>2</sup>.*

*Así, con fundamento en los artículos 746 y 684 del Estatuto Tributario y en razón de la presunción de veracidad de las declaraciones, la Administración tiene la carga de desvirtuar dicha presunción. No obstante, en ejercicio de la facultad de fiscalización que le otorga el ordenamiento jurídico, la carga probatoria se invierte automáticamente a cargo del contribuyente en dos eventos: cuando la DIAN solicita una comprobación especial o cuando la ley exige tal comprobación<sup>3</sup>.*

*El Título VI del Estatuto Tributario regula el régimen probatorio de las actuaciones tributarias y, concretamente, se refiere a los medios de prueba de los que puede hacer uso tanto la Administración, para desvirtuar la presunción de que trata el artículo 746 citado, como el contribuyente, para respaldar los hechos que declara en el denuncia rentístico<sup>4</sup>.*

*El artículo 742 del Estatuto Tributario prevé que la determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en hechos que estén demostrados en el expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto sean compatibles con las normas tributarias. (...).”*

### **2.1.2. La contabilidad como prueba**

El valor probatorio de la contabilidad en nuestro ordenamiento jurídico se refiere a la capacidad de los registros contables de un contribuyente para servir como prueba en un proceso judicial o administrativo, así la contabilidad es un medio de prueba legalmente aceptado y puede ser utilizada para respaldar las operaciones y transacciones realizadas por

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 13 de agosto de 2015. C.P. Dra. Martha Teresa Briseño de Valencia. Rad. 250002327000201200600 01 [20822].

<sup>2</sup> Ver la misma sentencia.

<sup>3</sup> Sentencia de 18 de octubre de 2012, ex. 18329, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

<sup>4</sup> Sentencia de 1 de marzo de 2012, Exp 17568, C.P Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

una empresa, empero para que la contabilidad tenga valor probatorio en Colombia, debe cumplir con ciertos requisitos legales, como ser llevada de acuerdo con los principios contables generalmente aceptados y estar respaldada por documentos que acrediten las operaciones realizadas.

Sobre este particular el H. Consejo de Estado ha señalado que<sup>5</sup>:

*“La contabilidad, como registro cifrado de la situación patrimonial de un ente económico, se incluye entre los medios de prueba que el legislador tributario estableció a favor del contribuyente. Su mérito depende de que se lleve en debida forma, es decir, ajustada a los requisitos especialmente previstos en los artículos 773 y 774 ibídem y, por remisión de la primera de dichas normas, a los propios de la legislación comercial y a los establecidos en el estatuto contable – Decreto 2649 de 1993.*

*Por disposición expresa del artículo 50 del C. de Co., la contabilidad debe llevarse en libros registrados y suministrar una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante, con sujeción a las reglamentaciones que expida el gobierno, para así cumplir los objetivos que le asigna el artículo 3° del Decreto 2649 de 1993, entre ellos el de fundamentar la determinación de las cargas tributarias que, como todos los de su género, se satisface adecuadamente cuando la información es comprensible, útil y en ciertos casos comparable (art. 4 ibídem).*

*Tales libros contienen el asiento en orden cronológico de las operaciones mercantiles que realiza el ente económico y de todas las que puedan influir en su patrimonio. En ellos debe hacerse referencia a los comprobantes de contabilidad que soporten tales operaciones, a cada uno de los cuales deben anexarse los documentos que los justifican. Los comprobantes, entonces, respaldan las partidas asentadas en los libros y permiten constatar los asientos individuales, así como el estado general de los negocios de la empresa, de modo que entre unos y otros (libros y comprobantes) ha de existir la debida correspondencia, so pena de que carezcan de eficacia probatoria en favor del comerciante obligado a llevarlos.*

*Los comprobantes, entonces, respaldan las partidas asentadas en los libros y permiten constatar los asientos individuales, así como el estado general de los negocios de la empresa, de modo que entre unos y otros (libros y comprobantes) ha de existir la debida correspondencia, so pena de que carezcan de eficacia probatoria en favor del comerciante obligado a llevarlos.*

*Sin duda alguna, esa exigencia – la de debida correspondencia - da cuenta de la importancia que tienen los comprobantes contables en nuestro sistema tributario, que, a la postre, se ratifica en disposiciones como los artículos 774, 775 y 776 del ET, el último de los cuales limita la comprobación de costos, deducciones, exenciones especiales y pasivos hasta la concurrencia del valor de los comprobantes externos, cuando las cifras registradas en los asientos contables excedan su valor.*

*De cara a ese conjunto documentario, la Sala ha advertido en la prueba contable una unidad*

---

<sup>5</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, 12 de noviembre de 2015, Radicación número: 25000-23-27-000-2010-00247-01(19999).

*conformada por varios medios probatorios: los libros, los comprobantes externos e internos, y todos los documentos que tengan relación directa con los registros contables”.*

## 2.2. Hechos relevantes probados

- Construcciones C.F.C & Asociados S.A. presentó su declaración privada del impuesto de renta para la equidad CREE correspondiente al año gravable 2015, incluyendo entre sus ingresos: \$1.342.809.056 provenientes del fideicomiso “Mokawa”, \$1.889.701.133 del fideicomiso “Terranova” y \$ 252.000.000 del fideicomiso “Buenavista”.<sup>6</sup>
- Los registros contables aportados por C.F.C & Asociados S.A. registran ingresos por dichos fideicomisos que corresponden a los que dicha sociedad informó en su declaración privada; dichos registros se soportan en certificados de retención en la fuente expedidos por Alianza Fiduciaria S.A. y en facturas emitidas por C.F.C & Asociados S.A.<sup>7</sup>
- Según información de los registros contables suministrados por Alianza Fiduciaria S.A. en su calidad de administradora de los referidos fideicomisos, durante el año gravable 2015 dicha sociedad registro valores de excedentes retirados por C.F.C. & Asociados S.A. de dichos fideicomisos por \$1.376.379.282, \$1.936.943.661 y \$258.300.000, respectivamente.<sup>8</sup>
- A través de los actos demandados, esto es, la Liquidación Oficial de Revisión 102412019900001 del 15 de marzo de 2019 y la Resolución recurso de reconsideración 1102362017000001 del 06 de abril de 2020, la Dian modificó la declaración privada del contribuyente, variando los ingresos declarados, incrementando su valor en la suma resultante de la diferencia entre los valores informados por C.F.C & Asociados S.A. en su denuncia rentístico y los valores reportados Alianza Fiduciaria S.A. en su calidad de administradora de los encargos fiduciarios.<sup>9</sup>

## 2.3. Análisis del caso concreto

De acuerdo al marco jurídico previamente expuesto, la Dian cuenta con la facultad de modificar los ingresos declarados por un contribuyente cuando se encuentran elementos suficientes que permiten cuestionar la veracidad de dicha declaración. En este sentido, la autoridad fiscalizadora debe realizar una adecuada valoración de las pruebas recopiladas durante el proceso de fiscalización para determinar la corrección de los ingresos declarados.

La Dian en los actos administrativos demandados modificó el monto de ingresos formulado por la demandante en la declaración privada del impuesto de renta para la equidad CREE; modificación que tuvo como base el informe -y sus soportes- rendido por la sociedad Alianza Fiduciaria S.A. como administradora de los fideicomisos “Mokawa”, “Terranova” y “Buenavista” quien registró un mayor valor pagado en favor de CFC Construcciones S.A.S. por concepto de los excedentes pagados por dichos encargos fiduciarios.

<sup>6</sup> Exp. digital, archivo “012Tomo”, fls. 13-16 y “014Tomo”, fls. 141-166.

<sup>7</sup> Exp. digital, archivo “014Tomo”, fls. 141 a 168.

<sup>8</sup> Exp. digital, archivo “014Tomo”, fls. 18 a 98.

<sup>9</sup> Exp. digital, archivo “03AnexoDemanda”, fls. 1-45.

La parte actora insiste en que la Dian desconoció los valores del ingreso que fueron referidos en los certificados de retención en la fuente expedidos por Alianza Fiduciaria S.A., al igual que los valores que se reportaron en las facturas aportadas, señalando que estas pruebas son de carácter externo que dan soporte a la contabilidad y que tienen una mayor relevancia probatoria que la simple respuesta al informe otorgada por Alianza Fiduciaria, la cual tiene la naturaleza de prueba testimonial.

Así, la controversia suscitada entre las partes radica en el valor probatorio que fue dado por la Dian al informe rendido por la Alianza Fiduciaria S.A., tomando como ciertos los valores que registró como pagados a C.F.C. & Asociados S.A., vedando de valor las pruebas que fueron aportadas por la demandante, quien aportó sus registros contables y los soportes, entre estos, los certificados de retención en la fuente emitidos por Alianza Fiduciaria S.A. y las facturas expedidas por C.F.C. & Asociados S.A.

Sea lo primero advertir, que a juicio de la Sala la naturaleza como prueba testimonial que ha sido otorgada por el artículo 750 del E.T.<sup>10</sup> a los informes rendidos por terceros, en nada diezma su capacidad probatoria, ni le coloca en una posición probatoria subsidiaria o marginal, que impidiese a la Dian arribar a las modificaciones efectuadas a través de ella, pues la información solicitada de terceros constituye insumo para la administración de impuestos, siendo amplio el margen de acción de la Dian a partir de la misma, razón por la cual puede utilizarla para tales fines, si se considera que, las mismas permiten arribar con suficiente grado de certeza a los hechos sobre los cuales recaen.

Cabe destacar así, que ni la normativa tributaria ni los cánones en materia procesal dan prevalencia a algún medio de prueba como pretende la parte actora, pues en tal sentido el artículo 742 del E.T. señala:

*“Art. 742. Las decisiones de la administración deben fundarse en los hechos probados. La determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstos sean compatibles con aquellos.”*

A su vez, el Código General del Proceso en el artículo 165, relativo a los “Medios de prueba” señala que:

*“Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.”*

Así mismo en relación con el valor probatorio de la información suministrada por terceros,

---

<sup>10</sup> *“Art. 750. Las informaciones suministradas por terceros son prueba testimonial. Los hechos consignados en las declaraciones tributarias de terceros, en informaciones rendidas bajo juramento ante las oficinas de impuestos, o en escritos dirigidos a éstas, o en respuestas de éstos a requerimientos administrativos, relacionados con obligaciones tributarias del contribuyente, se tendrán como testimonio, sujeto a los principios de publicidad y contradicción de la prueba”.*



es pertinente tener en cuenta que, el artículo 176 del citado CGP, sobre *“Apreciación de las pruebas”*, establece que: *“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”*.

Así las cosas, para la Sala la naturaleza de prueba testimonial con que cuentan los informes rendidos por parte de Alianza Fiduciaria S.A., no elimina su capacidad probatoria, así como tampoco existe previsión legal o jurisprudencial alguna que imponga valorar estas pruebas en la forma alegada por la parte actora al considerar la existencia de una suerte de prevalencia probatoria entre las pruebas recaudadas, pues se itera, dicho predominio entre los medios de prueba no ha sido determinado para este tipo de asuntos.

Ahora bien, en cuanto a los certificados de retención en la fuente, la Sala precisa que, en efecto se tratan soportes externos, ya que fueron emitidos por el tercero Alianza Fiduciaria S.A.; sin embargo estos no logran demostrar con total certeza que los ingresos recibidos por C.F.C. & Asociados S.A. se limiten a los allí señalados, pues un *certificado de retención en la fuente* es un documento que acredita que una persona o empresa ha realizado retenciones en la fuente y se utiliza para demostrar que se han cumplido con las obligaciones fiscales por parte del agente retenedor, y el monto que fue retenido en favor del receptor del pago.

Tal alcance probatorio ha sido destacado por el H. Consejo de Estado al señalar que, *“Esta Sección considera que el certificado expedido por el agente retenedor es un documento idóneo para acreditar las retenciones en la fuente practicadas en un determinado periodo gravable, siempre y cuando cumpla con los requisitos formales del artículo 381 del Estatuto Tributario<sup>11</sup>”*.

En tal sentido, este documento no es un comprobante que demuestre indefectiblemente el monto definitivo de los ingresos percibidos por el sujeto pasivo. Esto se debe a que, en algunos casos, las bases de retención en la fuente pueden no corresponder con la totalidad del ingreso percibido por el sujeto pasivo. En otras palabras, la base de retención puede estar limitada a una parte del ingreso percibido y no reflejar la totalidad del monto.

Además, si la base de retención utilizada por el agente retenedor -acertada o desacertadamente- no corresponde con el ingreso percibido por el sujeto pasivo, este último no tiene la facultad de declarar ingresos diferentes a los que realmente fueron recibidos.

Por lo tanto, el certificado de retención en la fuente solo acredita el cumplimiento de las obligaciones tributarias correspondientes a la retención efectuada, pero no constituye una prueba irrefutable del monto total de los ingresos del sujeto pasivo.

Ahora, en cuanto a las facturas aportadas, la Sala precisa que, estas no tienen la naturaleza de comprobantes contables externos, pues fueron emitidos por el propio contribuyente,

---

<sup>11</sup> Cita de cita: En este sentido ver: i) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso: 25000-23-27-000-2003-01402-01 (18191). Sentencia del 24 de octubre de 2013. CP: Martha Teresa Briceño de Valencia; y ii) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso: 27001-23-31-000-2011-00151-01 (20591). Sentencia del 30 de agosto de 2016. CP: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

siendo necesario recordar que el soporte contable externo se refiere a cualquier documento, información o registro contable que es generado, procesado o almacenado por un tercero diferente a la empresa o entidad responsable de la contabilidad<sup>12</sup>.

Este tipo de soporte contable puede incluir facturas, recibos, comprobantes de pago, extractos bancarios, estados financieros, entre otros documentos que respalden la información contable de la empresa, empero se itera, deben ser emitidos por terceros.

Al respecto es necesario resaltar que brillan por su ausencia tanto en el asunto *sub examine* como en el procedimiento de fiscalización otros comprobantes externos que sí podrían desvirtuar los valores que reportó Alianza Fiduciaria S.A., como pagados a la demandante, tales como por ejemplo los soportes o conciliaciones bancarias que demuestren los valores que fueron girados a su favor, documentos respecto de los cuales la demandante se encontraba en mejor posición de aportar.

Así las cosas, no son de recibo los argumentos de la actora según los cuales debió darse mayor valor probatorio a su contabilidad y sus soportes internos y externos, pues la normativa tributaria no ha otorgado ningún tipo de prevalencia a estos medios probatorios, además que los aportados por ella no logran desvirtuar los valores que reportó Alianza Fiduciaria S.A., como pagados a su favor.

Finalmente, en cuanto a lo alegado en el recurso de apelación, al señalar que los documentos aportados por el contribuyente “ *no fueron objetadas por la Dian ni por el juez, por lo que su contenido no fue puesto en tela de juicio durante el proceso judicial*”, debe señalar la Sala que, tal argumento no resulta de recibo, pues es claro que la labor de valoración probatoria no se basa en la objeción de los medios de prueba aportados por una u otra parte, sino en el análisis bajo criterios de sana crítica para determinar cuales de ellos permiten en mayor medida arribar a la certeza sobre la realidad procesal.

En tal sentido, para determinar que un medio de prueba conlleva en mayor medida a la comprobación de un hecho, no se impone la existencia de un formalismo en el cual deban tacharse u objetarse las demás pruebas, sino que lo relevante se centra en señalar -como lo exige la normativa procesal-<sup>13</sup> en exponer razonadamente el mérito que se ha otorgado al medio probatorio respectivo, lo cual considera esta Sala fue razonable y suficientemente expuesto, tanto en los actos demandados como en la sentencia recurrida.

## 2.5 Conclusión

---

<sup>12</sup> La definición de soporte contable externo en Colombia se encuentra en varias normas legales y reglamentarias relacionadas con la contabilidad y la fiscalización de las empresas, entre las cuales se pueden destacar las siguientes: - Decreto 2649 de 1993, por el cual se reglamenta la contabilidad en Colombia y se establecen los principios y normas contables que deben aplicarse en el país. - Decreto 1878 de 2008, por el cual se reglamenta la revisoría fiscal en Colombia y se establecen las funciones y responsabilidades de los revisores fiscales en la fiscalización de las empresas. - Decreto 2706 de 2012, por el cual se reglamenta la facturación electrónica en Colombia y se establecen las obligaciones y requisitos que deben cumplir las empresas para emitir y recibir facturas electrónicas. - Resolución 400 de 2020, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), por la cual se establecen las normas y procedimientos para la presentación de la información exógena correspondiente al año gravable 2019, en la cual se establecen los requisitos y características de los soportes contables que deben presentarse ante la DIAN.

<sup>13</sup> Ver inciso final del citado artículo 176 del C.G.P.

Se encuentran debidamente probados los ingresos recibidos por la sociedad demandante con ocasión de los fideicomisos “Buenavista”, “Mokawa” y “Terranova” que fueron el objeto de la modificación efectuada por la Dian respecto de la declaración tributaria del impuesto para la renta para la equidad - CREE del año gravable 2015 toda vez que:

i) las pruebas recaudadas por la Dian - informe y soportes rendido por Alianza Fiduciaria S.A., administradora de los referidos fideicomisos quien registró un mayor valor pagado en favor de CFC Construcciones S.A.S. por concepto de los excedentes pagados por dichos encargos fiduciarios- son suficientes para soportar al valor de ingresos recibidos por el contribuyente; ii) los certificados de retención que aduce la demandante no son prueba idónea del ingreso, sino de la retención efectuada; iii) las facturas emitidas por la misma demandante, así como los comprobantes contables de orden interno no desvirtuaron los valores que reportó Alianza Fiduciaria S.A., como pagados.

En línea con lo previamente señalado, la Sala confirmará la decisión del *a quo*, en cuanto denegó las pretensiones de nulidad de los actos administrativos en lo que respecta a la modificación de ingresos efectuada por la Dian.

**3. Segundo problema jurídico:** *¿Se ajusta a derecho el desconocimiento de gastos por concepto de “Seguros Banco de Occidente” efectuado por la Dian?*

**Tesis del tribunal:** Se ajusta a derecho el desconocimiento de gastos por concepto de “Seguros Banco de Occidente” efectuado por la Dian, por cuanto: la parte actora no demostró por modo alguno la realidad material de dicha erogación, como tampoco aportó ningún elemento de juicio que permita analizar si dicho gasto cumplió o no con los criterios de causalidad, necesidad y proporcionalidad de que trata el artículo 107 del E.T., lo cual imponía válidamente el rechazo de dicho monto deducido.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia: i) al fundamento jurídico aplicable; ii) los hechos relevantes acreditados, para descender al iii) análisis del caso concreto.

### **3.1. Requisitos de deducibilidad del gasto en materia de impuesto sobre la renta**

El artículo 771-2 del Estatuto Tributario establece que para hacer deducciones en la declaración de renta es necesario contar con los documentos que soporten los costos y gastos que se quieren deducir. Por lo tanto, si el contribuyente no ha aportado la factura o documento equivalente que respalde la operación, se puede considerar que no se cuenta con el soporte documental necesario para hacer la deducción correspondiente.

Así mismo, el ordenamiento tributario establece que los contribuyentes del impuesto a la renta pueden reducir su base gravable mediante la inclusión de gastos, únicamente cuando ellos sean realmente necesarios y proporcionadas para el desarrollo de la actividad generadora de renta, pues un marco diferente conllevaría a la erosión de la base gravable mediante la inclusión sin control de cualquier expensa.

En efecto los referidos artículos del ET disponen:

*“ARTICULO 107. LAS EXPENSAS NECESARIAS SON DEDUCIBLES. Son deducibles las expensas realizadas durante el año o período gravable en el desarrollo de cualquier actividad productora de renta, siempre que tengan relación de causalidad con las actividades productoras de renta y que sean necesarias y proporcionadas de acuerdo con cada actividad.*

*La necesidad y proporcionalidad de las expensas debe determinarse con criterio comercial, teniendo en cuenta las normalmente acostumbradas en cada actividad y las limitaciones establecidas en los artículos siguientes.”*

...

*ARTICULO 771-2. PROCEDENCIA DE COSTOS, DEDUCCIONES E IMPUESTOS DESCONTABLES. Para la procedencia de costos y deducciones en el impuesto sobre la renta, así como de los impuestos descontables en el impuesto sobre las ventas, se requerirá de facturas con el cumplimiento de los requisitos establecidos en los literales b), c), d), e), f) y g) de los artículos 617 y 618 del Estatuto Tributario”.*

Ahora bien, es una obligación de los contribuyentes ante el requerimiento de las autoridades tributarias aportar todos los elementos de juicio, facticos, económicos, financieros o jurídicos que demuestre las referidas características del gasto necesarias para su deducibilidad, así lo ha señalado el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 26 de noviembre de 2020<sup>14</sup> en la que además decantó los criterios para el análisis de la necesidad y proporcionalidad del gasto materia de impuesto sobre la renta, así:

*“2. Las expensas **necesarias** son aquellas que realiza razonablemente un contribuyente en una situación de mercado y que, **real o potencialmente, permiten desarrollar, conservar o mejorar la actividad generadora de renta. La razonabilidad** comercial de la erogación se puede valorar con criterios relativos a la situación financiera del contribuyente, las condiciones del mercado donde se ejecuta la actividad lucrativa, el modelo de gestión de negocios propio del contribuyente, entre otros. Salvo disposición en contrario, no son necesarios los gastos efectuados con el mero objeto del lujo, del recreo o que no estén encaminados a objetivos económicos sino al consumo particular o personal; las donaciones que no estén relacionadas con un objetivo comercial; las multas causadas por incurrir en infracciones administrativas; aquellos que representen retribución a los accionistas, socios o partícipes; entre otros.*

*3. La **proporcionalidad** corresponde al aspecto cuantitativo de la expensa a la luz de un criterio comercial. La razonabilidad comercial de la magnitud del gasto se valora conforme a la situación económica del contribuyente y el entorno de mercado en el que desarrolla su actividad productora de renta.*

*4. Los contribuyentes tienen la carga de poner en conocimiento de las autoridades administrativas y judiciales las circunstancias fácticas y de mercado, demostraciones y carga argumentativa, conforme a las cuales una determinada*

<sup>14</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Milton Chaves García, radicación 25000-23-37-000-2016-01860-01(24828).

*expensa guarda relación causal con su actividad productora de renta, es necesaria y proporcional con un criterio comercial y tomando en consideración lo acostumbrado en la concreta actividad productora de renta.” (Se resalta)*

Así, para la deducibilidad de las expensas se requiere que: i) se cuente con los soportes necesarios que den razón de su realidad material, ii) tengan una relación directa con la actividad generadora de renta, iii) sean necesarias, iv) proporcionales -relación costo beneficio, de acuerdo con cada actividad; y dichas características deben ser acreditadas por el contribuyente.

### 3.2. Hechos relevantes probados

- Construcciones C.F.C & Asociados S.A. presentó su declaración privada del impuesto de renta para la equidad CREE correspondiente al año gravable 2015, incluyendo entre sus gastos la suma de \$109.124.565 por el concepto que denominó “Seguros Banco de Occidente”.<sup>15</sup>
- A través de los actos demandados, esto es, la Liquidación Oficial de Revisión 102412019900001 del 15 de marzo de 2019 y la Resolución recurso de reconsideración 1102362017000001 del 06 de abril de 2020, la Dian modificó la declaración privada del contribuyente, rechazando la inclusión de dicho gasto<sup>16</sup>.

### 3.3. Análisis del caso concreto

La demandante manifiesta su inconformidad frente al desconocimiento de los gastos por concepto de “Seguros Banco de Occidente” al considerar que esta erogación cumple los requisitos de deducibilidad.

La Dian al respecto manifestó que esta erogación no cumple con las formalidades documentales, pues al momento de la visita dicha deducción se soportó únicamente en una nota contable, además de no cumplir con el criterio de proporcionalidad.

Al respecto, cabe destacar que, en un proceso judicial, es la parte actora quien debe demostrar la veracidad de sus afirmaciones y aportar las pruebas necesarias para sustentar sus pretensiones, más aún en asuntos como el *sub examine* en los cuales -como se advirtió en el acápite precedente- la carga de la prueba se ve invertida hacia el contribuyente, cuando la administración tributaria le requiere la presentación de informes, documentos o argumentos adicionales que otorguen bases las declaraciones privadas.

En este caso, la parte actora en su demanda se limitó a señalar la procedencia de incluir el referido gasto en su denuncia rentístico, sin embargo, no proporcionó información específica sobre el gasto en cuestión, ni detalló de qué manera este gasto estaba relacionado con su actividad económica. Tampoco aportó ningún soporte que demostrara haber incurrido en la erogación de dicho gasto -facturas, comprobantes de pago o soportes similares-, ni proporcionó las razones de su ocurrencia.

<sup>15</sup> Exp. digital, archivo “012Tomo”, fls. 13-16 y “014Tomo”, fls. 141-166.

<sup>16</sup> Exp. digital, archivo “03AnexoDemanda”, fls. 1-45.

De esta manera, se dificultó la tarea del operador judicial de evaluar la procedencia del gasto y decidir si era pertinente su inclusión en el denuncia rentístico.

Adicionalmente, en el recurso de apelación escuetamente señaló que: *“La reclasificación de la cuenta de seguros del Banco de Occidente objetada cumple con los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario, razón por la que debe revocarse la sentencia de primera instancia”* sin realizar ningún tipo de mención específica sobre las razones por las cuales dicho gasto cumple con los requisitos de deducibilidad.

Por lo tanto, resulta imposible determinar que fue errada la decisión de rechazar su inclusión en el denuncia rentístico, e igualmente se considera justificado lo señalado por el *a quo* al considerar ajustados a legalidad los actos demandados, en tanto no se adjuntó en el trámite administrativo o judicial factura o documento equivalente que soporte la operación, destacando entonces la insuficiencia de los asientos contables aportados por el contribuyente para acreditar por si solos la existencia de la erogación y mucho menos el cumplimiento de los criterios de deducibilidad ya señalados.

### 3.5 Conclusión

En línea con lo previamente señalado, se ajusta a derecho el desconocimiento de gastos por concepto de *“Seguros Banco de Occidente”* efectuado por la Dian, por cuanto: la parte actora no demostró por modo alguno la realidad material de dicha erogación, como tampoco aportó ningún elemento de juicio que permita analizar si dicho gasto cumplió o no con los criterios de causalidad, necesidad y proporcionalidad de que trata el artículo 107 del E.T., lo cual imponía válidamente el rechazo de dicho monto deducido.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de denegar las pretensiones de nulidad de los actos administrativos en lo que respecta al rechazo de los gastos por concepto de *“la reclasificación de la cuenta de seguros del Banco de Occidente”*.

### 4. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), no se impondrá condena en costas en esta instancia teniendo en cuenta que no se vislumbran actuaciones por parte de los apoderados que puedan generar agencias en derecho, como tampoco que estas hayan incurrido en gastos procesales.

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

### FALLA

**PRIMERO:** CONFIRMAR la decisión adoptada en sentencia proferida el 07 de diciembre de 2022 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, mediante la cual se denegaron las súplicas de la parte demandante, dentro del medio de control de nulidad y

restablecimiento del derecho formulado por Construcciones C.F.C & Asociados S.A. contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Dian.

**SEGUNDO:** SIN COSTAS en esta instancia.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el Sistema “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 29 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, cuatro (04) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

|             |                                                                                                              |
|-------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| PROCESO No. | 17001-33-39-006-2021-00066-02                                                                                |
| CLASE       | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                                       |
| ACCIONANTE  | CARLOS ARIEL GAÑAN GAÑAN                                                                                     |
| ACCIONADO   | NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS |

Procede la sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, contra la sentencia que accedió a pretensiones, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 30 de junio de 2022, dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

La parte accionante solicito:

***“DECLARACIONES:***

- 1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 27 DE OCTUBRE DE 2020 frente a la petición presentada el día 27 DE JULIO DE 2020, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCION POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, y en la CE-SUJ-S11-012-2018-SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, a favor de mi mandate, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad, con la vigencia de la ley 1437 se refiere a sesenta (70) días hábiles y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*
- 2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN SECRETARIA DE CALDAS**, le reconozca y pague la SANCION POR MORÁ establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de*



*retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

### **CONDENAS**

*1. Condenar a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a que le reconozca y pague la **SANCIÓN POR MORA** establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 y en la CE-SUJ-S11-012-2018- SUJ-012-S2 del 18 de julio de 2018, a favor de mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad, con la vigencia de la ley 1437 se refiere a sesenta (70) días hábiles y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

*2. Que se ordene a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** dar cumplimiento al fallo como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*3. Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN SECRETARIA DE CALDAS** al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la **SANCION MORATORIA** referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso*

*4. Condenar a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN SECRETARIA DE CALDAS** al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la **SANCION MORATORIA** reconocida en esta sentencia*

*5. Condenar en costas a la **NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (...)."*

### **HECHOS**

El demandante solicitó el 21 de febrero de 2020 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de sus cesantías.

Mediante Resolución No. 1082-6 del 11 de marzo de 2020 la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del FOMAG ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías reclamadas.

Las cesantías fueron pagadas a través de entidad bancaria el 13 de julio de 2020.

El actor solicitó el 27 de julio de 2020 al FOMAG que reconociera y pagara la sanción por mora debido al pago tardío de las cesantías reclamadas.

La entidad demandada no dio respuesta a lo solicitado configurándose acto ficto o presunto el 27 de octubre de 2020.

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

Consideró que el acto administrativo cuya nulidad se pretende infringe los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Expuso la parte actora que, las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 regularon el pago de las cesantías a los servidores públicos, estableciendo un plazo perentorio para el pago de esta prestación conformado por los 15 días contados a partir de la radicación de la solicitud y los siguientes 45 días para proceder al pago al servidor una vez expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Esgrimió que, pese a que la jurisprudencia ha sido clara en la forma como debe ser interpretado el sentido del término entre el reconocimiento y pago, la entidad demandada ha venido cancelando la prestación reclamada por fuera del término establecido en la ley, lo que conlleva la sanción deprecada equivalente a un día de salario por cada día de retardo, el cual se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de los 65 días hábiles cursados desde el momento en que se radicó la solicitud de las cesantías y hasta cuando se hizo efectivo el pago de las mismas.

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:** al contestar la demanda sostuvo que si bien las altas cortes determinaron que la sanción por mora sí es aplicable al pago de cesantías del FNPSM, a

pesar que no esté previsto en la Ley 91 de 1989 ni en la Ley 962 de 2005 , no es menos cierto que, la existencia de problemas operativos en las entidades territoriales impide el cumplimiento de los términos para proyectar las respectivas Resoluciones que reconocen las prestaciones sociales de los educadores nacionales afiliados al FNPSM.

Alegó que, en este caso, es el fondo quien tiene la función del pago de prestaciones, sin embargo, la expedición del acto corresponde a las secretarías de educación, y es en virtud de ello que, no solo debe analizarse la conducta del ente pagador o del Ministerio de Educación –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sino del ente territorial quien es el encargado de expedir el acto de reconocimiento de la prestación a que haya lugar.

Señala que si en gracia de discusión, existiere mora en el pago de las cesantías, lo cierto es que esta deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial, pues emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica. Aunado al hecho que ese Fondo no cuenta con partida presupuestal o con dinero que sea destinado a este tipo de pretensiones, a contrario sensu, solo es responsable del pago de las prestaciones económicas de los docentes, razón por la que no es dable establecer condena en su contra, conforme lo consagrado en el inciso cuarto y el párrafo primero del artículo 57 de la ley 1755 de 2019.

Como excepciones propone las que denominó:

**Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio para el pago de la sanción moratoria, cobro de lo no debido:** conforme a la modificación introducida en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la entidad solo se encuentra autorizada a pagar de sus recursos únicamente en aquellos casos en los cuales el docente demuestre de forma efectiva que no le fueron pagadas las cesantías.

**DEPARTAMENTO DE CALDAS:** al contestar la demanda esgrimió que, se opone a todas y cada de las pretensiones de la parte demandante. Como razones de defensa describe la gestión de la entidad territorial en cuanto a la solicitud de cesantías se refiere. Afirmó que cumplió con los términos legales dentro del trámite que corresponde e informó que una vez queda en firme el acto administrativo ya no tiene incidencia dentro en el pago de la prestación.

Así mismo, realizó un recuento de las actuaciones realizadas para el caso específico para concluir que, no le asiste responsabilidad alguna a la entidad en la mora en el pago de las cesantías reclamada por la señora Gómez Ramírez.

Como excepciones propone las que denominó:

**Cumplimiento de término por parte de la entidad territorial:** indicó que, estando en firme el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, el ente territorial ya no tiene ningún tipo de incidencia dentro del trámite de la prestación, convirtiéndose en un espectador mientras el resto del trámite termina.

**Buena fe:** indicó que, el departamento de Caldas, siempre ha hecho un correcto diligenciamiento y cumplimiento cabal de los términos estipulados en la ley.

**Prescripción:** de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y Decreto 3115 de 1965.

#### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 30 de junio de 2022 el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, tras plantearse como problema jurídico, la procedencia de la sanción moratoria por concepto de no consignación oportuna de cesantías, contemplada en la Ley 244 de 1994 y modificada por la Ley 1071 de 2006, accedió a pretensiones.

Explica que, si bien los docentes del sector público tienen una regulación en materia de cesantías prevista en la Ley 91 de 1989, esta norma no contempla dentro de su articulado la sanción que reclama la actora, y que las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, sí fijan los términos del pago oportuno de la prestación para los servidores públicos del artículo 123 de la Constitución Política, entre los que se encuentran los docentes.

Apoyada entonces en las anteriores normas, resaltó que, a partir del momento de radicación de la solicitud, la entidad dispone de un término de 15 días hábiles para emitir el acto administrativo, más 10 días de ejecutoria, y una vez en firme el mismo, tiene un plazo de 45 días adicionales para realizar el pago, so pena de causar la sanción moratoria.

Concluyó el *A quo* que, la entidad deberá cancelar a la demandante la indemnización moratoria establecida en el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006; en cuanto a la prescripción, afirmó que, no se configura la misma teniendo en cuenta que, entre la fecha

en que se hizo el pago y la fecha de radicación de la petición de reconocimiento no transcurrieron más de tres años.

De otro lado establece que la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el 2 al 12 de julio de 2020 inclusive.

### **RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.**

La parte accionada apeló la sentencia señalando que, dentro de las competencias por el Decreto 2831 de 2005, se encuentra la atención a las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales del magisterio, que se realizará a través de las secretarías de educación certificadas a cuya planta de docentes pertenezca o haya pertenecido el solicitante; estas secretarías a su vez, al momento de expedir los actos administrativos que reconocen las cesantías parciales o definitivas, deben atender al turno de radicación de las solicitudes de pago y a la disponibilidad presupuestal que haya para tal fin.

Por esa razón, el trámite administrativo respecto de las cesantías de los docentes implica la participación de diferentes actores, tales como, el ente nominador o la entidad territorial y la Fiduprevisora en su calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; que, por lo tanto, el fallo atacado omitió estudiar que la obligación se desprende de plazos que cada entidad debe cumplir, por lo que, bajo la teoría de la descentralización de los entes territoriales, deberán ser llamados a responder por el interregno que incurrió en mora en el caso en concreto.

Que en el presente caso la reclamación judicial del docente busca el pago de la sanción moratoria, no obstante, las cesantías fueron pagadas efectivamente, momento hasta el cual llega su responsabilidad. Por consiguiente, no existe legitimación en la causa por pasiva del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, dado que la modificación normativa introducida, traslada cualquier obligación de pago derivada del retardo en el pago de las cesantías a la entidad territorial certificada y a la Fiduciaria administradora y vocera del patrimonio autónomo.

Que, en caso de existir mora en el pago de las cesantías, deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial, pues emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica, aunado al hecho que no existe una partida presupuestal en el FNPSM destinada a asumir el pago de la sanción por mora.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 04 del expediente digital de segunda instancia las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

**CONSIDERACIONES.****Cuestión previa.**

Para el Tribunal Administrativo de Caldas resulta importante indicar, que conforme a la sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018<sup>1</sup>**, relacionada con el pago tardío de cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso sub – examine:

“193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

**3.5.1 Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.

**3.5.2 Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley<sup>2</sup> para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda<sup>1</sup> ; Sentencia de unificación por Importancia jurídica; Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018; SUJ-012-S2; Bogotá D.C., 18 de julio de 2018; 73001-23-33-000-2014-00580-01-4961-2015

<sup>2</sup> Artículos 68 y 69 CPACA.

195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

#### **Problema jurídico.**

Teniendo en cuenta el recurso de apelación el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

**¿Cuál es la entidad obligada a responder por el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías?**

**Tesis del Tribunal:** la tesis que defenderá la Sala es que, en el presente asunto, corresponde a la Nación - Ministerio de Educación – FNPSM responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia que es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019.

#### **Entidad obligada al pago de la sanción moratoria**

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el FNPSM como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el FNPSM, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada

correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al FNPSM de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado<sup>3</sup> sostuvo que: “*será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo*”.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019<sup>4</sup> y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

**ARTÍCULO 57º. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.** *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

*Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.*

*Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales? FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros.*

*Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

<sup>4</sup> Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.



***PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.***

***PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.***

***La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)***

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el FNPSM; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al FNPSM, la entidad territorial será la responsable del pago de la sanción por mora.

#### **En cuanto al responsable del pago de la sanción moratoria**

La parte demandada en su apelación afirma que, la responsable es la entidad territorial por cuanto emitió de forma extemporánea el acto administrativo de reconocimiento de tales prestaciones y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica.

Al respecto la Sala, de acuerdo con las pruebas allegadas, encuentra acreditado que, el demandante el 21 de febrero de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de una cesantía definitiva<sup>5</sup>, y su solicitud fue atendida mediante Resolución 1082-6 del 11 de marzo de

---

<sup>5</sup> Archivo: 01DemandayAnexos.pdf

2020 expedida por la secretaría de educación, esto es, dentro del término de los 15 días que contempla la norma.

Adicionalmente se encuentra acreditado que, el pago debió efectuarse a más tardar el 01 de julio de 2020, teniendo en cuenta que el Departamento mediante circular 065 ordenó la suspensión de términos desde el 20 de marzo al 13 de abril de 2020; Sin embargo, el pago se realizó el 13 de julio de 2020 según consta en la certificación de pago de cesantía. Por lo tanto, se concluyen que existió mora del 2 de julio de 2020, inclusive, al 12 de julio de 2020, inclusive, al haberse superado el plazo que disponía para el pago, tal como lo señaló en *a quo* en la sentencia apelada.

Por lo tanto, no se evidencia una mora en la secretaria de educación territorial en el reconocimiento y notificación del acto de reconocimiento de las cesantías, y tampoco se encuentra acreditado el incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la secretaria de educación territorial al FNPSM.

Lo que si hay prueba, es de una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual resulta imputable a la demandada Nación - Ministerio de Educación – FNPSM en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*.

En consecuencia, es claro que, en el presente asunto, la entidad responsable del pago de la sanción por mora causada le corresponde a la Nación – Ministerio de Educación Nacional, por lo tanto, no prosperan los argumentos expuestos por la demandada en cuanto afirma una falta de legitimación en la causa por pasiva.

### **Conclusión**

Al haberse causado la mora después del reconocimiento de las cesantías reclamadas la Nación - Ministerio de Educación – FNPSM es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la de la Ley 1955 de 2019.

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

**Costas**

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que, no existió actuación alguna por las partes en la segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Oralidad del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA**

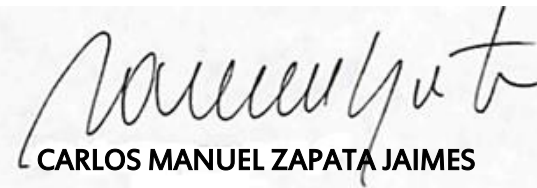
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el día 30 de junio de 2022 en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **CARLOS ARIEL GAÑAN GAÑAN** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 04 de mayo de 2023, conforme acta nro. 020 de la misma fecha.

  
**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente

  
**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado

  
**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

|                                                                                                                                                           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p><b>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</b><br/><b>ESTADO ELECTRÓNICO</b></p> <p>Notificación por Estado Electrónico nro. 076 del 08 de mayo de 2023.</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, cuatro (04) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

|                  |                                                                                                              |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RADICADO         | 17001-33-39-008-2022-00017-02                                                                                |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                                       |
| DEMANDANTE       | BEATRIZ ELENA SALAZAR CALLEJAS                                                                               |
| DEMANDADO        | NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS |
| VINCULADO        | FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.                                                                                 |

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra el fallo que accedió a pretensiones, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 19 de diciembre de 2022, dentro del proceso de la referencia.

**PRETENSIONES**

1. Declarar la nulidad de los actos fictos o presuntos originados al no dar respuesta a las peticiones del 23 de septiembre de 2020 y del 6 de abril de 2021, por medio de las cuales se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago de cesantías establecido en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de reconocimiento ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de reconocimiento ante la demandada y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

A título de restablecimiento del derecho:

1. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a que reconozca y pague a la actora la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006 equivalente a un día de salario por cada día de retardo contados desde los setenta (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.
2. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo 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 la sanción moratoria referida en el numeral anterior, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que se efectuó el pago hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.
3. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que dé cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA en lo que corresponda.

#### **HECHOS**

- ✓ Señala que la demandante por laborar como docente solicitó el día 20 de febrero de 2020, a la entidad territorial, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.
- ✓ Que las cesantías fueron reconocidas mediante Resolución nro. 1077-6 del 11 de marzo de 2020, y canceladas el 12 de agosto de 2020, por medio de entidad bancaria.
- ✓ Mediante derecho de petición se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora a la entidad demandada; solicitud que no fue resuelta por la accionada.

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

Consideró que el acto administrativo cuya nulidad se pretende infringe los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; los artículos 1 y 2 de Ley 244 de 1995; los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Aseveró que el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siempre ha estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, incurriendo en mora injustificada para el pago de la prestación, contrario al pago de las cesantías de los demás servidores del Estado que al momento de solicitarlas están siendo canceladas a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su solicitud, por tratarse de emolumentos salariales que retiene el patrono pero que son del empleado para cuando este quede cesante en su actividad.

En virtud de esas circunstancias, fueron expedidas de manera progresiva la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableciendo un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud para expedir el actor administrativo, y 45 días para proceder al pago, después de expedido el acto administrativo de reconocimiento.

Aseguró que, esta circunstancia, y muy a pesar de que la jurisprudencia ha establecido que la disposición normativa ha de entenderse que entre el reconocimiento y pago no se deben superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos en la ley dicha prestación, lo que genera una sanción para la entidad equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, contado hasta cuando se efectúe el pago de estas cesantías.

Referenció jurisprudencia sobre el tema para respaldar la procedencia del reconocimiento de la sanción moratoria.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO:** en relación con las pretensiones indicó que se oponía a su prosperidad, al considerar que las mismas carecían de sustento fáctico y jurídico. Y frente a los hechos afirmó de unos que eran ciertos, de otros que no le constaban, y de otros que no eran hechos.

Referenció la Ley 1955 de 2019, específicamente el artículo 57, para indicar que en este caso la entidad territorial superó con creces el término de 15 días hábiles que le otorga la

ley para proferir el acto administrativo de reconocimiento de la prestación, lo que hace al ente territorial responsable del pago de la sanción moratoria.

Propuso las excepciones de:

- **Culpa exclusiva de un tercer aplicación de la Ley 1955 de 2019:** solicitó que se tenga en cuenta el incumplimiento de los plazos fijados por la ley para el reconocimiento de las cesantías, lo que denota que la secretaría de Educación no acató los términos con los que contaba para proferir el acto administrativo, 15 días siguientes a la radicación de la solicitud, para después de quedar ejecutoriado el ente pagador dentro de los 45 días siguientes poner a disposición los recursos, pero en este caso la mora del ente territorial hace que sea su responsabilidad asumir la condena.

- **Responsabilidad del ente territorial:** resaltó que el trámite administrativo respecto de las cesantías de los docentes implica la participación de diferentes actores, y en tal sentido el reconocimiento de la prestación parcial o definitiva se encuentra a cargo de la secretaría de Educación; el estudio y pago de las cesantías está a cargo de la fiduciaria; y si alguna de las dos entidades no cumple los términos se genera la sanción por mora, lo que las hace responsables del pago.

- **Cobro indebido de la sanción moratoria causada en el año 2020 antes el FOMAG:** aseveró que la sanción moratoria le corresponde a la entidad territorial en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la secretaría de Educación.

- **Falta de legitimación en la causa por pago de la sanción moratoria generada en el 2020 por parte del FOMAG:** aseveró que el fondo solo tendría que cancelar la sanción respecto del año 2019, teniendo en cuenta el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, ya que dentro de este caso la mora se causó a partir del día 29 de mayo de 2020 y el pago de las cesantías se realizó el 12 de agosto de ese mismo año, pero el fondo solo es responsable de las sanciones moratorias causadas hasta el 31 de diciembre de 2019.

- **Compensación:** de cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso.

- **Sostenibilidad financiera:** teniendo en cuenta lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.



- **Genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada.

Frente al tema de las costas, precisó que la condena no es objetiva, sino que es deber del juez atender al principio de buena fe del que goza la entidad respecto a sus actuaciones procesales.

Que como se evidencia en el expediente el despacho no presentó pruebas o fundamento alguno sobre la ocurrencia de alguna actuación por parte de la entidad demandada Nación -Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que desvirtúa la presunción de buena fe, por lo que no procede tal condena.

**DEPARTAMENTO DE CALDAS:** frente a los hechos afirmó de su gran mayoría que eran ciertos, de otros indicó que no le consta y de otros que no eran ciertos.

En relación con las pretensiones, precisó que oponía a todas y cada una, y con apoyo en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 18 de julio de 2018 relativa a la sanción moratoria, precisó que es evidente que la entidad acató los términos establecidos para proferir el acto administrativo de reconocimiento de la sanción moratoria, por lo que cualquier retardo en el pago es imputable al fondo de prestaciones.

Propuso las excepciones:

- **Cumplimiento de términos por parte de la entidad territorial departamento de Caldas:** de conformidad con el procedimiento que se debe surtir para el reconocimiento de las cesantías, es diáfano que la entidad cumplió los plazos establecidos en la ley para la expedición del acto administrativo, 15 días, por lo que no tiene ninguna obligación frente a la sanción reclamada.

- **Buena fe:** aseveró que en este caso existen circunstancias eximentes de la responsabilidad, como quiera que de acuerdo al trámite establecido en la ley en los pagos de prestaciones sociales en el régimen excepcional de los docentes el departamento de Caldas siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos estipulados en la ley en cuanto a sus funciones y lo relacionado con la expedición de los respectivos actos administrativos; sin embargo, el pago le corresponde al Fondo, a través de la entidad fiduciaria.

- **Prescripción:** En caso de acceder a las suplicas de la demanda solicitó aplicar la prescripción trienal, acorde al artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

### **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 19 de diciembre de 2022 accedió a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico determinar, si tenía derecho la parte demandante al reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, por el retardo en el pago de las cesantías; si era procedente declarar la falta de legitimación en la causa del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio; y cuál era la entidad responsable de la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías de la demandante.

En primer lugar, analizó el carácter de la prestación, la sanción moratoria y su objeto, de conformidad con la Ley 91 de 1989, la Ley 244 de 1995, la Ley 1071 de 2006 y el Decreto 2831 de 2005, para concluir que una vez radicada la petición la administración tiene 15 días hábiles para expedir la resolución, más 5 días hábiles (peticiones presentadas antes de entrar en vigencia el CPACA) o 10 días hábiles (en vigencia del CPACA) que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto (es decir, si la petición se encuentra incompleta), más 45 días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 o 70 días hábiles, según el caso, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

Referenció la sentencia de unificación del Consejo de estado del 18 de julio de 2018, para descender al caso concreto e indicar que en este caso el reconocimiento de las cesantías se solicitó el 20 de febrero de 2020, y que estas se otorgaron con resolución que data del 11 de marzo de 2020, quedando a disposición el dinero el 12 de agosto de 2020, lo que significaba que en este caso se había causado una sanción moratoria por el periodo de tiempo comprendido entre el 4 de junio al 12 de agosto de 2020.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva propuesta por el ente territorial y el Fondo indicó, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que aunque no reposaba prueba en el expediente de que el departamento hubiera enviado el acto administrativo en forma tardía, se advertía que el mismo sí se había proferido dentro del término legal, sin que se hubiese allegado prueba de la que pudiera desprenderse

responsabilidad de la secretaría de Educación, por lo que la responsable de la sanción era el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduprevisora.

Frente a la prescripción de la sanción cuyo pago se ordena, como la misma se causó a partir del 12 de agosto de 2020, y la solicitud de pago de la sanción por mora fueron presentadas el 23 de septiembre de 2020 y el 6 de abril de 2021, y la demanda fue radicada el 24 de enero de 2021, se advierte que ni entre la fecha de causación y la fecha de reclamación administrativa, ni entre esta y la fecha de presentación de la demanda transcurrió el término trienal requerido para estructurar la prescripción.

En cuanto a la indexación accedió a la pretensión, conforme al inciso final del artículo 187 del CPACA, pero no desde el momento de la causación de la sanción por mora, porque ello implicaría una doble sanción, sino de las condenas que se deriven de la sentencia que defina la situación jurídica de la demandante en este caso, es decir, se debía actualizar la suma líquida de dinero que correspondiera a la condena irrogada.

Se plasmó en la parte resolutive:

*PRIMERO. – DECLARA NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE “CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO APLICACIÓN LEY 1955 DE 2019”, “RESPONSABILIDAD DEL ENTE TERRITORIAL”, “COBRO INDEBIDO DE LA SANCION MORATORIA CAUSADA EN EL AÑO 2020 ANTE EL FOMAG”, “FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PAGO DE LA SANCION MORATORIA CAUSADA EN EL AÑO 2020 POR PARTE DEL FOMAG”, “IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACION”, “COMPENSACION” Y “SOSTENIBILIDAD FINANCIERA” propuestas por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*

*SEGUNDO. - DECLARAR PROBADA la excepción de “CUMPLIMIENTO DE TERMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL” Y “BUENA FE” propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.*

*SEGUNDO. - DECLARAR la nulidad de los actos fictos surgidos de las peticiones elevadas por la parte demandante el 23 de septiembre de 2020 y el 6 de abril de 2021, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora.*

*TERCERO. - A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a LA FIDUPREVISORA S.A. y al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES A que reconozca y pague a BEATRIZ ELENA SALAZAR CALLEJAS, identificada con la cédula de ciudadanía número 25.211.516, la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, equivalente a*

*un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el 04 de junio de 2020 hasta el 12 de agosto de 2020, teniendo como base el salario percibido en el año 2020.*

*CUARTO. - CONDENAR a la FIDUPREVISORA S.A. y al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a actualizará las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del CPACA, teniendo en cuenta las previsiones señaladas en la parte considerativa de esta sentencia, debiendo actualizar las sumas líquidas de dinero que correspondan a la condena irrogada.*

*En tal virtud, la suma que deberá cancelar la entidad condenada por concepto de sanción moratoria, se actualizará de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la sanción).*

*La fórmula que debe aplicar la demandada es la siguiente:*

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

*QUINTO. - A la sentencia se le dará cumplimiento en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.*

*SEXTO. - Costas a cargo de la FIDUPREVISORA S.A. y al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso.*

*Se fijan agencias en derecho por valor de \$437.132 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.*

*(...)*

### **RECURSO DE APELACIÓN DE LA SENTENCIA.**

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio apeló la sentencia mediante memorial que reposa en el archivo #24 del expediente digital de primera instancia.

Pidió se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, al afirmar que, la decisión del fallador no se ajusta a derecho en tanto no aplicó para el caso en concreto la regla indicada para el conteo del término del trámite del reconocimiento y pago de las cesantías, y tampoco analizó y estudió la responsabilidad de la entidad territorial en el pago tardío de las mismas, lo cual en este tipo de casos, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 57

de la ley 1955 de 2019, es indispensable para determinar la entidad a cargo de la cual está el pago de la sanción por mora; aspecto que le hubiera permitido inferir que la entidad territorial sería la llamada a responder por el pago tardío de las cesantías, ya que se tardó en radicar la documentación ante la fiduciaria, lo cual afirma hizo más de 20 días después de haber expedido el acto administrativo.

En este orden de ideas señala que, el *a quo* no tuvo en cuenta el actuar de la entidad territorial en la totalidad del trámite del reconocimiento de las cesantías de la docente, pues se limitó únicamente a verificar que la entidad emitiera el acto administrativo a tiempo, sin detenerse a observar sobre los actos posteriores en que incurrió esta y que causaron la tardanza en el pago de la prestación.

Añadió que, teniendo en cuenta los extremos temporales, la entidad contaba con 67 días para realizar el pago de las cesantías, contados a partir de la fecha en que ese emitió el acto administrativo de reconocimiento y hasta el 23 de junio de 2020, momento en el que se cumplió el término de los 67 días máximo para realizar el pago. Es decir, la mora iniciaría a causarse en el presente caso solo a partir del 24 de junio de 2020 y no el 4 de junio de ese año, como erradamente se estableció en el fallo.

Así mismo, indicó que, no procede la condena en costas, teniendo en cuenta el artículo 188 del CPACA, ya que la misma no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena, no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esa parte derrotada. En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación.

Aseguró que en el presente caso la entidad no realizó actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial. Por tal motivo, solicitó modificar el numeral quinto de la sentencia de primera instancia y en su lugar no imponer condena en costas y agencias en derecho, así como tampoco respecto de la segunda instancia.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Dentro del término establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, las partes no se pronunciaron sobre el recurso de apelación.

### **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 el proceso.

#### **Problemas jurídicos:**

Teniendo en cuenta el recurso de apelación los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

- 1) ¿Desde cuándo se causaría la sanción por mora en el pago de cesantías, y qué entidad sería la responsable de su pago?
- 2) ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en primera instancia?

#### **LO PROBADO**

- Mediante la Resolución nro. 1077-6 del 11 de marzo de 2020 se reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a favor de la señora Beatriz Elena Salazar Callejas, en virtud de la petición radicada el 20 de febrero de 2020.
- Conforme desprendible de pago del banco BBVA el dinero por concepto de cesantías se canceló el 12 de agosto de 2020.
- El 23 de septiembre de 2020 y el 6 de abril de 2021 se solicitó el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías.

#### **Primer Problema Jurídico**

¿Desde cuándo se causaría la sanción por mora en el pago de cesantías, y qué entidad sería la responsable de su pago?

**Tesis: la Sala defenderá la tesis que en este caso se excedieron los 67 días hábiles que tenía la entidad para pagar las cesantías, lo que origina una sanción moratoria que se extiende entre el 24 de junio de 2020 y el 11 de agosto de 2020, inclusive.**

Para el Tribunal Administrativo de Caldas resulta importante indicar que conforme a la sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018<sup>1</sup>**, relacionada con el pago tardío de cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso:

*193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:*

*3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*

*3.5.2 **Sentar jurisprudencia** precisando que cuando el acto que reconoce las cesantías se expide por fuera del término de ley, o cuando no se profiere; la sanción moratoria corre 70 días hábiles después de radicada la solicitud de reconocimiento, término que corresponde a: i) 15 días para expedir la resolución; ii) 10 días de ejecutoria del acto; y iii) 45 días para efectuar el pago.*

*194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley<sup>2</sup> para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.*

*195. De otro lado, también se **sienta jurisprudencia** precisando que cuando se interpone el recurso, la ejecutoria correrá 1 día después que se notifique el acto que lo resuelva. Si el recurso no es resuelto, los 45 días para el pago de la cesantía, correrán pasados 15 días de interpuesto.*

*3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda<sup>1</sup> ; Sentencia de unificación por Importancia jurídica; Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018; SUJ-012-S2; Bogotá D.C., 18 de julio de 2018; 73001-23-33-000-2014-00580-01-4961-2015

<sup>2</sup> Artículos 68 y 69 CPACA.

*asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.*

**3.5.4 Sentar jurisprudencia,** reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.

Ahora, en la misma sentencia mencionada, el Máximo Tribunal Administrativo condensó en un cuadro la siguiente explicación en torno a la manera de computar la sanción moratoria de acuerdo a unas hipótesis:

| HIPÓTESIS                                      | NOTIFICACIÓN                                                          | CORRE EJECUTORIA                                                      | TÉRMINO PAGO CESANTÍA                           | CORRE MORATORIA                                             |
|------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| PETICIÓN SIN RESPUESTA                         | No aplica                                                             | 10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto                 | 45 días posteriores a la ejecutoria             | 70 días posteriores a la petición                           |
| ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días) | Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago | 10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto                 | 45 días posteriores a la ejecutoria             | 70 días posteriores a la petición                           |
| ACTO ESCRITO EN TIEMPO                         | Personal                                                              | 10 días, posteriores a la notificación                                | 45 días posteriores a la ejecutoria             | 55 días posteriores a la notificación                       |
| ACTO ESCRITO EN TIEMPO                         | Electrónica                                                           | 10 días, posteriores a certificación de acceso al acto                | 45 días posteriores a la ejecutoria             | 55 días posteriores a la notificación                       |
| ACTO ESCRITO EN TIEMPO                         | Aviso                                                                 | 10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso                | 45 días posteriores a la ejecutoria             | 55 días posteriores a la entrega del aviso                  |
| ACTO ESCRITO EN TIEMPO                         | Sin notificar o notificado fuera de término                           | 10 días, posteriores al intento de notificación personal <sup>3</sup> | 45 días posteriores a la ejecutoria             | 67 días posteriores a la expedición del acto                |
| ACTO ESCRITO                                   | Renunció                                                              | Renunció                                                              | 45 días después de la renuncia                  | 45 días desde la renuncia                                   |
| ACTO ESCRITO                                   | Interpuso recurso                                                     | Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve              | 45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria | 46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso |

<sup>3</sup> Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.



|                                          |                      |                                                                  |                                                       |                                                     |
|------------------------------------------|----------------------|------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|
| ACTO ESCRITO,<br>RECURSO SIN<br>RESOLVER | Interpuso<br>recurso | Adquirida, después<br>de 15 días de<br>interpuesto el<br>recurso | 45 días, a partir del<br>siguiente a la<br>ejecutoria | 61 días<br>desde la<br>interposición<br>del recurso |
|------------------------------------------|----------------------|------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|

En consonancia con la anterior providencia, debe esta Sala poner de presente que en este caso la solicitud de reconocimiento de las cesantías definitivas se realizó el 20 de febrero de 2020, emitiéndose el acto administrativo el 11 de marzo de 2020. No reposa constancia de notificación. Y el pago se realizó el 12 de agosto de 2020.

Como en este caso no se cuenta con constancia de notificación del acto administrativo de reconocimiento de la prestación, la mora correría 67 días después de la expedición del acto administrativo, y no de la manera en que lo contabilizó el *a quo*, 70 días hábiles posteriores a la radicación de la solicitud.

De acuerdo a la anterior información, se tenían como fechas límites para realizar el trámite de cesantías los siguientes:

| TÉRMINO                                                                                             | FECHA LÍMITE | CASO CONCRETO |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|---------------|
| Fecha de la <b>reclamación</b> de las cesantías definitivas                                         |              | 20/02/2020    |
| Vencimiento del término para el <b>reconocimiento</b> – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006) | 12/03/2020   | 11/03/2020    |
| Vencimiento del término para el <b>pago</b> – 67 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)           | 23/06/2020   | 12/08/2020    |

De acuerdo a lo anterior, se advierte que el acto administrativo fue emitido en tiempo por la entidad territorial, es decir, dentro de los 15 días hábiles siguientes a su radicación; pero el pago se efectuó por fuera del plazo de 67 días hábiles siguientes a la expedición del acto administrativo. En tal sentido, la fecha límite para pagar las cesantías era hasta el 23 de junio de 2020, pero el dinero se puso a disposición el 12 de agosto de 2020.

De lo anterior se infiere que, entre el 24 de junio de 2020, inclusive, y el 11 de agosto de 2020, inclusive, se hizo exigible la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, se insiste, corolario del pago tardío de la cesantía definitiva reclamada, tal como lo indicó la entidad accionada en el recurso de apelación.

Al revisar la sentencia de primera instancia, se advierte que el período de mora allí establecido

fue entre el 4 de junio al 12 de agosto de 2020.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia deberá ser modificada en relación con las fechas dentro de las cuales se causó la sanción moratoria, para indicar que lo fue entre el 24 de junio de 2020, inclusive, y el 11 de agosto de 2020, inclusive.

Por otro lado, el Fondo de Prestaciones expuso en el recurso de apelación que la responsable de cancelar la sanción moratoria era la secretaría de Educación del departamento de Caldas, por haber remitido de manera tardía el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías.

Pese a ello, es de resaltar que en este caso está probado que el acto administrativo se emitió dentro del término legal; y aunque se afirmó que el ente territorial envió la resolución de reconocimiento de manera tardía, lo cierto es que el Fondo no probó tal aseveración siendo su carga hacerlo, lo que denota que quién incurrió en mora fue el Fondo de Prestaciones Sociales.

Por lo anterior, en relación con la entidad que debe responder por la sanción moratoria, la misma es imputable a la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, que señala, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*.

Y a su vez, el párrafo de la norma mencionada dispuso: *“La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías”*.

De acuerdo a lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

### **Segundo problema jurídico**

¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas al Fondo de Prestaciones Sociales en primera instancia?

**Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso la condena en costas se ajustó a derecho, ya la decisión se fundamentó en el criterio objetivo valorativo.**

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo de primera instancia en relación con las costas, se evidencia que, tras citar el artículo 188 del CPACA se indicó que, esta norma contemplaba un criterio objetivo para la condena en costas, es decir, no se tiene en cuenta la conducta asumida por las partes para determinar la condena en costas, sentido en el cual se adujo ya se ha pronunciado el Consejo de Estado en múltiples ocasiones.

De acuerdo con lo anterior, y para efectos de determinar la procedencia de las costas, indicó que estaba probado en el expediente el poder debidamente otorgado por la demandante al abogado Samuel Rodríguez Arenas, quien se afirmó ejerció la representación judicial según el mandato a él conferido, por lo que encontró procedente la condena en cabeza de la Fiduprevisora S.A y la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación y ejecución se haría en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijaron agencias en derecho por valor de \$437.132, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

En el recurso de apelación se argumentó, en síntesis, que en la condena en costas no se tuvieron en cuenta los criterios para imponerlas, tales como la conducta de las partes y que estas se hubieran causado y estuvieran acreditadas, ya que debía descartarse la apreciación objetiva, esto es, quien resultaba vencido en el proceso.

Sobre la condena en costas, ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

*Se deduce en primer lugar que el CPACA contempla un criterio objetivo para la condena en costas, es decir, no tiene en cuenta la conducta asumida por las partes para determinar la condena en costas, sentido en el cual ya se ha pronunciado el Consejo de Estado en múltiples ocasiones.*

*Aunado a lo expuesto, recientemente la Sección Segunda, subsección B, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 21 de junio de 2018 radicado número 73001-23-33-000-2015-00346-01(4323-16), con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:*

*“En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la*

*jurisprudencia, echándose de menos, además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción. "*

*De acuerdo con lo anterior y para efectos de determinar la procedencia de las costas, es menester indicar que se encuentra probado lo siguiente dentro del expediente:*

*-. Obra en el expediente, poder debidamente otorgado por el Jefe de Oficina Jurídica del Ministerio de Educación al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, quien posteriormente sustituyó el mandato a la abogada Jenny Alexandra Acosta Rodríguez togada que ejerció la representación judicial según el mandato a ella conferido, durante el trámite del presente proceso o y finalmente en los alegatos de conclusión se sustituye poder al abogado Diego Stivens Barreto Bejarano.*

*La prueba relacionada, da cuenta de los gastos generados en el trámite procesal, encontrando procedente la condena en costas contra la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$536.067 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.*

En consecuencia, el artículo 188 del CPACA determina que la condena en costas no es automática frente a quien resulte vencido en el litigio, que las mismas se rigen entonces por un criterio objetivo valorativo.

Debe advertirse que, aún con la adición del artículo 188 del CPACA, introducida por la Ley 2080 de 2021, se mantuvo la decisión de parte del Juez, sobre la labor de disponer sobre costas en la sentencia, pero adicionando que, con mayor razón la misma se deberá realizar si no hay fundamento legal en la demanda.

Por ello, para imponerlas, hay que apoyarse en un criterio objetivo valorativo el cual exige no solo verificar la parte vencida en juicio, sino, además, el deber de precisar los motivos por los cuales se considera procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las costas.

Cuando se revisa la motivación para la condena en costas de primera instancia se advierte que la juez explicó que revisado el expediente se advertía que se había otorgado poder al abogado Samuel Rodríguez Arenas, quien ejerció la representación judicial; prueba que a su juicio daba cuenta de los gastos generados en el trámite procesal lo que hacía procedente la

condena en costas contra el Fondo, y fijó agencias en derecho por valor de \$437.132.

Ello denota que la *a quo* procedió a explicar la razón de su decisión con base en el criterio objetivo valorativo de las costas relativo a las agencias en derecho. Por lo anterior, se confirmará la condena en costas a título de agencias en derecho.

#### **Decisión de segunda instancia.**

En el caso concreto el Tribunal considera que se debe modificar el fallo de primera instancia en cuanto al cómputo de tiempo de la sanción moratoria, en este sentido se tiene que la misma se causó del 24 de junio de 2020 al 11 de agosto de 2020, inclusive, y no del 4 de junio de 2020 al 12 de agosto de 2020, como lo expuso el juez de primera instancia.

En lo demás, se confirmará la sentencia de primera instancia.

#### **Costas**

En el presente asunto de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas en esta instancia, ya que no hubo actuación de las partes ante este Tribunal.

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

#### **FALLA**

**PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO** de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 19 de diciembre de 2022 en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **BEATRIZ ELENA SALAZAR CALLEJAS** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, y como vinculada **LA FIDUPREVISORA S.A.**

En consecuencia:

A título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a **LA FIDUPREVISORA S.A** y a la **NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE**

**PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a que reconozca y pague a **BEATRIZ ELENA SALAZAR CALLEJAS**, identificada con la cédula de ciudadanía número 25.211.516, la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el período comprendido entre el 24 de junio de 2020 al 11 de agosto de 2020, teniendo como base el salario percibido en el año 2020.

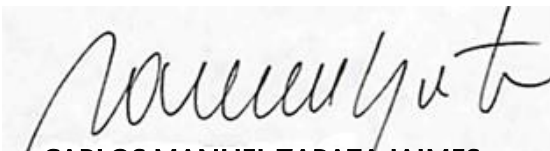
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás el fallo de primera instancia.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen. Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 04 de mayo de 2023 conforme acta nro. 020 de la misma fecha.



**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**  
Magistrado Ponente



**FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN**  
Magistrado



**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado

|                                                                                                                                             |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS<br/>ESTADO ELECTRÓNICO</p> <p>Notificación por Estado Electrónico nro. 076 del 08 de mayo de 2023.</p> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

Manizales, cuatro (04) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede la Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas, a decidir sobre el impedimento manifestado por la Jueza Octavo Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LUZ ENSUEÑO TOBAR ARIAS** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

**ANTECEDENTES**

Con libelo presentado el 19/10/2022, Tobar Arias, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DESAJMAR22-280 del 15 de junio de 2022 y de la Resolución nro. RH-4750 del 21 de julio de 2022, por medio de la cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial del Decreto 0383 de 2013, así como la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y de los demás derechos laborales devengados por el demandante como empleado de la Rama Judicial.

A título de restablecimiento del derecho, impetra se condene a la entidad accionada a liquidar y pagar la señalada bonificación del decreto 383 de 2013, con la inclusión de la misma en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibidos como servidor judicial.

**EL IMPEDIMENTO**

La Jueza Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el 10 de abril de 2023 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales. Siendo efectivamente ingresada a este Despacho el 26 de abril de 2023.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ha expresado que:

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”<sup>1</sup>.

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

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

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidiscente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013<sup>2</sup>, cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

**“ARTÍCULO 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994,**

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

<sup>2</sup> Expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.



43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, **una bonificación judicial**, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1o de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

(...)

3. Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será:

| DENOMINACIÓN DEL CARGO                                                                        | MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO |           |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|-----------|-----------|
|                                                                                               | Año 2016                                                        | Año 2017  | Año 2018  |
| Juez Penal del Circuito Especializado                                                         | 2.509.062                                                       | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado                                       | 2.509.062                                                       | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Juez de Dirección o inspección                                                                | 2.509.062                                                       | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección                                                 | 2.509.062                                                       | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección                                                | 2.491.678                                                       | 2.969.604 | 3.558.846 |
| Juez del Circuito                                                                             | 2.196.230                                                       | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana             | 2.196.230                                                       | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana  | 2.196.230                                                       | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana | 2.272.185                                                       | 2.708.010 | 3.245.346 |
| Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o                  | 2.358.938                                                       | 2.811.402 | 3.369.253 |

|                                                                                                                                      |           |           |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|-----------|-----------|
| de                                                                                                                                   |           |           |           |
| Departamento de Policía                                                                                                              |           |           |           |
| Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea,<br>o<br>de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación<br>o<br>Departamento de Policía        | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Juez de Instrucción Penal Militar                                                                                                    | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Auditor de Guerra de Brigada, o de Base<br><br>Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela<br>de<br>formación o de Departamento de Policía | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Asistente Social Grado 1                                                                                                             | 1.901.012 | 2.265.642 | 2.715.201 |
| Secretario                                                                                                                           | 1.688.165 | 2.011.969 | 2.411.194 |
| Oficial Mayor o Sustanciador                                                                                                         | 1.416.093 | 1.687.712 | 2.022.596 |
| Asistente Social Grado 2                                                                                                             | 1.168.486 | 1.392.611 | 1.668.940 |
| Escribiente                                                                                                                          | 1.008.526 | 1.201.969 | 1.440.469 |

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el *sub-lite* la señora Jueza Octavo Administrativo del Circuito de Manizales manifestó que, le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y, por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997<sup>3</sup> del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuéz que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DIECINUEVE (19) DE MAYO DEL AÑO ENM CURSO A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

<sup>3</sup> “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.”, modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuces que integran la lista.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA DE DECISIÓN,

### RESUELVE

**PRIMERO: ACÉPTASE** la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por la Jueza Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **LUZ ENSUEÑO TOBAR ARIAS** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

**SEGUNDO: FÍJASE** como fecha y hora para el sorteo de conjuce que deba actuar en el presente trámite, el día **VIERNES DIECINUEVE (19) DE MAYO DEL AÑO ENM CURSO A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA**.

**TERCERO: COMUNÍQUESE** el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

### NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada el 04 de mayo de 2023, conforme acta nro. 020 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 076 del 08 de mayo de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA TERCERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Sentencia No. 095

Manizales, cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

**Acción:** Nulidad y restablecimiento del derecho- laboral  
**Demandante:** Mauricio Hoyos Ríos  
**Demandado:** Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena  
**Radicado:** 17001-23-33-000-2022-00305-00

Se dicta sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

**I. Antecedentes**

**1. La Demanda**

**1.1. Pretensiones**

Se solicita se declare nulo el acto administrativo 2-2018-0037347 del 16 de octubre de 2018, por medio del cual el Sena negó el reconocimiento y pago de los créditos laborales; que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada al pago de los conceptos salariales, prestaciones sociales e indemnización causados durante el tiempo que laboró para el Sena, entre el 29 de enero de 2010 y el 19 de diciembre de 2015.

Además, reconocer los salarios no pagados desde el 29 de enero de 2010 al 19 de diciembre de 2015, el cual estima en un mes por año, tiempo en el cual debía asistir a laborar sin remuneración; además de la retención en la fuente asumida por la demandante; el reembolso de los dineros que se pagaron por concepto de póliza de cumplimiento, los pagos de seguridad social y demás acreencias derivadas del vínculo contractual.

**1.2. Fundamento factico**

Se relata en síntesis que, el demandante prestó sus servicios al Sena en calidad de *Líder de Bienestar al Aprendiz e Instructor del área transversal*, desde el 29 de enero de 2010 al 19 de diciembre de 2015, bajo la modalidad de órdenes de trabajo y contratos de prestación de servicios, no obstante que se encontró bajo una constante subordinación y dependencia de sus superiores, debiendo laborar 8 horas diarias, en las instalaciones y con las herramientas que le eran suministradas por el Sena, escondiendo en realidad un relación laboral.

Que requirió el pago de las acreencias laborales que se desprendían de la configuración de una relación laboral, lo cual fue negado a través del acto administrativo demandado.

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

Señaló como vulnerados los artículos 1, 2, 25, 53, 55, 93, 94, 121, 122, 123 y 125 de la Constitución; los Decreto 1042 de 1978, Ley 100 de 1993, Ley 50 de 1990, Código sustantivo del trabajo artículos 23, 24 y 101 y, demás normas y tratados internacionales aplicables.

Argumentó que, durante el tiempo que estuvo vinculado al Sena, existió una relación laboral, por cuanto fueron acreditados los tres elementos que la configuran, tales como: prestación personal del servicio, remuneración y subordinación y dependencia del trabajador frente al empleador. Aseguró que, recibía órdenes verbales y escrita por parte de los superiores, sobre las labores que debía desempeñar, el horario que debía cumplir semanalmente, debiendo solicitar permiso para ausentarse de la labor y debiendo compensar el tiempo.

Resaltó que, las ordenes, memorandos o requerimientos, y la naturaleza de un líder de Bienestar al Aprendiz – instructor del área transversal administrativo, son conclusivos de una verdadera subordinación y dependencia con la entidad, tanto así que se exigía el cumplimiento de órdenes, directrices y objetivos establecidos por el Sena.

## 2. Contestación de la demandada

El **Sena** se opuso a las pretensiones del demandante precisando que, estuvo vinculado al Sena única y exclusivamente como contratista de prestación de servicios profesionales, a través diferentes contratos interrumpidos, de carácter temporal, cuya duración fue siempre por tiempo limitado e indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Que el accionante prestó servicios profesionales, sin generar una relación legal y reglamentaria que permitiera inferir la existencia de una relación laboral, sin que estuviera bajo las órdenes de ningún funcionario y el Sena solo supervisó el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Sostuvo que pagó al contratista mensualmente únicamente el valor pactado en cada contrato, de acuerdo con la ejecución contractual, devengando de forma mensual honorarios, no salario. Que nunca se presentó una continuada dependencia por cuanto hubo interrupción en la ejecución de los contratos, es decir, la vigencia de los contratos fue temporal y su duración siempre fue por tiempo limitado.

Que en la ejecución de labores tenía autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico.

Propuso las excepciones: -“*Prescripción extintiva trienal y bienal*” haciendo referencia de forma general al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y al Decreto 1848 de 1969, empero sin alusión al caso concreto; -“*Inexistencia de los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral*”: basada en que no se configuraron los elementos de una relación laboral entre el Sena y el demandante, igualmente hace referencia a las funciones que tienen a su cargo los instructores del Sena de

planta y los contratados indicando con sustanciales las diferencias, pues los primeros no solo tienen labores académicas sino también administrativas; -. *“Renuncia consiente a las pretensiones”*: basada en que el demandante no estimó adecuadamente la cuantía en la demanda; -. *“Interrupción contractual”*: señaló que nunca se presentó una continuada dependencia por cuanto hubo interrupción en la ejecución de los contratos; -. *“Cobro de lo no debido”* al no existir suma alguna adeudada al demandante; -. *“Compensación”*: solicitó tener en cuenta lo ya cancelado por la entidad; -. *“Genérica”*.

### 3. Trámite del proceso

La demanda fue radicada en la oficina judicial el 6 de febrero de 2019<sup>1</sup>; el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales mediante auto notificado por estado el 7 de junio de 2019 admitió la demanda<sup>2</sup>; el despacho judicial referido, mediante providencia del 31 de octubre de 2022, resolvió excepción previa de falta de competencia propuesta por el Sena y, en esa medida declaró la falta de competencia por la cuantía<sup>3</sup>; el expediente fue remitido a la oficina judicial el 16 de diciembre de 2022<sup>4</sup>; recibido el expediente por el Tribunal, el despacho sustanciador mediante auto del 9 de febrero de 2022<sup>5</sup>, resolvió excepciones, fijó el litigio, resolvió sobre las pruebas solicitadas y corrió traslado a las partes y ministerio público para que presentaran alegatos de conclusión.

### 4. Alegatos de conclusión

El **demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda, enfatizando que se encuentra demostrada la existencia de una relación legal y reglamentaria, toda vez que, se acreditó la subordinación que tuvo el demandante, sin que pueda predicarse que tuviera independencia y autonomía para desplegar su actividad laboral como docente instructor.

El **Sena** adujo que, del material probatorio allegado con la demanda, no se advierte prueba alguna que permita acreditar el supuesto fáctico que sirve de fundamento para las pretensiones, y en consecuencia, deben ser rechazadas por incumplimiento de la carga probatoria, de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 167 del Código General del Proceso - CGP. Además, la reclamación se elevó por el demandante, transcurridos más de 3 años entre la fecha de terminación de los contratos y la reclamación, lo que da lugar a la prescripción.

El **Ministerio Público** no rindió concepto.

## II. Consideraciones

### 1. Problema jurídico

De conformidad con la demanda y su contestación, el asunto se centra en establecer: *¿Se encuentran probados los elementos necesarios para determinar la existencia de una relación laboral entre el señor Mauricio Hoyos Ríos y el Sena?*

<sup>1</sup> Pág. 1 AD “01C1Fls1A287”

<sup>2</sup> Pág. 255-256 ibidem.

<sup>3</sup> AD “05RemitecompetenciaTribunal”

<sup>4</sup> AD “07OficioRemisionSegundaInstancia”

<sup>5</sup> AD “004AutoResuelveExcepcionesDecretaPruebasFijaFechaAudiencia”

En caso afirmativo, *¿Hay lugar a decretar la prescripción extintiva de los créditos laborales reclamados?* De no darse lo anterior, o darse de forma parcial *¿Qué valores deben ser liquidados y reconocidos a favor del demandante con ocasión de la mentada relación laboral?*

## **2. Primer problema jurídico**

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

Se encuentran acreditados los elementos propios de una relación laboral entre el demandante y el Sena en los periodos del 29 de enero al 28 de diciembre de 2010; del 11 de febrero hasta el 30 de junio de 2011; del 12 de julio al 23 de diciembre de 2011; del 1 de febrero al 29 de junio de 2012; del 9 de julio al 15 de diciembre de 2012; del 28 de enero al 27 de diciembre de 2013; del 21 de enero al 14 de diciembre de 2014; del 9 de febrero al 7 de septiembre de 2015; del 9 de octubre al 19 de diciembre de 2015, toda vez que, el accionante prestó sus servicios al Sena de forma personal, subordinada y con una remuneración.

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

### **2.2. Marco normativo y jurisprudencial<sup>6</sup>**

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

La Constitución Política, en su preámbulo, asegura a sus integrantes *“la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo”*.

La anterior premisa fue desarrollada en los artículos 13 y 25 ibidem, según los cuales: i) Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y *“recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*; y, ii) se garantiza el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, el cual surge como uno de los valores y propósitos del Estado al ser consagrado en el Preámbulo de la Constitución con particular importancia.

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

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

---

<sup>6</sup> Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)



Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT.)<sup>7</sup>, expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT<sup>8</sup> al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

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

### 2.2.2 Elementos propios de la relación laboral

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

Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021<sup>9</sup> retomando los desarrollos jurisprudenciales previos sobre estos elementos, los condesó bajo los siguientes parámetros:

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio señaló que, el mismo puede ser identificado, en tanto *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este<sup>10</sup>; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas”*.<sup>11</sup>

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

*“104. i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta*

<sup>7</sup> Aprobada en 1919

<sup>8</sup> Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

<sup>9</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

<sup>10</sup> **Cita de cita:** Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

<sup>11</sup> **Cita de cita:** Al respecto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

*circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.*

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

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

**107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo”.

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

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

### **2.3. Hechos acreditados relevantes para la resolución del asunto**

• Se encuentra acreditado que, el señor Mauricio Hoyos Ríos prestó sus servicios profesionales al Sena, bajo los siguientes contratos de prestación de servicios<sup>12</sup>:

| N. contrato               | Periodo                                        | Objeto                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|---------------------------|------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 114 de 2010 <sup>13</sup> | Del 29 de enero al 28 de diciembre de 2010     | Prestación de servicios Profesionales como <b>Psicólogo</b> en el área de <b>consejería y orientación de los aprendices</b> en Formación Titulada del CENTRO PARA LA FORMACIÓN CAFETERA del SENA Regional Caldas y su zona de influencia, además de apoyar otras actividades relacionadas con las demás áreas de intervención del Plan de Bienestar Aprendices Vigencia 2010.                         |
| 116 de 2011 <sup>14</sup> | Del 11 de febrero hasta el 30 de junio de 2011 | Prestación de servicios profesionales en <b>psicología, consejería y orientación</b> , como apoyo a la <b>formación</b> integral de los aprendices de programas titulados del Centro para la Formación Cafetera y su área de influencia, en el desarrollo de actividades académicas y otras relacionadas con las áreas de intervención del plan de bienestar aprendices vigencia 2011.                |
| 199 de 2011 <sup>15</sup> | Del 12 de julio al 23 de diciembre de 2011     | Prestación de servicios profesionales en <b>psicología, consejería y orientación</b> , como apoyo a la <b>formación</b> integral de los aprendices de programas titulados del Centro para la Formación Cafetera y su área de influencia, en el desarrollo de actividades académicas y otras relacionadas con las áreas de intervención del plan de bienestar aprendices vigencia 2011.                |
| 86 de 2012 <sup>16</sup>  | Del 1 de febrero al 29 de junio de 2012        | Prestación de servicios de carácter temporal, en <b>psicología, consejería y orientación</b> , como apoyo a la <b>formación</b> integral de los aprendices de programas titulados del Centro para la Formación Cafetera y su área de influencia, en el desarrollo de actividades académicas y otras relacionadas con las áreas de intervención del plan de bienestar aprendices vigencia 2012.        |
| 240 de 2012 <sup>17</sup> | Del 9 de julio al 15 de diciembre de 2012      | Prestación de servicios de carácter temporal, en <b>psicología, consejería y orientación</b> , como apoyo a la <b>formación</b> integral de los aprendices de programas titulados del Centro para la Formación Cafetera y su área de influencia, en el desarrollo de actividades académicas y otras relacionadas con las áreas de intervención del plan de bienestar aprendices vigencia 2012.        |
| 431 de 2013 <sup>18</sup> | Del 28 de enero al 27 de diciembre de 2013     | Prestación de servicios profesionales de carácter temporal como <b>Psicólogo</b> en el área de <b>consejería y orientación de los aprendices</b> en Formación Titulada del Centro para la Formación Cafetera de la Regional Caldas y su zona de cobertura, además de apoyar otras acciones relacionadas con las restantes área de inferencia del Plan Integral de Bienestar Aprendices vigencia 2013. |

<sup>12</sup> Archivo digital “01CuadernoPrincipal”, “CERTIFICACIÓN CAFETERA”, CERTIFICACIÓN PECUARIO Y AGROEMPRESARIAL” y “CERTIFICACIÓN AUTOMATIZACIÓN INDUSTRIAL”

<sup>13</sup> Pág. 102-106 AD “01C1Fls1A287”

<sup>14</sup> Pág. 97-101 idem.

<sup>15</sup> Pág. 92-96 idem.

<sup>16</sup> Pág. 87-91 Idem.

<sup>17</sup> Pág. 82-86 idem.

<sup>18</sup> Pág. 77-81 AD “01C1Fls1A287”

|                            |                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|----------------------------|-----------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 511 de 2014 <sup>19</sup>  | Del 21 de enero al 14 de diciembre de 2014                | <i>Prestación de servicios de carácter temporal, de apoyo a la gestión administrativa en el marco del programa 100 mil oportunidades para los jóvenes colombianos del Centro para la Formación Cafetera en los procesos de adquisición de bienes, obras y servicios, gestión de recursos presupuestales, <b>además del control y logística de los materiales de formación</b> y demás bienes necesarios para el funcionamiento del Centro, de conformidad con las normas vigentes en materia de contratación estatal y los lineamientos del SIG.</i>        |
| 587 de 2015 <sup>20</sup>  | Del 9 de febrero al 7 de septiembre de 2015 <sup>21</sup> | <i>Prestación temporal de servicios profesionales, como <b>instructor</b>, por período fijo, para la ejecución de <b>acciones de formación profesional</b>, presenciales o virtuales, en el marco del Programa de Articulación con la Educación Media en el Centro Pecuario y Agroempresarial, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje, en el área de Ética, así como prestar asesoría técnica y pedagógica a las Instituciones Educativas Articuladas con el Centro.</i>     |
| 0104 de 2015 <sup>22</sup> | Del 9 de octubre al 19 de diciembre de 2015               | <i>Prestación de servicios de carácter temporal, de <b>apoyo a la gestión administrativa</b> en el marco del programa 100 mil oportunidades para los jóvenes colombianos del Centro para la Formación Cafetera en los procesos de adquisición de bienes, obras y servicios, gestión de recursos presupuestales, <b>además del control y logística de los materiales de formación</b> y demás bienes necesarios para el funcionamiento del Centro, de conformidad con las normas vigentes en materia de contratación estatal y los lineamientos del SIG.</i> |

• El señor Mauricio Hoyos Ríos rindió declaración de parte, de la cual se destaca:

- Que laboró para el Sena entre 2010 a 2015, desempeñando funciones de líder de los procesos que indicaban unos estándares de calidad, debía además liderar un equipo que se encontraba compuesto por una trabajadora social y una enfermera.
- Que su labor, consistía en atender la formación de los estudiantes en el aspecto que denominó del “ser”, aduciendo que es la finalidad más importante de la formación de los estudiantes, puesto que va más allá de la formación técnica, en donde los estudiantes se forman en una serie de habilidades blandas.
- Que las labores eran desempeñadas de forma permanentes de lunes a viernes, de 8 am a 5 pm, incluso en otros municipios. Que el Sena le daba unos viáticos para realizar los desplazamientos a los diferentes municipios, además manejaba unos recursos para realizar “convivencias”.
- Que no podía tener contrato con otras entidades, por cuanto las que realizaba en el Sena consumían todo el tiempo diario.

<sup>19</sup> Pág. 71-76 AD “01C1Fls1A287”

<sup>20</sup> Pág. 65-70 AD “01C1Fls1A287”

<sup>21</sup> AD “02AnexosDdaCd” y “ACTA DE TERMINACIÓN CONTRATO”

<sup>22</sup> Pág. 61-64 AD “01C1Fls1A287”

- Que recibía ordenes, a nivel regional de Erica Alzate, la cual manejaba a los 4 psicólogos (líderes) de la regional; además el coordinador académico y del coordinador del centro, quien señaló como el jefe directo. Que en un aplicativo llamado control de horarios se registraban las actividades, las cuales, debían ser enviadas cada mes. Así mismo las actividades se tenían que registrar en el aplicativo del Sena llamado “Sofia plus”.

Se precisa que su declaración será analizada tomada en cuenta únicamente en lo que constituya una confesión, en conjunto con los demás medios de prueba aportados, resaltando que, como parte demandante no puede fabricar su propia prueba.

- Se recibió el testimonio de Martha Lucía Holguín, del cual se destaca:

- Señaló que, es trabajadora social de profesión, que laboró al servicio del Sena desde 2011 hasta el 2014, desempeñándose en el Centro de Formación Cafetera Regional; que conoció al señor Hoyos, toda vez que fueron compañeros en el Sena.

- Que el señor Hoyos laboró junto con ella en las labores de formación de aprendices del Sena. Que además el demandante desempeñó unas funciones que consistían en seleccionar el grupo de aprendices que ingresaban al Sena, seleccionaban los auxilios económicos que recibían los estudiantes; además realizaban inducción a los nuevos aprendices y realizaban la actividad de “convivencia” del grupo de aprendices. Labores que señaló, debían ser prestadas de forma permanente.

- Que las labores desempeñadas por el demandante las debía realizar en un horario de que iba de 8 am a 12 m y de 2 pm a 5 pm, que dicho horario era impuesto por el Coordinador Académico, el cual era previamente establecido en una programación mensual, la cual era remitida a través de correo electrónico a cada instructor.

- Que el señor Hoyos debía desplazarse a los municipios de Caldas donde hubiese formación titulada; que dicha labor no podía ser delegada, por cuanto al ser el psicólogo debía comparecer a la formación de los aprendices y, adicionalmente, debía relacionar un reporte dirigido al Sena, sobre los viáticos utilizados en los desplazamientos, para que de esa manera la entidad los reembolsara.

- Que el señor Hoyos debía seguir las instrucciones y parámetros establecidos por el Sena para la formación de los aprendices, aclarando que, los instructores no tenían libertad para dirigir a la formación, ello debido a que el Sena tiene previamente establecidos los programas de formación que debían ser seguidos por contratistas o personal de planta.

- Que le consta que, en caso de faltar a los horarios o a los días laborales, podía recibir llamados de atención por parte del coordinador académico, sin embargo, manifestó que no vio que el demandante recibiera llamados.

- Que el demandante tenía como jefes a Erica Alzate y Carolina Valencia, quienes eran líderes de bienestar, y que Jair Garzón y Claudia Ramírez eran supervisores del contrato.

- Se recibió el testimonio de Augusto Soto Gómez, del cual se destaca:

-. Señaló que, es psicólogo de profesión, que laboró al servicio del Sena desde 2009 hasta 2017, realizando acompañamiento tutorial y pedagógico en el área de centro de formación cafetera; que conoció al señor Hoyos en 2010, porque éste se vinculó al Sena desempeñando las funciones antes mencionadas junto al demandante.

-. Que el señor Hoyos desempeñó sus funciones entre las 8 am y las 5 pm de lunes a viernes, situación que manifestó constarle, por cuanto la atención de los aprendices se realizaba dentro de esos horarios. Que dicho horario era concertado entre el coordinador y los aprendices, formación que debía prestarse en las instalaciones del Sena.

-. Que Claudia Ramírez fungía como jefe directo del señor Hoyos, era la supervisora del contrato, velaba por el cumplimiento del horario; aclaró que la carga académica y el cumplimiento de las directrices en ese sentido venía de la Coordinación Académica y del Área de Bienestar.

-. Que el demandante se desplazaba a otros municipios de Caldas, acompañando los grupos de aprendices en las “convivencias”; que no le constaba si dichos viajes eran pagados por el Sena, sin embargo señaló que sí le constaba que en otro tipo de viajes los viáticos los pagaba el Sena.

-. Que Mauricio Hoyos no era autónomo en las labores que desempeñaba como líder de bienestar, por cuanto debía apegarse a la programación y actividades que eran diseñadas por parte de la coordinación académica.

-. Que el Sena suministró al demandante elementos y equipos para realizar sus labores, tales como escritorio, computador; que sin bien no debía portar uniforme si era obligatorio portar carné dentro de la institución.

El apoderado del Sena tachó de sospechoso el testimonio del señor Augusto Soto Gómez, afirmando que es demandante contra la misma entidad por similares hechos y pretensiones a las aquí debatidas, en el proceso 2019-00167.

Al respecto el Consejo de Estado ha señalado que *“los testimonios que resulten sospechosos no pueden despacharse de plano, sino que deben valorarse de manera más rigurosa, de cara a las demás pruebas obrantes en el expediente y a las circunstancias de cada caso, todo ello basado en la sana crítica”*<sup>23</sup>

De acuerdo a lo anterior, la Sala no observa que la declaración del testigo estuviere parcializada, máxime cuando las respuestas dadas fueron coherentes, congruentes, y concordantes, sin observarse vacilaciones ni expresiones con algún ánimo revanchista o sesgado frente a la demandada, y si bien pueden tener algún interés indirecto, se observa que ello no se dejó traslucir en sus declaraciones, máxime que lo dicho por el declarante es coherente con los otros medios de prueba allegados.

Adicionalmente, la declaración del testigo resulta relevante, en tanto que dada su condición de compañero del demandante cuando estuvo al servicio del Sena, le permitió conocer de

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, sentencia del 14 de julio de 2016, C.P. Hernán Andrade Rincón, exp. 36932.

manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el actor prestó sus servicios y en consecuencia se valorará su testimonio conforme a las reglas de la sana crítica y en conjunto con el resto del material probatorio.

## 2.4. Análisis del Caso concreto

Para dar respuesta al interrogante formulado, se abordará el análisis de los siguientes tópicos: *i)* el aspecto temporal durante el cual el demandante prestó sus servicios a la entidad demandada; *ii)* la remuneración; y *iii)* la relación de subordinación o dependencia en la prestación del servicio.

### 2.4.1. Aspecto temporal y prestación personal del servicio<sup>24</sup>

De acuerdo con los contratos aportados, se encuentra acreditado que, el demandante prestó los servicios personales con el Sena apoyando al Centro para la Formación Cafetera, en el Centro Pecuario y Agroempresarial, en los siguientes periodos: del 29 de enero al 28 de diciembre de 2010; del 11 de febrero hasta el 30 de junio de 2011; del 12 de julio al 23 de diciembre de 2011; del 1 de febrero al 29 de junio de 2012; del 9 de julio al 15 de diciembre de 2012; del 28 de enero al 27 de diciembre de 2013; del 21 de enero al 14 de diciembre de 2014; del 9 de febrero al 7 de septiembre de 2015; del 9 de octubre al 19 de diciembre de 2015.

Se encuentra además acreditada la prestación personal de servicios por Mauricio Hoyos Ríos, la cual, según el objeto plasmado en dichos contratos, consistía en:

- Para los contratos 114 de 2010, 116 de 2011, 199 de 2011, 86 de 2012, 240 de 2012, 431 de 2013 y 511 de 2014: *“Prestación de servicios Profesionales como **Psicólogo** en el área de consejería y orientación de los aprendices en Formación Titulada del Centro para la Formación Cafetera del Sena Regional Caldas y su zona de influencia, además de apoyar otras actividades relacionadas con las demás áreas de intervención del Plan de Bienestar Aprendices...”*.

- Para el contrato 587 de 2015: *“Prestación temporal de servicios profesionales, como **instructor**, por período fijo, para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales o virtuales, en el marco del Programa de Articulación con la Educación Media en el Centro Pecuario y Agroempresarial, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje, en el área de Ética, así como prestar asesoría técnica y pedagógica a las Instituciones Educativas Articuladas con el Centro”*.

- Para el contrato 0104 de 2015: *“Prestación temporal de servicios para velar por la implementación de la política y el cumplimiento del plan anual de acción de bienestar de las dos jornadas académicas del centro y sus diferentes sedes (MUNICIPIO – INEM) de acuerdo a la resolución 0452 del 2014 de la política del grupo de fomento del bienestar y liderazgo del aprendiz”*. Objeto contractual que estaba diseñado para un perfil cuyo título profesional fuera **psicólogo**.<sup>25</sup>

Así mismo, dentro de las obligaciones que tenía el demandante se destacan las siguientes:

<sup>24</sup> T-903-10. La Corte Constitucional ha explicado someramente que: *“i) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo*

<sup>25</sup> Pág. 1 AD “Contrato 104-2015”

- Para los contratos 114 de 2010, 116 de 2011, 199 de 2011, 86 de 2012, 240 de 2012, 431 de 2013 y 511 de 2014: “1 - Programar y llevar a cabo la inducción y la socialización del Reglamento para Aprendices del SENA. 2 - Propiciar una relación respetuosa y armónica entre aprendices, instructores y personal administrativo. 3 - Organizar y apoyar planes de mejoramiento a través de consejerías, tutorías estudiantiles y cursos de nivelación académica para aprendices de programas de Formación Titulada. 4 - Establecer estrategias para prevenir la deserción estudiantil y el bajo rendimiento académico. 5 - Ofrecer a los aprendices orientación laboral. 6 - Capacitar a los aprendices sobre elaboración de hojas de vida, presentación de pruebas y entrevistas, para mejorar sus posibilidades de inserción laboral. 7 - Impulsar la Escuela de Padres de Familia SENA. 8 - Programar talleres de proyección personal y ocupacional. 9 - Prestar apoyo en el Proceso de Ingreso y Selección de Aspirantes en la Formación Titulada. 10 - Participar en las Convivencias (Responsabilidad de la lúdica y Reflexiones actitudinales). 11 - Participar en los Comités de Evaluación y Seguimiento. 12 - Participar en el apoyo de la organización de las actividades artístico - culturales. 13 - Proponer Planes de mejoramiento continuo de los aprendices. 14 - Apoyar el seguimiento a aprendices del programa de apoyos de sostenimiento. 15 - Apoyar otras actividades que apoyen la gestión del área de Bienestar Aprendices”.<sup>26</sup>

- Para el contrato 587 de 2015: “ Desarrollar las actividades adicionales que como instructor se requieran para la ejecución del contrato: El contratista se compromete a ajustarse a las políticas de comunicación del SENA y aplicación de las TIC (Manejar los sitios Web oficiales, utilizar correctamente los correos electrónicos (revisarlos periódicamente y contestar requerimientos), velar por la correcta utilización de la imagen institucional, reportar al área de comunicaciones de la Regional los eventos o actividades a realizar que requieran divulgación, y participar activamente en las reuniones citadas por el Centro (Procesos de inducción, Grupos Primarios, Comités de Evaluación y Seguimiento, entre otros). 5) Avisar al SENA dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al conocimiento del hecho o circunstancias que puedan incidir en la no oportuna o debida ejecución del contrato o que puedan poner en peligro los intereses legítimos del SENA. 6) Avisar al SENA, dentro del día hábil siguiente a conocida su existencia, la causal de incompatibilidad o inhabilidad sobreviniente. 7) Cumplir cabalmente los deberes que le impone la Constitución, la ley y los reglamentos internos, los cuales deberá conocer sin que por ello adquiera la calidad de empleado público o de trabajador oficial de EL SENA. 8) Permanecer identificado con su carné dentro de las instalaciones del SENA y dictar las clases con el delantal u overol que le hayan sido asignados por la Subdirección de Centro, cuando así se requiera. 9) Deberá promover entre sus aprendices y velar por el cumplimiento de las normas de seguridad industrial. 10) En cumplimiento de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 23 de la ley 1150 de 2007 y del artículo 6 de la ley 1562 de 2012, el (la) CONTRATISTA deberá acreditar que se encuentra al día en el pago mensual de los aportes al sistema de seguridad social integral (salud, pensión y riesgos laborales) y para la realización de cada pago derivado del mismo; estos pagos se acreditan únicamente por el sistema PILA o de Planilla Asistida o el que determine el Ministerio de Trabajo. Cuando legalmente le corresponda, el (la) contratista también debe acreditar el pago oportuno de los aportes al SENA, ICBF y cajas de Compensación Familiar. 11) Efectuar y demostrar el oportuno y correcto registro de las matrículas, evaluaciones y demás novedades de los aprendices y programas de formación bajo su responsabilidad, en los aplicativos con los que cuenta el SENA para tal fin, así como diligenciar y presentar oportuna y correctamente los formatos del Sistema de Mejora Continua Institucional, de acuerdo a las disposiciones normativas y Directrices internas que regulen estos aspectos. Esta obligación será requisito para el pago. 12) Participar activamente, impulsar, acompañar y estimular a los aprendices en los procesos de formulación, elaboración, ejecución y seguimiento de los proyectos de aprendizaje.

---

<sup>26</sup> Pág. 40 AD “01C1Fls1A287”



13) Podrán conformar los equipos de desarrollo curricular interdisciplinarios por programa o conjunto de programas por redes tecnológicas, para garantizar integralidad en la formulación de proyectos formativos, el diseño de actividades de aprendizaje, el diseño de talleres e ítems que alimentarán los bancos de pruebas para la selección de aprendices, entre otras. 14) Participar en la programación y ejecución del proceso de inducción de aprendices y el reconocimiento de aprendizajes previos siempre y cuando cumpla con el objeto contractual de ejecutar acciones de formación diferentes a la inducción. 15) Reportar en el sistema Sofía Plus en un plazo máximo de 3 días, todas las actividades que de acuerdo con los procesos que son de su responsabilidad, garantizando la calidad de la información y su coherencia con el proceso formativo, tales como: Registro de los juicios evaluativos; Creación de rutas y asociación de aprendices; Registro de juicios evaluativos del reconocimiento de aprendizajes previos; Comunicar al Coordinador Académico oportunamente anomalías, inconsistencias, novedades de aprendices y hallazgos en el registro de la información. 16) El Coordinador Académico del centro podrá designarlo como gestor de proyectos para apoyar la programación y seguimiento de la formación por proyecto o conjunto de proyectos por redes tecnológicas que garanticen la integralidad en la ejecución del proceso de aprendizaje. (...) 19) Aplicar durante el periodo de duración del contrato al proceso de certificación de competencias según normas de competencias que aplican a su función como instructor, así como a los procesos, que el SENA adelante para certificar habilidades pedagógicas. 20) capacitarse en el idioma Inglés y aplicar a la certificación como mínimo nivel A2...<sup>27</sup>

Para el contrato 0104 de 2015: “1) Programar y llevar a cabo la inducción y la socialización del Reglamento para aprendices del SENA. 2) Propiciar una relación respetuosa y armónica entre aprendices, instructores y personal administrativo. 3) Organizar planes de mejoramiento a través de consejerías, tutorías estudiantiles y cursos de nivelación académica para aprendices de programas de Formación Titulada. 4) Establecer estrategias para prevenir la deserción estudiantil y el bajo rendimiento académico. 5) Ofrecer a los alumnos orientación laboral. 6) Capacitar a los aprendices sobre elaboración de hojas de vida, presentación de pruebas y entrevistas, para mejorar sus posibilidades de inserción laboral. 7) Impulsar la Escuela de Padres de Familia SENA. 8) Programar talleres de proyección personal y ocupacional 9) Prestar apoyo en el Proceso de Ingreso y Selección de Aspirantes en la Formación Titulada. 10) Participar en la Convivencias (Responsabilidad de la lúdica y Reflexiones actitudinales”.<sup>28</sup>

Lo anterior coincide con la declaración de la testigo Martha Lucía Holguín, quien señaló que ella, de forma coordinada con el demandante, laboró en la formación de aprendices del Sena, así como en la inducción a los nuevos aprendices y realizaban la actividad de “convivencia” del grupo de aprendices. Así como con la declaración de Augusto Soto Gómez, quien señaló que, Mauricio Hoyos estuvo en el área de Bienestar del Aprendiz, desempeñando funciones de acompañamiento tutorial y pedagógico en el área de centro de formación cafetera.

Así mismo, se evidencia que el señor Hoyos, en los referidos contratos recibió diferentes denominaciones, ya fuera como psicólogo o como instructor, sin embargo, con independencia de la denominación que recibiera, se observa que el objeto de los contratos, se enmarcaban en las funciones propias de la entidad, dirigidas al desarrollo de los planes de formación a los aprendices.

---

<sup>27</sup> Pág. 66-67 AD “01C1Fls1A287”

<sup>28</sup> Pág.57 AD “01C1Fls1A287”

Por tanto se concluye que se encuentra acreditada el aspecto temporal y la prestación personal del servicio del demandante a favor del Sena.

#### **2.4.2. Remuneración por los servicios prestados**

Se encuentra demostrado también, el pago por los servicios, comoquiera que en dichos contratos se estipuló el *“VALOR y FORMA DE PAGO”* con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a recibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario).

Por lo anterior se concluye que, se encuentra acreditado que el demandante recibió una remuneración por la prestación de los servicios a favor del Sena.

#### **2.4.3. Relación de subordinación o dependencia en la prestación del servicio**

Para establecer si se encuentra acreditada o no la relación de subordinación o dependencia en la prestación del servicio, se atenderán los criterios esbozados en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021, sobre los indicios de existencia de este elemento. Aunado a que, dada la naturaleza de las actividades que desempeñan los instructores, existe una suerte de subordinación intrínseca que es propia a este tipo de oficios, por lo que, la carga probatoria frente a este elemento de la relación laboral es menos exigente.<sup>29</sup>

##### **2.4.3.1 Indicios respecto a la existencia de un horario de trabajo y al lugar de desarrollo de las actividades**

El Consejo de Estado<sup>30</sup> ha precisado que, normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista, o un sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades no implican necesariamente, que exista subordinación laboral, pero pueden ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, lo cual deberá ser valorado en función del objeto contractual convenido.

En el caso concreto el señaló que, laboró para el Sena entre los años 2010 a 2015, prestando servicios como profesional en psicología, indicando que era el encargado de liderar y estar pendiente de los procesos de los aprendices que iniciaban; labores que eran desempeñadas de forma permanentes de lunes a viernes, de 8 am a 5 pm, y que incluso en ocasiones debía trasladarse a otros municipios del departamento de Caldas, donde impartía formación.

Lo anterior, fue corroborado por la testigo Martha Lucía Holguín, que en su calidad de trabajadora social, señaló conocer al demandante, por cuanto juntos impartieron formación a los aprendices, al servicio del Sena desde junio de 2011 hasta el 2014, en el Centro de Formación Cafetera Regional; que el señor Hoyos tenía un horario de trabajo de 8 am a 12 m y de 2 pm hasta las 5 pm, jornada impuesta por el coordinador académico, el cual era

<sup>29</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de 18 de marzo de 2021. Rad.: 23001-23-33-000-2016-00147-01(2420-19).

<sup>30</sup> Sección Segunda. Sentencia unificación SUJ-025-CE-S2-2021 de 09 de septiembre de 2021.

establecido en una programación mensual donde se establecían los horarios y se enviaba al correo de cada uno.

En similar dirección el testigo Augusto Soto Gómez, en su calidad de psicólogo, señaló que conoció al señor Mauricio Hoyos Ríos, toda vez que laboraron juntos en la formación de aprendices en el Centro de Formación Cafetera del Sena, señalando el testigo que laboró desde 2009 hasta 2017; sobre el horario de trabajo del señor Hoyos refirió que desempeñó sus labores entre las 8 am y las 5 pm y a veces se extendía; situación que le constan por cuanto la atención de los aprendices se realizaba dentro de esos horarios, además sostuvo que, el horario establecido era concertado entre el coordinador académico y los aprendices.

Lo afirmado por los testigos es creíble por cuanto, al prestar sus servicios en al Sena tenían conocimiento de los hechos relatados; no se evidencia un ánimo revanchista contra la entidad demandante por parte del señor Augusto Soto Gómez, quien señaló que tiene demanda contra la entidad por similares pretensiones, no obstante, el mismo testigo señaló que en la actualidad labora como instructor para el Sena. Adicionalmente, sus declaraciones son contestes al señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el demandante prestó sus servicios a la entidad demandada, en especial frente al horario que debía cumplir, lo cual encuentra armonía con las demás pruebas documentales arrojadas al proceso.

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

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

#### **2.4.3.2 Indicios de dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar más allá de la simple coordinación entre contratante y contratista**

Al respecto el Consejo de Estado<sup>31</sup> ha precisado que, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia del elemento de la subordinación, en la medida en que se demuestre que, la contratante ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que se llevó a cabo el cumplimiento del objeto contractual.

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

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

---

<sup>31</sup> Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021.

*indispensable que exista una concertación contractual, en la que aquel cumple su contrato con independencia, en armonía con las condiciones necesarias impuestas por su contraparte, respecto de las cuales esta ejerce control, seguimiento y vigilancia al pacto suscrito.*

*Diferente es la subordinación, en virtud de la cual existe una sujeción del trabajador hacia su empleador y, en tal sentido, este cuenta en todo momento con la posibilidad de disponer del servicio de aquel, quien a su vez tiene la obligación correlativa de obedecerle. En efecto, el empleador impone las condiciones de tiempo, modo y lugar, inclusive con sus propios elementos o instrumentos, para que el trabajador desarrolle sus labores, sin que le asista ningún tipo de independencia.”<sup>32</sup>*

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

En el presente caso no puede hablarse de una simple relación de coordinación, en la medida en que el desempeño de las funciones por parte del accionante estaba sujeto a la imposición de medidas y órdenes por la demandada, tales como: el horario prácticamente inmodificable debido al funcionamiento de la institución, solicitudes de permisos, imposibilidad en la prestación del servicio por otras personas, sino directamente por el contratista, y, además, la situación referente a que debía cumplir diferentes labores relacionadas con la institución, lo que denota sin lugar a dudas que el Sena, en su condición de empleador, tenía la posibilidad de disponer del trabajo del demandante.

Basta con analizar las obligaciones estipuladas en los contratos que el demandante debía cumplir, para inferir la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar más allá de la simple coordinación entre contratante y contratista, como por ejemplo: - *Organizar y apoyar planes de mejoramiento a través de consejerías, tutorías estudiantiles y cursos de nivelación académica para aprendices de programas de Formación Titulada.* - *Capacitar a los aprendices sobre elaboración de hojas de vida, presentación de pruebas y entrevistas, para mejorar sus posibilidades de inserción laboral.* 7 - *Impulsar la Escuela de Padres de Familia SENA.* - *Programar talleres de proyección personal y ocupacional*<sup>33</sup>; *El Coordinador Académico del centro podrá designarlo como gestor de proyectos para apoyar la programación y seguimiento de la formación por proyecto o conjunto de proyectos por redes tecnológicas que garanticen la integralidad en la ejecución del proceso de aprendizaje.”*<sup>34</sup>

La testigo Martha Lucía Holguín al respecto señaló que, el señor Hoyos debía construir unos planes para brindarle asesoría y apoyo a los aprendices en el momento de ingresar a la formación; que debía rendir informes; debía desplazarse a varios municipios de Caldas, donde se impartiera formación titulada, de lo cual debía presentar un informe al Sena para que ésta entidad le pagara los gastos de viáticos; que debía seguir las instrucciones y parámetros establecidos por el Sena para la formación de los aprendices, pues los instructores no tenían libertad para dirigir a la formación, ello debido a que el Sena tiene

<sup>32</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de 18 de marzo de 2021. Rad.: 23001-23-33-000-2016-00147-01(2420-19)

<sup>33</sup> contrato 114 de 2010 y 0104 de 2015

<sup>34</sup> Pág. 66-67 AD “01C1Fls1A287”

previamente establecidos los programas de formación que debían ser seguidos por contratistas o personal de planta.

En igual sentido el testigo Augusto Soto Gómez señaló que Claudia Ramírez fungía como jefe directo del señor Hoyos, quien era la supervisora del contrato, quien velaba por el cumplimiento del horario; al mismo tiempo aclaró que la carga académica y el cumplimiento de las directrices en ese sentido venía por parte de la Coordinación Académica y del Área de Bienestar; adicionalmente refirió que mientras permanecía en la institución, era obligatorio portar carné, con el cual se identificaba el personal.

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

#### **2.4.3.3 Indicios referentes al desarrollo de actividades misionales de la entidad Contratante y vocación de continuidad**

Al respecto el Consejo de Estado<sup>35</sup> ha señalado que, si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración y si la tarea acordada no corresponde a actividades nuevas, que no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, se desdibuja la relación contractual.

En este punto cabe ilustrar que, de acuerdo con la Ley 119 de 1994<sup>36</sup>, el Sena es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, patrimonio propio e independiente y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio del Trabajo, cuya misión, según su artículo 2, consiste en “(...) *cumplir la función que le corresponde al Estado de intervenir en el desarrollo social y técnico de los trabajadores colombianos; ofreciendo y ejecutando la formación profesional integral, para la incorporación y el desarrollo de las personas en actividades productivas que contribuyan al desarrollo social, económico y tecnológico del país*”. (Se destaca)

Así las cosas, teniendo en cuenta que la misión especial encomendada a esa entidad consiste en formar y capacitar a los trabajadores, son funciones de carácter permanente que cumple en desarrollo de su actividad, por lo que, las labores desempeñadas por el demandante como psicólogo encargado de la orientación de los aprendices e instructor, son propias del giro ordinario de su objeto social y por tanto necesarias y permanentes.

En efecto, en los contratos de prestación de servicios, claramente se precisó en su objeto, la relación directa que existía entre aquellas labores y las actividades propias desarrolladas por el Sena al indicarse que, la prestación de sus servicios estarían dirigidos a desarrollar actividades de “*psicología, consejería y orientación, como apoyo a la formación integral de los*

<sup>35</sup> Entre otras: Consejo de Estado, sentencia de 3 de marzo de 2011. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad 15001-23-31-000-1999-02528-01(0693-10). Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección "A" M.P.: Alfonso Vargas Rincón Rad.: 68001231500020020210401 (0233-08)

<sup>36</sup> «Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones».

*aprendices de programas titulados del Centro para la Formación Cafetera y su área de influencia, en el desarrollo de actividades académicas y otras relacionadas con las áreas de intervención del plan de bienestar aprendices ...”; o bien en actividades “...formación profesional, presenciales o virtuales, en el marco del Programa de Articulación con la Educación Media en el Centro Pecuario y Agroempresarial, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje, en el área de Ética”.*

Y en cuanto a las labores desempeñadas por los instructores, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de marzo de 2021, precisó: *“de lo que se colige que las labores desempeñadas por el accionante como instructor son inherentes a su materialización, en tanto que no fueron temporales y están directamente relacionadas con ella”.*<sup>37</sup>

Además, en la Sentencia de Unificación de fecha 25 de agosto de 2016, sobre la subordinación en la actividad docente señaló:

*“La vinculación de **docentes bajo la modalidad de prestación de servicios**, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento **subordinación existente con el servicio público de educación**, en razón a que al igual que los docentes – empleados públicos (i) **se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas**, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajan, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes-contratistas merecen una protección especial por parte del Estado”.*

En el mismo sentido, se tiene que según el manual específico de funciones, requisitos mínimos y competencias laborales para los empleos de la planta de personal del Sena, contenido en el Decreto 986 de 27 de mayo de 2007 (vigente entre 2007 y 2015), el cargo de instructor hace parte de dicha planta, con la descripción de las siguientes funciones:

## **“II. PROPÓSITO PRINCIPAL**

*Desarrollar procesos de Formación Profesional de conformidad con las Políticas Institucionales, la Normatividad vigente y la Programación de la Oferta Educativa.*

## **III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES**

### **INSTRUCTOR:**

- 1. Seleccionar estrategias de enseñanza – aprendizaje – evaluación según el programa de Formación Profesional y el enfoque metodológico adoptado.*
- 2. Seleccionar ambientes de aprendizaje con base en los resultados propuestos y en las características y requerimientos de los aprendices.*
- 3. Orientar los procesos de aprendizaje según las necesidades detectadas en los procesos de evaluación, metodologías de aprendizaje y programas curriculares vigentes.*
- 4. Programar las actividades de enseñanza – aprendizaje – evaluación de conformidad con los módulos de formación y el calendario institucional y el Manual de Procedimientos para la ejecución de acciones de Formación Profesional.*

<sup>37</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de 18 de marzo de 2021. Rad.: 23001-23-33-000-2016-00147-01(2420-19).

5. Reportar información académica y administrativa según las responsabilidades institucionales asignadas.
6. Evaluar la formación de los aprendices durante el proceso educativo de acuerdo con le [sic] Manual de Evaluación vigente.
7. Las demás que le sean asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área del desempeño del empleo. (...) <sup>38</sup>.

Las anteriores atribuciones guardan similitud con las desempeñadas por el demandante como instructor, en tanto que denotan una sujeción y dependencia de quien ejerza ese cargo, al propio tiempo que corroboran que no puede existir coordinación para el desarrollo de una presunta relación contractual para desempeñar esa labor, puesto que se trata de funciones que atañen a la esencia de la entidad demandada.

Sobre este aspecto, los testigos Martha Lucía Olguín y Augusto Soto Gómez, fueron claros y contestes en señalar la calidad de instructor que ostentó el señor Mauricio Hoyos, quien desempeñaba labores de formación de aprendices, actividad que claramente va en armonía con la actividad misional del Sena.

A simple vista, se puede evidenciar que las obligaciones establecidas en los contratos de prestación de servicios guardan relación directa con el objeto o función misional que cumple el Sena, pues todas se encontraban orientadas al desarrollo del proceso de formación de los aprendices, incluyendo las etapas de selección, inducción, seguimiento y evaluación <sup>39</sup>.

Por lo tanto, valoradas las pruebas en su conjunto se colige que, si bien el demandante se vinculó al Sena a través de contratos de prestación de servicios, se desdibujaron las características propias de este tipo de vínculo, circunstancia que originó una relación laboral distinguida por la permanencia y continuidad en su ejecución y la correspondiente subordinación.

## 2.5. Conclusión

Teniendo en cuenta lo expuesto se concluye que, se encuentran acreditados los elementos propios de una relación laboral entre el demandante y la demandada en los periodos del 29 de enero al 28 de diciembre de 2010; del 11 de febrero hasta el 30 de junio de 2011; del 12 de julio al 23 de diciembre de 2011; del 1 de febrero al 29 de junio de 2012; del 9 de julio al 15 de diciembre de 2012; del 28 de enero al 27 de diciembre de 2013; del 21 de enero al 14 de diciembre de 2014; del 9 de febrero al 7 de septiembre de 2015; del 9 de octubre al 19 de diciembre de 2015, toda vez que, el señor Mauricio Hoyos Ríos prestó sus servicios al Sena de forma personal, subordinada y con una remuneración.

Ello conlleva a declarar imprósperas las excepciones formuladas por la demandada tituladas como: *“Inexistencia los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente Inexistencia del vínculo o relación laboral”* y *“Renuncia consiente a las pretensiones”*, y a declarar

<sup>38</sup> Información consultada en la página electrónica: <http://www.sena.edu.co/es-co/sena/Paginas/manua-funciones.aspx>.

<sup>39</sup> Ver Resolución 986 De 2007, adicionada por el artículo 1 de la Resolución de 2206 de 12 de agosto de 2008, *‘por la cual se adicionan algunas disciplinas académicas al Manual Específico de Funciones, Requisitos Mínimos y Competencias Laborales para los empleos públicos de la planta de personal del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.’*

la existencia de una relación laboral entre el demandante y la demandada en los periodos indicados.

### **3. Segundo problema jurídico** *¿Hay lugar a decretar la prescripción extintiva de los créditos laborales reclamados?*

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

Hay lugar a decretar la prescripción extintiva parcial, esto es, de los créditos laborales que se suscitaron en virtud al contrato 511 de 2014 y los anteriores, toda vez que el mencionado contrato finalizó el 14 de diciembre de 2014, por lo que el accionante tenía plazo para realizar la reclamación hasta el 14 de diciembre de 2017, no obstante, la reclamación se realizó el 25 de septiembre de 2018.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al: i) marco normativo y jurisprudencial; para luego descender al ii) análisis del caso concreto.

#### **3.. Marco normativo y jurisprudencial**

Los Decretos 3135 de 1968 -artículo 41- y 1848 de 1969 -artículo 41- prevén la prescripción extintiva en asuntos laborales en los siguientes términos:

*“Decreto 3135 de 1968, artículo 41: 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. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.*

*“Decreto 1848 de 1969, artículo 102: Prescripción de acciones. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

*2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.*

El Consejo de Estado en sentencia del 25 de agosto de 2016<sup>40</sup> unificó la posición sobre la prescripción en el contrato realidad de la siguiente manera:

*“i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual; ii) sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y*

---

<sup>40</sup> Consejo de Estado. Sección segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. MP. Carmelo Perdomo Cueter. expediente 0088-15, CESUJ2



progresividad; iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional; iv) 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, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)...

Aunado a lo anterior, el plazo de prescripción abarca la relación laboral ininterrumpida sin solución de continuidad. Al respecto, el Consejo de Estado<sup>41</sup>, señaló:

### 3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. **En ese sentido, la Sala considera adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles** como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, **se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.**

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse.” (Se destaca)

<sup>41</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

Finalmente señala que, en lo concerniente al término prescriptivo, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, indican que aquel lapso es de tres (3) años y que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la Administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

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

3.3. Prescripción extintiva en el caso concreto

Atendiendo lo antes expuesto, de acuerdo a las fechas de inicio y terminación de los contratos, se tienen los siguientes periodos de interrupción:

| No. de contrato            | Duración          | Periodo                                                   |
|----------------------------|-------------------|-----------------------------------------------------------|
| 114 de 2010 <sup>42</sup>  | 10 meses, 29 días | Del 29 de enero al 28 de diciembre de 2010                |
| Interrupción – 31 días     |                   |                                                           |
| 116 de 2011 <sup>43</sup>  | 4 meses, 19 días  | Del 11 de febrero hasta el 30 de junio de 2011            |
| Interrupción – 6 días      |                   |                                                           |
| 199 de 2011 <sup>44</sup>  | 6 meses, 1 día    | Del 12 de julio al 23 de diciembre de 2011                |
| Interrupción – 25 días     |                   |                                                           |
| 86 de 2012 <sup>45</sup>   | 4 meses, 28 días  | Del 1 de febrero al 29 de junio de 2012                   |
| Interrupción – 4 días      |                   |                                                           |
| 240 de 2012 <sup>46</sup>  | 11 meses, 21 días | Del 9 de julio al 15 de diciembre de 2012                 |
| Interrupción – 27 días     |                   |                                                           |
| 431 de 2013 <sup>47</sup>  | 11 meses, 29 días | Del 28 de enero al 27 de diciembre de 2013                |
| Interrupción – 13 días     |                   |                                                           |
| 511 de 2014 <sup>48</sup>  | 11 meses, 29 días | Del 21 de enero al 14 de diciembre de 2014                |
| Interrupción – 37 días     |                   |                                                           |
| 587 de 2015 <sup>49</sup>  | 6 meses, 28 días  | Del 9 de febrero al 7 de septiembre de 2015 <sup>50</sup> |
| Interrupción – 30 días     |                   |                                                           |
| 0104 de 2015 <sup>51</sup> | 11 meses, 29 días | Del 9 de octubre al 19 de diciembre de 2015               |

<sup>42</sup> Pág. 102-106 AD “01C1Fls1A287”  
<sup>43</sup> Pág. 97-101 idem.  
<sup>44</sup> Pág. 92-96 idem.  
<sup>45</sup> Pág. 87-91 Idem.  
<sup>46</sup> Pág. 82-86 idem.  
<sup>47</sup> Pág. 77-81 AD “01C1Fls1A287”  
<sup>48</sup> Pág. 71-76 AD “01C1Fls1A287”  
<sup>49</sup> Pág. 65-70 AD “01C1Fls1A287”  
<sup>50</sup> AD “ACTA DE TERMINACIÓN CONTRATO”  
<sup>51</sup> Pág. 61-64 AD “01C1Fls1A287”

Así las cosas, entre los contratos 511 de 2014 y 587 de 2015 hubo una interrupción significativa de 37 días hábiles; además, revisados los objetos de estos contratos, se evidencia que no hay identidad, pues el primero consistía en la: *“Prestación de servicios de carácter temporal, de apoyo a la gestión administrativa en el marco del programa 100 mil oportunidades para los jóvenes colombianos del Centro para la Formación Cafetera en los procesos de adquisición de bienes, obras y servicios, gestión de recursos presupuestales, **además del control y logística de los materiales de formación** y demás bienes necesarios para el funcionamiento del Centro, de conformidad con las normas vigentes en materia de contratación estatal y los lineamientos del SIG”*; mientras que el segundo consistía en la: *“Prestación temporal de servicios profesionales, como **instructor**, por período fijo, para la ejecución de **acciones de formación profesional**, presenciales o virtuales, en el marco del Programa de Articulación con la Educación Media en el Centro Pecuario y Agroempresarial, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje, en el área de Ética, así como prestar asesoría técnica y pedagógica a las Instituciones Educativas Articuladas con el Centro”*.

Por lo tanto, si bien dicha interrupción coincide con el calendario académico, teniendo en cuenta que el Sena es una institución educativa, por lo que los meses de diciembre y enero pueden corresponder al periodo vacacional de fin de año; la interrupción que se presentó entre los contratos 511 de 2014 y 587 de 2015, al superar los 30 días hábiles y existir un objeto contractual y obligaciones diferente, no se encuentra justificación.

Al respecto se reitera que, conforme a la sentencia de unificación por importancia jurídica, previamente citada, *“se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades”*.<sup>52</sup>

Así, de conformidad con lo probado, y con el pronunciamiento del Consejo de Estado, sobre el indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, la Sala encuentra que existió solución de continuidad entre ellos.

Por lo tanto para el caso del contrato 511 de 2014 cuya fecha de finalización fue el 14 de diciembre de 2014, se tenía plazo para reclamar hasta el 15 de diciembre de 2017. Teniendo en cuenta esta fue radicada ante el Sena el **25 de septiembre de 2018**<sup>53</sup>, se concluye que los créditos laborales derivados del contrato 511 de 2014 y de los que lo preceden se encuentran prescritos.

Así las cosas, los créditos laborales que se suscitaron en virtud a los contratos posteriores, esto es: 587 y 104 de 2015, no prescribieron, toda vez que, entre la finalización de los contratos y la fecha de reclamación (25 de septiembre de 2018), no transcurrieron más de 3 años, así mismo, la demanda fue instaurada el 6 de febrero de 2019<sup>54</sup>.

### 3.3. Conclusión

<sup>52</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

<sup>53</sup> Pág. 38 ibide.

<sup>54</sup> (acta de reparto A.D. “01C1Fls1A287”)

Por lo tanto, se configuró la prescripción extintiva de los créditos laborales que se suscitaron en virtud al contrato 511 de 2014 y los anteriores, mientras que, los créditos laborales que se suscitaron en virtud a los contratos posteriores, esto es: 587 y 104 de 2015, no prescribieron. La prescripción decretada, no aplica frente a los aportes para pensión que debieron sufragarse en estos periodos.

Corolario, se declarará parcialmente probada la excepción de “*prescripción extintiva*”, frente a los contratos antes mencionados.

**4. Tercer Problema Jurídico:** *¿Qué valores deben ser liquidados y reconocidos a favor del actor con ocasión de la mentada relación laboral?*

#### 4.1. Tesis del Tribunal

Al haberse demostrado la existencia de una relación laboral, tras las vinculaciones que por medio de contratos de prestación de servicios fueron efectuadas entre el señor Mauricio Hoyos Ríos y el Sena, se dispondrá el pago de los valores equivalentes a las prestaciones sociales y salariales ordinarias que, liquidadas sobre el valor de los honorarios reconocidos al demandante en cada periodo de servicio, hubiese percibido un empleado de la entidad demandada.

En tal sentido, se resolverá sobre los pedimentos efectuados a título de restablecimiento del derecho, así:

#### 4.2. Pago de prestaciones sociales y salariales

Se ordenará liquidar y pagar a favor de Mauricio Hoyos Ríos, las sumas equivalentes a todas las prestaciones sociales y salariales ordinarias dejadas de percibir, liquidadas conforme al valor de los honorarios percibidos por la accionante de manera mensual, debidamente indexadas.

Dicha liquidación y pago de prestaciones deberá efectuarse para los siguientes periodos: Del del 9 de febrero al 7 de septiembre de 2015 y del 9 de octubre al 19 de diciembre de 2015.

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

#### 4.2. Devolución de pagos efectuados en salud y riesgos profesionales

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021<sup>55</sup>, señaló:

---

<sup>55</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

4.5. Tercer problema jurídico: *¿Resulta procedente la devolución de los aportes al sistema de la Seguridad Social en salud realizados por la demandante en exceso?*

235. La tesis de la Sala será la siguiente: *aunque se le haya reconocido una relación laboral a la contratista, no procede la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud que sufragó bajo el régimen contractual.*

236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal».

237. Así las cosas, de conformidad con lo expuesto y frente a lo requerido por la demandante, se tiene que no hay lineamientos jurídicos que permitan la posibilidad de la devolución de los aportes a salud que efectuó como contratista, comoquiera que estos fueron debidamente cotizados al sistema general de Seguridad Social en salud, al existir una obligación legal de realizar dicha contribución.

238. En definitiva, no resulta procedente reconocer la totalidad del derecho deprecado, pues debe quedar al margen la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud, que por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal, no admiten otro tipo de destinación que no sea el sostenimiento mismo del sistema sanitario”.

Así, teniendo en cuenta que los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud, así como los aportes a riesgos profesionales, son rentas parafiscales, de obligatorio pago y recaudo para un fin específico, no constituyen un crédito en favor del interesado, por tanto no resulta procedente ordenar la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud y riesgos profesionales realizados por el demandante.

#### 4.4. Aportes pensionales patronales

El demandante solicitó el reembolso a su favor y con destino al Sistema Integral de Seguridad Social, de las cotizaciones correspondientes a pensión a título de indemnización, debido a la relación laboral que existió.

4.4.1. Al respecto precisa la Sala, que es procedente el análisis de la obligación de efectuar dichos aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, teniendo en cuenta el carácter irrenunciable del derecho pensional, con fundamento en lo señalado por el Consejo de Estado en sentencia del 25 de agosto de 2016<sup>56</sup> en la que indicó:

---

<sup>56</sup> Consejo de Estado. Sección segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. MP. Carmelo Perdomo Cueter. expediente 0088-15, CESUJ2

*“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), 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.” (Se resalta)*

Por lo tanto, en relación con las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, se ordenará al Sena, tomar el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante (los honorarios pactados), durante todos los periodos en los cuales este prestó servicios a la entidad (v. cuadro acápite 2.3) mes a mes, cotizando al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión que cubran el porcentaje total que debía pagarse si el actor hubiese gozado de una relación legal y reglamentaria -según comprobación a efectuar por parte de la entidad demandada en sus archivos documentales o acreditación que de estos efectuó la accionante, se itera con un I.B.C. equivalente a los honorarios pactados.

En todo caso, las sumas que deberán cancelarse por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo a los cálculos actuariales que exija el correspondiente fondo de pensiones, toda vez que dichos aportes deberán ser recibidos con efectos pensionales, como si su cotización y pago se hubiese realizado en la fecha efectiva de prestación del servicio por parte del demandante al Sena, con un I.B.C. equivalente a los honorarios contractuales pactados.

**4.4.2.** No hay lugar a ordenar el reembolso de aportes pensionales a favor del actor, dado el carácter parafiscal de los recursos que se destinan al Sistema de Seguridad Social integral, para el caso de marras en pensiones -con destinación específica-, lo que garantiza al afiliado el amparo frente a las contingencias de vejez, invalidez o muerte, conforme se ha definido por la Ley 100 de 1993.

Por lo tanto, se torna improcedente considerar que, como consecuencia de la declaratoria posterior de existencia de una relación de carácter laboral, puedan convertirse los aportes efectuados en exceso por el beneficiario y en su momento al sistema, en una especie de monto indemnizatorio o crédito a su favor, en cuanto, como lo ha concluido el Consejo de Estado, su especial característica y naturaleza excluye la posibilidad de titularidad que sobre tales montos pretenda ejercer el actor.

Al respecto, la Sección Segunda, Subsección B de esa alta Corporación, en providencia del 5 de agosto de 2021<sup>57</sup>, expuso:

*“(...) 55. Ahora bien, en lo relacionado a la determinación del a quo de reconocer y pagar a favor del actor los porcentajes de cotización que debió pagar por concepto de Seguridad Social, la Sala explicará, que en materia de los aportes en salud, lo primero es traer a la disertación que*

<sup>57</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de del 5 de agosto de 2021.

*el preámbulo de la Ley 100 de 1993, define que el Sistema de la Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.*

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

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

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

(...)

60. *Ahora bien, de la misma forma, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones cuyos objetivos son garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte, mediante el reconocimiento de una pensión y prestaciones determinadas en la Ley. También busca la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con el Sistema, está compuesto, fundamentalmente, por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.*

(...)

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

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

En conclusión, no hay lugar a ordenar el reembolso de aportes pensionales a favor del actor.

#### **4.5. Devolución de sumas objeto de retención en la fuente a título de impuesto de renta y pago de pólizas de cumplimiento**

Al respecto se torna necesario señalar que, la declaratoria de existencia de una relación laboral no otorga al demandante un tipo de naturaleza tributaria especial, pues la retención en la fuente debe ser practicada tanto a contratista como a empleados, aunado a que dichas sumas se tornan como un pago anticipado del impuesto de renta –Art. 367 E.T., razón por la cual la discusión sobre la aplicación de estos valores, bien como pagos sobre el impuesto a cargo o como saldos a favor del demandante son temas que debieron ser planteados ante la administración tributaria en la correspondiente declaración del impuesto de renta.

De otra parte, respecto a la devolución de lo pagado por las pólizas de cumplimiento, el Consejo de Estado ha señalado que: “...la pretensión de reintegro de las sumas descontadas por concepto de pólizas, no es procedente porque la desnaturalización de la vinculación de la actora a través de contratos de prestación de servicios, no implica el reintegro de dineros que se hayan erogado para su celebración”<sup>58</sup>.

Así, de conformidad con lo anterior, no hay lugar a ordenar la devolución de lo pagado por pólizas; además porque, estas estuvieron para cubrir los riesgos que en su momento se pudieron presentar y fueron una garantía en el cumplimiento de las obligaciones.

#### **4.6. Sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías**

Al respecto el Consejo de Estado ha referido:

*“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.*

---

<sup>58</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de septiembre de 2018. Radicación número: 52001-23-33-000-2013-00225-01



*En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas”.*

De acuerdo a lo anterior, no es posible ordenar el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a favor del demandante o de las cesantías definitivas porque la demandada no ha incurrido en mora en tanto que, es a partir de la ejecutoria de la sentencia que declara la existencia de un contrato realidad que surge para la entidad la obligación de pagar las prestaciones sociales en los términos señalados en el CPACA y demás normas concordantes.

Por lo tanto, se negará la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no pago o retardo en el pago de las cesantías.

#### **4.7. Perjuicios morales**

Reclama la parte actora que sean reconocidos a su favor, 25 SMMLV por concepto de perjuicios morales, en atención a la nula posibilidad que tuvo de poder recibir las cesantías y prestaciones sociales al cese de su relación laboral.

Al respecto se precisa que, el artículo 138 de CPACA, señala que: *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño.”*

Sobre el particular el Consejo de estado ha señalado lo siguiente:

*“Conforme a lo anterior, si el acto administrativo de carácter particular se encuentra viciado por alguna de las causales de anulación, la ley contempla la posibilidad de que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, no sólo se restablezcan eventuales derechos económicos sino que, también se resarzan perjuicios morales.*

*No significa lo anterior que todo acto particular que sea declarado nulo, conlleve simultáneamente restablecimiento de derechos de carácter económico y moral. Lo que quiere decir la Sala es que corresponde al juez en cada caso en particular, analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y ordenar el restablecimiento de los derechos económicos a que haya lugar y previa determinación del grado de lesión moral que resulte probado en el plenario, disponer la condena en tal sentido”.*

Así, en términos generales es posibles reclamar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la indemnización de perjuicio de carácter moral, ello con ocasión a la declaratoria de nulidad del acto demandando; sin embargo, en el presente asunto no se aportó ningún medio de prueba que acreditara la aflicción o la congoja que trajo para el demandante la expedición del acto que se declara nulo, por lo tanto se negará dicha pretensión.

#### 4.7. Perjuicio por pérdida de oportunidad

Reclama la parte demandante que le sea pagada la indemnización por daños materiales por pérdida de oportunidad de recibir los beneficios económicos.

Sobre la pérdida de oportunidad, el Consejo de Estado ha señalado:

*“[S]e configura en todos aquellos casos en los que una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.”<sup>59</sup>*

Al respecto, basta señalar que los beneficios económicos que aduce el actor en la demanda, solo surgen con ocasión a la declaración de nulidad del acto administrativo, por lo tanto, no puede hablarse de la pérdida de un chance u oportunidad, razón por la cual será negada la pretensión.

#### 4.8. Conclusión

Así las cosas, se condenará al Sena a: liquidar y pagar a favor del demandante, las prestaciones sociales de orden legal que percibía un servidor de la misma categoría [instructor - psicólogo] vinculado laboralmente a la planta de la entidad; liquidadas sobre los honorarios pactados en los contratos, en proporción a los periodos efectivamente laborados relacionados en el “Cuadro 2.3”. Además se ordenará al Sena, cotizar las diferencias entre los aportes realizados, si los hubiere y en los términos indicados previamente

Adicionalmente, se declarará parcialmente probada la excepción de “Cobro de lo no debido” formulada por la entidad demandada y se negaran las demás pretensiones.

#### 5. Condena en costas

El artículo 188 del CPACA, dispone que: “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.” y el artículo 365 del CGP, señala que, “5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.

De acuerdo a lo anterior, no se condenará en costas en esta instancia teniendo en cuenta que las pretensiones de la parte demandante prosperaron solo de forma parcial, además que, la

---

<sup>59</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010. Radicado interno No. 18593.

parte demandada a pesar de ser condenada, actuó diligentemente en el proceso, contestando la demanda, proponiendo excepciones y presentando alegatos de conclusión, de manera que no se encuentra justificada la imposición de costas.

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

### SENTENCIA

**Primero: Se declaran no probadas** las excepciones de *“Inexistencia los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente Inexistencia del vínculo o relación laboral”* y *“Renuncia consiente a las pretensiones”* y **parcialmente probadas** las excepciones de *“Prescripción extintiva”* y *“Cobro de lo no debido”*, propuestas por el Sena.

**Segundo: Se declara** la existencia de una relación laboral entre Mauricio Hoyos Ríos y el Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena, en los periodos: Del 29 de enero al 28 de diciembre de 2010; Del 11 de febrero hasta el 30 de junio de 2011; Del 12 de julio al 23 de diciembre de 2011; Del 1 de febrero al 29 de junio de 2012; Del 9 de julio al 15 de diciembre de 2012; Del 28 de enero al 27 de diciembre de 2013; Del 21 de enero al 14 de diciembre de 2014; Del 9 de febrero al 7 de septiembre de 2015; Del 9 de octubre al 19 de diciembre de 2015.

**Tercero: Se declara** la nulidad del oficio 2-2018-0037347 del 16 de octubre de 2018, por el cual el Sena negó la existencia de una relación laboral con Mauricio Hoyos Ríos durante el tiempo en que esta se desempeñó bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios.

**Cuarto: Se condena** a Servicio Nacional de Aprendizaje – Sena a efectuar los siguientes reconocimientos y pagos a favor de Mauricio Hoyos Ríos:

1) Liquidar y pagar, las sumas equivalentes a todas las prestaciones sociales y salariales ordinarias dejadas de percibir, liquidadas conforme al valor de los honorarios percibidos por el accionante de manera mensual, debidamente indexadas. Dicha liquidación y pago deberá efectuarse para los siguientes periodos: del 9 de febrero al 7 de septiembre de 2015 y del 9 de octubre al 19 de diciembre de 2015. Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada serán actualizadas en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia.

2) Liquidar con base a un IBC pensional equivalente a los honorarios pactados, durante todos los periodos en los cuales este prestó servicios a la entidad, mes a mes, cotizando al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión que cubran el porcentaje total que debía pagarse si el actor hubiese gozado de una relación legal y reglamentaria.

La parte demandante deberá acreditar las cotizaciones que el demandante realizó al mencionado sistema durante su vínculo contractual y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

En todo caso, las sumas que deberán cancelarse por concepto de aportes para pensión se actualizarán de acuerdo a los cálculos actuariales que exija el correspondiente fondo de

pensiones, toda vez que dichos aportes deberán ser recibidos con efectos pensionales, como si su cotización y pago se hubiese realizado en la fecha efectiva de prestación del servicio.

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

**Quinto:** Se niegan las demás pretensiones del demandante.

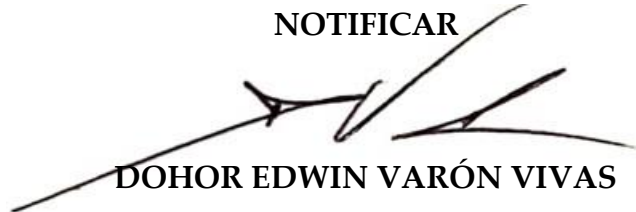
**Sexto: Sin condena** en constas.

**Séptimo:** La demandada dará cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 188, 189 y 192 del CPACA. Las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia según lo previsto en el CPACA.

**Octavo:** Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 29 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS  
SALA TERCERA DE DECISIÓN  
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 087

Radicación: 17001-33-33-003-2022-00307-00  
Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: Javier Andrés Estrada Mejía  
Demandado: Municipio de Manizales-Secretaría de Tránsito y Transporte y Otro.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto que declaró de oficio la caducidad.

**I. Antecedentes**

El *a quo* el 27 de febrero de 2022 rechazó la demanda por caducidad al considerar que, el último de los actos administrativos demandados fue notificado personalmente el 17 de febrero de 2022, por lo que el término de caducidad se extendía hasta el 18 de junio de 2022; que la solicitud de conciliación extrajudicial se presentó el 17 de junio de 2022, habiéndose expedido la constancia el 29 de julio de 2022; por lo que, cuando se radicó la solicitud de conciliación, restaba 1 día del término de caducidad, el cual reiniciaba el 30 de julio de 2022 y culminaba ese mismo día. Con base en lo anterior concluyó:

*“Como quiera que esta última fecha corresponde a un día sábado y la siguiente a un domingo, se debe extender la caducidad hasta el próximo día hábil, esto es, hasta el 1 de agosto de 2022. Sin embargo, sólo hasta el 16 de septiembre se presentó la demanda... esto es, superados los 4 meses que establece el numeral 2o, literal d) del artículo 164 del CPACA”.*

El demandante interpuso recurso de apelación señalando que, la Procuraduría 29 Judicial II para Asuntos Administrativos debió comunicar de manera pronta y oportuna la respectiva constancia, ante la imposibilidad de realizar la audiencia de conciliación celebrada el 26 de julio de 2022, *“puesto que en esa fecha la entidad citada no asistió a la misma, dándole el termino para justificar la inasistencia so pena de expedir la constancia respectiva; pero, la Procuraduría 29 Judicial II para Asuntos Administrativos guardó silencio...”*.

Que si bien la constancia de no acuerdo quedó con fecha del 29 de julio de 2022, solo la certificó y refrendó el 8 de septiembre cuando fue firmada por el Procurador, y enviada al apoderado apenas el 16 de septiembre, omitiendo notificarla y haciendo imposible que se tuviera acceso y conocimiento de esta hasta esa fecha.

## II. Consideraciones

### 1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto. Además es procedente, por cuanto el auto que declara la terminación del proceso se encuentra enlistado en el artículo 243 Ibidem.

### 2. Problema jurídico

La atención de esta Sala Plural se contrae en determinar: *¿Se configuró o no la caducidad del medio de control de reparación directa incoado por la parte actora?*

Para resolver el interrogante planteado, se hará referencia a: **i)** el marco jurídico aplicable, para descender al **ii)** análisis del caso.

### 3. Marco jurídico – caducidad y su interrupción por la conciliación

La caducidad es una sanción por no ejercer oportunamente las acciones judiciales, para lo cual la ley establece unos términos dentro de los cuales el interesado tiene la carga de promover el litigio. Si la acción se ejerce por fuera del tiempo, el accionante pierde la posibilidad de hacer efectivo el derecho sustancial que persigue ante la administración de justicia.

La Ley 640 de 2001 introdujo la conciliación prejudicial como requisito previo a la presentación de las acciones contenciosas contempladas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo (artículos 35 y 37). Posteriormente la Ley 1285 de 2009, exigió como requisito de procedibilidad la conciliación extrajudicial, también en las de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 13). La Ley 2220 de 30 de junio de 2022<sup>1</sup> que rige seis (6) meses después de su promulgación, señala que, en materia contenciosa administrativa, serán conciliables los casos en los eventos previstos en la presente ley, siempre y cuando no afecten el interés general y la defensa del patrimonio público. (artículo 7)

El artículo 2º de la Ley 640 de 20019 vigente para la fecha de radicación de la solicitud de conciliación, señalaba que:

*“El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:*

- 1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo.*
- 2. Cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia. En este evento deberán indicarse expresamente las excusas presentadas por la inasistencia si las hubiere*
- 3. Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación, y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento la constancia deberá expedirse dentro de los 10 días calendario siguientes a la presentación de la solicitud.*

---

<sup>1</sup> “Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones.”

*En todo caso, junto con la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados. Los funcionarios públicos facultados para conciliar conservarán las copias de las constancias que expidan y los conciliadores de los centros de conciliación deberán remitirlas al centro de conciliación para su archivo.*

El artículo 21 ibidem señala que, el término de caducidad se suspende *“hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la presente ley o hasta que se venza el término de 3 meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero”*.

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

De los documentos allegados con la demanda, se observa que el último de los actos administrativos demandados, -Resolución 015 del 08 de febrero de 2022-, fue notificado personalmente al demandante el 17 de febrero de 2022, por lo que, al tenor de lo establecido en el artículo 162 del CPACA, el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se extendía, en principio, hasta el 18 de junio de 2022.

La parte actora radicó la solicitud de conciliación extrajudicial el 17 de junio de 2022, esto es, faltando un día del término de caducidad; la audiencia se realizó el 26 de julio de 2022, declarándose en ese momento fallida ante la inasistencia de la convocada. La Procuraduría 29 Judicial II para Asuntos Administrativos emitió la constancia de no acuerdo, con fecha del 29 de julio de 2022, en la cual se indica:

*3-. El día de la audiencia celebrada el veintiséis (26) de julio de 2022, la conciliación se declaró fallida ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo por falta de ánimo conciliatorio de la entidad convocada la que se deduce de su inasistencia.*

*4-. De conformidad con lo expuesto, se da por cumplido el requisito de procedibilidad exigido para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 35 y 37 de la Ley 640 de 2001, en concordancia con lo establecido en el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011.*

*5-. En los términos del artículo 20, numeral 1o inciso 2o de la Ley 640 de 2001, en concordancia con el numeral 6 del artículo 2.2.4.3.1.1.9 del DUR 1069 de 2015, se devolverá a la parte convocante los documentos aportados con la petición de conciliación, si a ello hubiere lugar.*

De acuerdo con lo anterior, es claro que en la audiencia del 26 de julio de 2022, el Procurador declaró fallida la conciliación y por lo tanto, cerrada la etapa extrajudicial, es decir, se clausuró el trámite que se abrió en dicha dependencia, razón por la cual el demandante quedaba facultado para presentar la demanda desde ese momento, porque se había cumplido una de las condiciones, no se logró acuerdo conciliatorio.

Esto de conformidad con el inciso 3º del artículo 35 de la Ley 640 de 2011 que señala: *“El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1 del artículo 20 de esta ley la audiencia no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación”*.



También se encuentra acreditado que, la parte actora tuvo conocimiento de la declaratoria de fallida de la conciliación en tanto estuvo presente en dicha audiencia.

Además, el acta de la audiencia del 26 de julio de 2022, suscrita por el Procurador 29 Judicial II para Asuntos Administrativos, reúne las características de la constancia de que trata el artículo 2º de la Ley 640 de 2001, toda vez que su expedición obedeció a la celebración de la audiencia de conciliación en la que no se logró acuerdo y, además, contiene la fecha de presentación de la solicitud, la fecha en la que se celebró la audiencia y el asunto objeto de conciliación.

Por lo tanto, bastaba con que al momento de presentar la demanda, la acompañara con la copia de la referida acta, en la que se dejó constancia de que no se logró acuerdo conciliatorio. Además que, como lo certificó la Procuraduría, no era necesaria la devolución de documentos aportados con la solicitud por cuanto *“se trató de un expediente digital”*, por lo que el convocante conservaba los originales, sin que existiera impedimento para presentar la demanda.

Ahora, si bien la constancia de no acuerdo fue enviada por la Procuraduría al apoderado de la parte actora el 16 de septiembre de 2022, debe tenerse en cuenta que, las normas que rigen la materia no exigen un acto de comunicación de dicha constancia; por tanto, era deber de la parte actora estar atento a su expedición. Al respecto véase que solo hasta el 16 de septiembre de 2022 -cerca de tres meses después de radicada la solicitud de conciliación- fue que la parte actora solicitó a la Procuraduría la referida constancia, lo cual denota el desinterés de la parte en obtener la referida constancia.

Por lo anterior, no es de recibo la manifestación hecha por el demandante en cuanto a que, como la Procuraduría no entregó la certificación de que trata el artículo 2 de la Ley 640 de 2001 en la fecha en la cual se declaró fallida la conciliación, no le era exigible la presentación de la demanda hasta tanto fuera expedida la misma. Aceptarlo implicaría dejar al arbitrio de una de las partes el computo del término de suspensión de la caducidad.

En igual sentido, el Consejo de Estado en sentencia del 22 de noviembre de 2021<sup>2</sup>, en un caso similar al presente, señaló:

*“Se tiene, entonces, que el acta de conciliación corresponde al documento que se expide cuando se logra acuerdo conciliatorio y en él se insertan las condiciones del pacto, mientras que la constancia da cuenta de la realización de la diligencia de conciliación y de su fracaso, bien porque no se logró acuerdo, las partes o alguna de ellas no concurrió a la audiencia programada o el asunto no era conciliable. Junto con la constancia, se hace devolución de los documentos presentados por la parte convocante.*

*Ahora, puede ocurrir que la delegada del Ministerio Público expida, a su vez, un acta de la audiencia de conciliación con el relato de lo sucedido en la diligencia,*

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C.P.: María Adriana Marín. Sentencia de 22 de noviembre de 2021 Rad.: 11001-03-26-000-2019-00143-00(64827)

*documento que al constituir prueba del trámite de la conciliación prejudicial resulta suficiente para entender agotado dicho requisito de procedibilidad.*

*Al margen de la denominación que se dé al certificado expedido en los casos en los que no se logra acuerdo conciliatorio, lo que resulta relevante a fin de entender cumplido el requisito de procedibilidad es el agotamiento del trámite conciliatorio, lo cual debe constar en documento proveniente de la Procuraduría General de la Nación, el que deberá ponerse a disposición del interesado.*

*Así las cosas, el escrito de 15 de julio de 2009, emanado de la Procuraduría Judicial No. 43 de asuntos administrativos de Santa Marta, reúne las características de la constancia de que trata el artículo 2º de la Ley 640 de 2001, toda vez que su expedición obedeció a la celebración de la audiencia de conciliación en la que no se logró acuerdo y, además, contiene la fecha de presentación de la solicitud, la fecha en la que se celebró la audiencia y el asunto objeto de conciliación. Ese documento, que aparece firmado por los asistentes a la diligencia, fue entregado en la fecha de su elaboración, junto con la solicitud y los anexos, a la apoderada de la parte convocante, tal como establece el artículo 2º de la Ley 640 de 2001.*

*En ese entendido, es claro para la Sala que el efecto de la suspensión de términos logrado con la radicación de la solicitud de conciliación finalizó una vez se celebró la audiencia de conciliación que resultó fallida y se dejó constancia de ello, en la medida en la que fue el primer evento que ocurrió, de aquellos señalados en el artículo 2º de la Ley 640 de 2001. Por consiguiente, no es cierto que la sentencia revisada incurrió en el error del que se le acusa, comoquiera que el conteo del término de caducidad se efectuó en la forma que establece la ley.*

*Entender que nunca se expidió la constancia y que por ello no se reanudó el término de caducidad sino hasta el vencimiento de los tres meses concedidos para el trámite de la conciliación, como manifiesta la parte recurrente, es una imprecisión que contraría lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Ley 640 de 2001 y 3º del Decreto 1716 de 2009, si se tiene en cuenta que la suspensión de términos finaliza en el momento en el que se presenta alguno de los supuestos que pone fin al trámite de la conciliación -lo primero que ocurra- y, en todo caso, el evento referido al lapso de tres meses hace alusión al tiempo máximo para intentar la audiencia de conciliación, lo que presupone la falta de celebración de la misma o la imposibilidad de culminarla<sup>3</sup>.*

*Ahora bien, aun cuando la sentencia cuestionada, para efectos de contabilizar el término de caducidad, no se detuvo en la explicación de las razones por las cuales el documento de 15 de julio de 2009 reúne las características de la constancia aludida en el artículo 2º de la Ley 640 de 2001, lo cierto es que el estudio de la oportunidad de la demanda se efectuó en debida forma*

---

<sup>3</sup> Ley 640 de 2001. Artículo 20. Audiencia de conciliación extrajudicial en derecho. “Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término.

La citación a la audiencia deberá comunicarse a las partes por el medio que el conciliador considere más expedito y eficaz, indicando sucintamente el objeto de la conciliación e incluyendo la mención a las consecuencias jurídicas de la no comparecencia.

Parágrafo. Las autoridades de policía prestarán toda su colaboración para hacer efectiva la comunicación de la citación a la audiencia de conciliación”.

*y tuvo en cuenta la etapa de la conciliación prejudicial, por lo que no se incurrió en una conducta violatoria del derecho al debido proceso. La Sala tampoco advierte una situación errónea, incompleta o alguna circunstancia que hubiera incidido en una resolución amañada del litigio.*

*Finalmente, la parte recurrente manifestó que el asunto bajo análisis se asemeja a aquel que fue objeto de estudio en el proveído de 16 de agosto de 2018, proferido en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 17001-23-33-000-2016-00149-01, mediante el cual se revocó un auto que había declarado la caducidad.*

*Al revisar la providencia en cuestión se advierte que en ese caso la cuestión debatida también guardaba relación con la suspensión del término de caducidad que tuvo lugar durante el trámite de la conciliación prejudicial. En ese proceso, sin embargo, la controversia imponía determinar si para entender reanudado el término de caducidad debía tenerse en cuenta la fecha de expedición de la constancia o la fecha en la que ésta fue recibida por la parte interesada. La tesis que aplicó esta Corporación para saldar la discusión estableció que, en aras de garantizar el derecho al acceso a la administración de justicia, debía entenderse, en ese asunto concreto, que no bastaba con que el Ministerio Público expidiera la constancia, sino que ésta, además, debía ser puesta a disposición de la convocante, teniendo en cuenta que esa certificación había sido emitida por la Procuraduría de conocimiento al considerar que el asunto no era conciliable. Se aclaró, en todo caso, que:*

*[S]i bien puede argumentarse que con la sola expedición de la constancia se entiende, que a partir del día siguiente debe reanudarse el cómputo del término de caducidad, no es menos cierto que en casos excepcionales debe analizarse con detenimiento y en atención a los elementos probatorios que se encuentren en el expediente, **si esa constancia fue conocida por el interesado en esa misma fecha, claro está, sin que esto se traduzca en que caprichosamente se deje a su arbitrio el término de suspensión.***

*Como se aprecia, el supuesto que dio lugar a la decisión en el proveído revisado no concuerda con el tema que es materia de análisis en este proceso, toda vez que, en el presente asunto, a diferencia de lo que aconteció en el proceso que se toma por ejemplo, **la parte recurrente conoció y recibió copia de la certificación de la audiencia celebrada el 15 de julio de 2009 ese mismo día.** Con todo, la tesis que se plasmó en ese otro asunto refuerza las conclusiones a las que se arribó en este proveído, en el sentido de que el término de caducidad, suspendido con la radicación de la solicitud de conciliación, se reanudó efectivamente cuando se expidió la constancia sobre el fracaso de la audiencia y ésta se puso a disposición de la interesada.*

*Así las cosas, dado que la sentencia en cuestión estuvo motivada y sus argumentos aparecen congruentes con la realidad procesal y ajustados a la ley, se declarará infundado el presente recurso extraordinario de revisión, como quiera que no se configuró la causal de nulidad invocada por la parte actora y tampoco se advierte algún vicio que pueda afectar la validez de dicha providencia". (Se resalta)*

Tampoco es de recibo el argumento del demandante según el cual, como nunca se comunicó

la constancia, no se reanudó el término de caducidad sino hasta el vencimiento de los tres meses concedidos para el trámite de la conciliación, como lo indica el artículo 20 de la Ley 640 de 2001<sup>4</sup>, pues la suspensión de términos finaliza en el momento en el que se presenta alguno de los supuestos que pone fin al trámite de la conciliación -lo primero que ocurra- y, en todo caso, el evento referido al lapso de tres meses hace alusión al tiempo máximo para intentar la audiencia de conciliación, lo que presupone la falta de celebración de la misma o la imposibilidad de culminarla; y no es este el caso, pues se itera, la audiencia se llevó a cabo y fue concluida.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de agosto de 2022<sup>5</sup> precisó:

*“En síntesis, a pesar de que no obra constancia de la entrega al demandante de la certificación de que trata el artículo 2 de la Ley 640 de 2001, no es dable concluir que dicha omisión hubiera generado la prolongación de la suspensión de la caducidad, para contar dicho término desde el vencimiento de los 3 meses, contados a partir de la radicación de la solicitud de conciliación, dado que, de conformidad con los artículos 2, y 21 de la Ley 640 de 2001, una vez agotada el trámite extrajudicial, el solicitante debe acudir ante la jurisdicción a presentar la demanda”. (Se resalta)*

## 5. Conclusión

En los anteriores términos es claro que, la conciliación extrajudicial se declaró fallida el 26 de julio de 2022, de lo cual tuvo conocimiento la parte demandante en esa fecha y que cuando se radicó la solicitud de conciliación, restaba 1 día del término de caducidad, por lo tanto, el término reiniciaba el 30 de julio de 2022 y culminaba ese mismo día.

Como esta última fecha corresponde a un sábado y la siguiente a un domingo, se extendió la caducidad hasta el próximo día hábil, esto es, hasta el 1º de agosto de 2022. Sin embargo, la demanda se presentó el 16 de septiembre de 2022<sup>6</sup>, esto es, superados los 4 meses que establece el numeral 2º, literal d) del artículo 164 del CPACA.

Por lo anterior, se confirmará la decisión, en cuanto rechazó la demanda por encontrarse acreditada la caducidad del medio de control.

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

## RESUELVE:

---

<sup>4</sup> ARTÍCULO 20. Audiencia de conciliación extrajudicial en derecho. Si de conformidad con la ley el asunto es conciliable, la audiencia de conciliación extrajudicial en derecho deberá intentarse en el menor tiempo posible, y, en todo caso, tendrá que surtirse dentro de los tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud. Las partes por mutuo acuerdo podrán prolongar este término.

La citación a la audiencia deberá comunicarse a las partes por el medio que el conciliador considere más expedito y eficaz, indicando sucintamente el objeto de la conciliación e incluyendo la mención a las consecuencias jurídicas de la no comparecencia.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. C.P.: María Adriana Marín. Sentencia de 30 de agosto de 2022. Rad.: 54001-23-31-000-2004-01490-01 (48224)

<sup>6</sup> 01ActaReparto

**PRIMERO: Confirmar** el auto proferido el 27 de febrero de 2022 por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió Javier Andrés Estrada Mejía contra el municipio de Manizales-Secretaria de Tránsito y Transporte y Otro.

**SEGUNDO:** Devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el Sistema “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 29 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS  
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA  
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

Manizales, cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 086

**RADICADO:** 17-001-23-33-000-2023-00073-00  
**NATURALEZA:** Protección de Derechos e Intereses Colectivos  
**DEMANDANTE:** Luis Felipe Parra Naranjo  
**DEMANDADO:** Departamento de Caldas y otros

Procede el Tribunal a decidir sobre la admisibilidad de la demanda.

### I. Antecedentes

Mediante auto del 20 de abril de 2023, se le concedió a la parte actora el término de tres (3) días, para que procediera a corregir y/o aclarar los yerros advertidos en el escrito de demanda, para lo cual se ordenó: *“Deberá allegar prueba de haber agotado el requisito de procedibilidad -respuestas- frente al Presidente de la República -Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales de Colombia, el Departamento de Caldas, Departamento de Risaralda, Departamento del Tolima, los municipios de Manizales, Ibagué, Pereira, Armenia, Villa María, Santa Rosa de Cabal, Salento, Anzoátegui, Santa Isabel, Murillo, Villahermosa y Casabianca, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de Minas y Energía, Agencia Nacional de Licencias Ambientales, las Corporaciones Autónomas Regionales de Caldas, Tolima, Risaralda y Quindío, y el Servicio Geológico Colombiano, toda vez que, dichas entidades obran como demandadas”*.

Según constancia secretarial del 27 de abril de 2023 se informó que, el término de los tres (03) días para corregir demanda habían vencido, sin que la parte actora diera cumplimiento a lo ordenado<sup>1</sup>.

### II. Consideraciones

El artículo 144, inciso tercero del CPACA<sup>2</sup> impone que: *“(…) Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. (...)”*. Así mismo, el artículo 161, numeral 4 Ibidem, dispone que la presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: *“4. Cuando se pretenda la protección de derechos e intereses colectivos se deberá efectuar la reclamación prevista en el artículo 144 de este Código.”*

Finalmente, el artículo 20, inciso segundo de la Ley 472 de 1998, advierte que: *“(…) Inadmitirá la demanda que no cumpla con los requisitos señalados en esta ley, precisando los defectos de que adolezca para que el demandante los subsane en el término de tres (3) días. Si éste no lo hiciere, el juez la rechazará. (...)»*. (Negrilla y subrayada fuera del texto).

<sup>1</sup> Exp. Digital, archivo “009ConstanciaSecretarial”

<sup>2</sup> Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Así, el legislador ha impuesto una carga procesal a la parte demandante quien, debido a ser el sujeto interesado en que el medio de control inicie el correspondiente trámite, debe cumplir a cabalidad, por lo que debe atender dichos requerimientos que se hacen con el fin aclarar, corregir o completar aspectos de la demanda y/o sus anexos que se consideren necesarios para darle celeridad y claridad al proceso y evitar fallos inhibitorios.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que: «*la carga procesal son conductas, para beneficio del mismo sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive la pérdida del derecho sustancial*»<sup>3</sup>.

Teniendo en cuenta que, dentro del término otorgado, la parte actora no corrigió la demanda, y que los aspectos que se ordenaron corregir son de total relevancia y resultan imprescindibles al momento no solo de admitir la demanda, sino de proferir su fallo, es procedente el rechazo de la misma, conforme a los términos del artículo 20 de la Ley 472 de 1998, sin perjuicio, para el actor popular de intentar de nuevo la acción cuando a bien lo tenga, con el lleno íntegro de los requisitos consagrados en los artículos 144 y 162 de la Ley 1437 de 2011.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas:

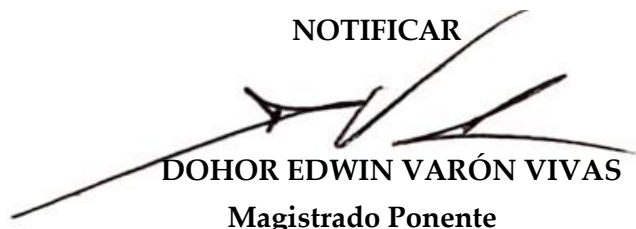
**RESUELVE:**

**Primero: Rechazar** la demanda que en ejercicio del medio de control de Protección de Derechos e Intereses Colectivos instauró Luis Felipe Parra Naranjo contra el Departamento de Caldas y otros, por no haberse subsanado dentro del término legalmente establecido.

**Segundo:** Ordenar el archivo del presente expediente, previas las anotaciones en el Sistema Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 29 de 2023.

NOTIFICAR

  
**DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS**  
Magistrado Ponente

  
**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
Magistrado

  
**AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN**  
Magistrado

<sup>3</sup> Sentencia C – 279 de 2013

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, cinco (05) de Mayo del dos mil veintitrés (2023).

**Medio de Control** : (Protección de los Derechos e Intereses Colectivos Acción Popular)  
**Radicación No.** : 170012333-000-2023-00084-00  
**Accionante (s)** : Personería Municipal de Supía -Caldas  
**Accionado (s)** : Municipio de Supía – Departamento de Caldas -Corporación Autónoma - Regional de Caldas – Corpocaldas – Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y otros  
**Acto judicial** : A.I. 89

**Asunto**

Procede el Despacho a pronunciarse acerca del trámite judicial correspondiente dentro de la demanda de la referencia.

**Antecedentes**

El señor Personero Municipal de Supía Caldas, instauró la demanda dentro del medio de control de la acción popular en contra del Unidad Nacional Para La Gestión Del Riesgo De Desastres – Undgr, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Fondo de Adaptación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Gobernación De Caldas, Jefatura de Gestión del Riesgo – Gobierno De Caldas, Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas, Alcaldía Municipal de Supía, Secretaría de Planeación y Obras Públicas, Departamento Nacional de Planeación – Dnp, por la vulneración de los derechos colectivos previstos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

La demanda está fundada en las siguientes pretensiones:

*“1. REALIZAR Y CONSTRUIR LAS OBRAS DE MITIGACIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES tipo jarillones, gaviones y muros de contención (conforme los estudios técnicos que se aportan). Esto, en un término perentorio y oportuno de modo que con dichas acciones se logre que futuras crecientes, que con seguridad ocurrirán en un tiempo no muy lejano, pudieran volver a afectar el municipio en proporciones similares o superiores a las experimentadas el pasado 3 de septiembre de 2022.*

*2. ESTABLECER un PROGRAMA DE DRAGADO PERIÓRICO a lo largo del Río Supía (por lo menos anual) que inicie siquiera durante los tres meses siguientes al proferimiento de la sentencia o la aprobación del pacto de cumplimiento, para procurar que el cuerpo de agua permanezca con óptimas condiciones de profundidad o ahondamiento. (...)”*

En cuanto a los hechos de la demanda, la parte actora refirió a la problemática que se presenta en el municipio de Supía Caldas, por los riesgos de inundación en la zona urbana que genera el río Supía, frente a las graves amenazas para la vida y la integridad de los



habitantes y de la comunidad. A su vez, señaló sobre los sucesos ocurridos que han afectado y causado perjuicios a las familias que viven en el municipio.

En atención, a los supuestos fácticos aludidos por la parte actora, y las pretensiones incoadas frente al ente territorial, no se explica alguna conducta de la entidad Corpocaldas y a las entidades del orden nacional, para que se endilguen responsabilidad.

### CONSIDERACIONES

Frente al asunto que ocupa la atención del Despacho, debe señalarse que las acciones populares han sido instituidas como los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos, definidos en la Ley 472 de 1998.

Del artículo 9 de la Ley 472 de 1998, referente a la procedencia de la acción popular, se deduce que la demanda puede dirigirse contra una autoridad pública, contra un particular, o incluso contra ambos.

Conforme a los artículos 14 y 15 de la misma Ley, las acciones populares se dirigen contra los particulares o las autoridades públicas cuyas actuaciones u omisiones amenazan, violan o han violado el derecho o interés colectivo, y su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria en tratándose de las primeras y al contencioso administrativo respecto de las segundas.

De otra parte, la regla de la jurisdicción contenciosa para el conocimiento de las acciones populares, se encuentra consagrada en los artículos 152 numeral 16 y 155 numeral 10 del CPACA.

***“Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:***

*(...)*

*16. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas.”*

***Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:***

*(...)*

*10. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades de los niveles departamental, distrital, municipal o local o las personas privadas que dentro de esos mismos ámbitos desempeñen funciones administrativas.*

*(...)”*

Por su parte la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup>Sentencia con radicación: 110010102-000-201603334-00, del Consejo Superior de la Judicatura Salsa Disciplinaria- del 30 de agosto de 2017- MP: MAGDA VICTORIA ACOSTA WALTEROS.

*En consecuencia, es claro para la Corporación que la competencia para conocer de las acciones populares en acatamiento a lo dispuesto en la ley, se determina por quien en verdad pueda ser señalado como responsable directo de la vulneración del derecho colectivo de que se trate, quien debe en cada paso particular y en concreto para el asunto que nos ocupa, adelantar la obra pretendida por el accionante, siendo entonces, contra los causantes de la vulneración de los derechos colectivos que debe formularse la acción popular pues son quienes deben garantizar los derechos colectivos dentro de la prestación de servicio que ofrece el particular demandado en sus dependencias independientemente de la actividad que incumbe adelantar las entidades públicas encargadas de protegerlos; tal que si bien pueden incurrir en esa función en alguna omisión, lo cierto es que tal omisión no constituye la causa directa de la vulneración.*

*Por tanto en el caso sub examine, como bien lo ha señalado por el Juez Contencioso corresponde al Banco Caja Social, entidad de carácter privado, o tenedor del inmueble donde se desarrolla tal actividad comercial, cumplir con las normas a que hace alusión el demandante o a quien el juez de conocimiento deberá establecer la presunta vulneración, amenaza, o tensión de los derechos reclamados por el acto, conforme el precedente aplicado por esta Corporación en casos similares pronunciándose en igual sentido, al asignar el conocimiento de tales acciones a los jueces ordinarios.*

Ahora bien en sentencia del Consejo de Estado<sup>2</sup>:

*En el escrito de apelación el Municipio de Manzanares indicó que las obras que se deben realizar en el barrio “Tres esquinas” para mitigar la amenaza a la que están expuestos algunos de sus habitantes, deben ser apoyadas por la Gobernación de Caldas y Corpocaldas en virtud de los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad.*

*De acuerdo con las consideraciones generales expuestas en esta providencia, relacionadas con las funciones y competencias nacionales, departamentales y municipales en materia de prestación de servicios públicos y protección del medio ambiente, se reitera, en primer lugar, que la política ambiental es fijada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, pero ejecutada e implementada, a través de distintas entidades públicas y privadas, así como de los particulares, a quienes en virtud de la ley se les ha otorgado competencias en este campo; tal es el caso de las corporaciones autónomas regionales, entidades a las que se les asignaron funciones de máxima autoridad ambiental, de ejecución de políticas, planes y programas en la materia, así como labores de inspección, vigilancia y control de los recursos renovables y no renovables; en segundo lugar, a los departamentos se les asignaron funciones de apoyo y coordinación a los municipios, tanto en la prestación de los servicios públicos, como en la ejecución de programas y proyectos necesarios para la conservación del medio ambiente, en aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva y; en tercer lugar, son funciones principales de los municipios: i) la prestación directa o indirecta de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado así como la construcción, ampliación, rehabilitación y mejoramiento en su infraestructura, en orden a garantizar su eficiente y oportuna prestación y; ii) el control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de velar por el*

---

<sup>2</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Consejo Ponente Hernando Sánchez Sánchez- Bogotá D.C. 16 de mayo de 2019, Radicado 17001-23-33-000-2017-00452-01 (AP):

*cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano y ejecutar obras o proyectos de descontaminación de corrientes o depósitos de agua afectados por vertimiento del municipio, así como programas de disposición, eliminación y reciclaje de residuos líquidos y sólidos.*

*Sin embargo, esta atribución de funciones no implica que los departamentos sean los competentes y responsables directos para ejecutar obras porque, se reitera, es el municipio la entidad territorial que ostenta la responsabilidad principal y directa en cuanto a la prevención y atención de desastres; en este orden de ideas, le corresponde realizar las obras necesarias, así como procesos de concertación y/o socialización con la comunidad y actuaciones administrativas, en ejercicio de las funciones de control urbanístico, para que se adopten las medidas correspondientes en relación con los asentamientos que se encuentran en zonas de alto riesgo y se impida la construcción de nuevas construcciones que invadan la zona de protección forestal del río Santo Domingo, poniendo en peligro los derechos e intereses colectivos de la comunidad que allí habita.*

**Asimismo, la distribución de funciones expuesta tampoco implica que las corporaciones autónomas regionales ejerzan la competencia que de manera directa corresponde a los municipios en materia de prevención y atención de desastres, sino que se circunscribe al apoyo y acompañamiento que, para el efecto, requiera la entidad territorial. Rft.**

La posición jurídica expuesta, deja claro, que para efectos de determinar la competencia en la presente acción, debe mirarse, no solo contra quienes se dirigen las pretensiones, sino si es una entidad de orden nacional la que presuntamente está vulnerando o amenazando los derechos e intereses colectivos. Es decir, el hecho de que la entidad pública referida en la demanda, sea de orden nacional, no implica que sea esta quien esté cometiendo la conducta infractora, o sea quien ostenta la responsabilidad alegada por el demandante; como bien lo menciona la citada jurisprudencia no implica que las corporaciones autónomas regionales ejerzan competencia de manera directa, en tanto sí corresponde a los municipios en materia de prevención y atención de desastres.

Conforme a la jurisprudencia antes citada, se trata de proceso de gestión de riesgos urbanos, le compete directamente a los departamentos y municipios conforme a los artículos 12, 13 y 14 de la Ley 1523 de 2012, que rezan: “Artículo 12. Los Gobernadores y Alcaldes. Son conductores del sistema nacional en su nivel territorial y están investidos con las competencias necesarias para conservar la seguridad, la tranquilidad y la salubridad en el ámbito de su jurisdicción. (...) Artículo 13. Los Gobernadores en el Sistema Nacional. Los gobernadores son agentes del Presidente de la República en materia de orden público y desarrollo, lo cual incluye la gestión del riesgo de desastres. En consecuencia, proyectan hacia las regiones la política del Gobierno Nacional y deben responder por la implementación de los procesos de conocimiento y reducción del riesgo y de manejo de desastres en el ámbito de su competencia territorial.

Artículo 14. Los Alcaldes en el Sistema Nacional. Los alcaldes como jefes de la administración local representan al Sistema Nacional en el Distrito y el municipio. El alcalde, como conductor del desarrollo local, es el responsable directo de la implementación de los procesos de gestión del riesgo en el distrito o municipio, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres en el área de su jurisdicción.”

Conforme a los preceptos legales, a las autoridades municipales y departamentales les corresponde gestionar, ejecutar y atender las políticas de gestión del riesgo en sus

territorios; y de acuerdo a sus competencias. Luego como las pretensiones están encaminadas a la atención y prevención de la problemática que se presenta en el municipio de Supía, Caldas, por las inundaciones que causa el afluente. Se avizoró que éste despacho carece de competencia para tramitar el proceso.

En consecuencia, y en virtud de lo señalado en el artículo 155 del C.P.A.C.A., *Competencia de los jueces administrativos en primera instancia, numeral 10*, la competencia es de los juzgados administrativos, situación que conduce a expresar la existencia de falta de competencia de este Despacho para decidir el litigio planteado, por lo tanto, habrá de ordenarse la remisión, a la oficina judicial para que realice el reparto entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales, para que se asuma el conocimiento del mismo.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión del **HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**Primero: DECLARAR** la falta de competencia conforme a los artículos 155 del C.P.A.C.A., numeral 10, para conocer del proceso promovido en ejercicio de acción popular por **PERSONERÍA MUNICIPAL DE SUPÍA -CALDAS**, en contra del **MUNICIPIO DE SUPÍA – DEPARTAMENTO DE CALDAS -CORPORACIÓN AUTÓNOMA - REGIONAL DE CALDAS – CORPOCALDAS – MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE Y OTROS.**

**SEGUNDO: Por la Secretaría, REMÍTASE** el expediente a la mayor brevedad posible, a la Oficina Judicial para que el proceso sea repartido a los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales, para que proceda avocar conocimiento del presente proceso.

**TERCERO:** En firme esta providencia, por la Secretaría cancélese su radicación en el programa de Gestión Justicia XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

|                                                                                                                             |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| TRIBUNAL ADMINISTRATIVO<br>DE CALDAS<br><u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u><br>No.<br><br>FECHA: 8/05/2023<br><br>SECRETARIO (a) |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**A.I.: 130**

|                          |                                                                                             |
|--------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Asunto:</b>           | <b>Concede apelación</b>                                                                    |
| <b>Medio de control:</b> | <b>Pérdida de Investidura</b>                                                               |
| <b>Radicación:</b>       | <b>17001-23-33-000-2023-00044-00</b>                                                        |
| <b>Demandantes:</b>      | <b>Diego Carmona Llano<br/>Francisco Javier Mejía Saraza<br/>José Fabián López Trujillo</b> |
| <b>Demandado:</b>        | <b>Franklin Andrés Henao Castaño</b>                                                        |

Manizales, cinco (05) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 1881 de 2018 que regula el trámite del proceso de pérdida de investidura, en concordancia con el parágrafo 2º del artículo 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante<sup>1</sup>, contra la sentencia proferida por la Sala Plena de este Tribunal el dieciocho (18) de abril de dos mil veintitrés (2023)<sup>2</sup>, que negó las súplicas de la demanda tendientes a que se declarara la pérdida de investidura del señor Franklin Andrés Henao Castaño como concejal del Municipio de Salamina.

En firme esta providencia, por la Secretaría de la Corporación, **REMÍTASE** el expediente al Honorable Consejo de Estado, para resolver lo pertinente.

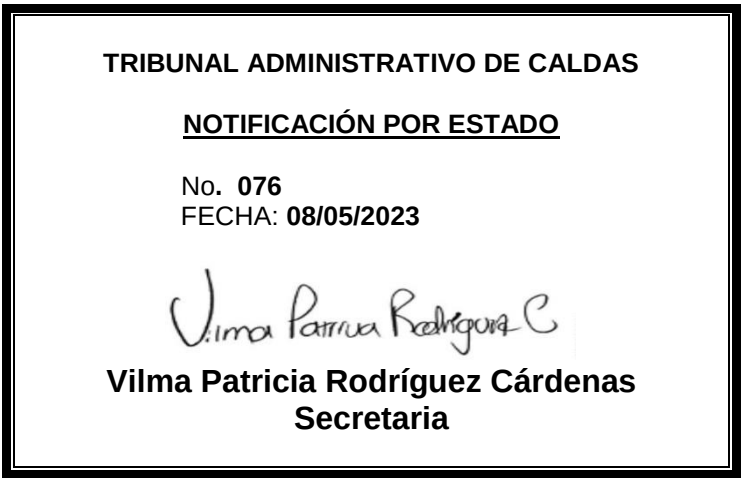
**Notifíquese y cúmplase**

**AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN**  
**Magistrado**

---

<sup>1</sup> Archivo nº 027 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>2</sup> Archivo nº 025 del cuaderno 1 del expediente digital.



Firmado Por:  
Augusto Ramon Chavez Marin  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Oral 5  
Tribunal Administrativo De Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,  
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 5701ee6a874a1776bfb7d91ba4acfd2f25a2785735d59549faf661121f38a766  
Documento generado en 05/05/2023 02:02:57 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**  
**-Sala Quinta de Decisión-**

**Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín**

**S.: 046**

**Asunto:** Sentencia de segunda instancia  
**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicación:** 17001-33-33-004-2015-00064-02  
**Demandante:** Diana Orozco Rubio  
**Demandado:** Empresa de Obras Sanitarias de Caldas (EMPOCALDAS) S.A.  
**Llamado en Garantía:** Juan Pablo Alzate Ortega

**Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 017 del 05 de mayo de 2023**

Manizales, cinco (05) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

**ASUNTO**

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)<sup>1</sup>, corresponde a esta Sala de Decisión desatar los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y el llamado en garantía contra la sentencia del treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Diana Orozco Rubio contra la Empresa de Obras Sanitarias de Caldas (EMPOCALDAS)<sup>2</sup> S.A., y al cual se llamó en garantía al señor Juan Pablo Alzate Ortega.

**LA DEMANDA**

**Pretensiones**

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 6 de febrero de 2015<sup>3</sup>, se

---

<sup>1</sup> En adelante, CPACA.

<sup>2</sup> En adelante, EMPOCALDAS.

<sup>3</sup> Archivo n° 001 del cuaderno 1 del expediente digital.

solicitó lo siguiente<sup>4</sup>:

1. Que se declare la nulidad de la Resolución nº 0297 del 11 de agosto de 2014, con la cual el gerente de EMPOCALDAS declaró insubsistente el nombramiento hecho a la señora Diana Orozco Rubio.
2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se indemnice a la señora Diana Orozco Rubio por los perjuicios morales y materiales en la modalidad de lucro cesante ocasionados, tasados en 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes y en \$2'972.087, respectivamente.

## Hechos

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho<sup>5</sup>, que en resumen indica la Sala:

1. Mediante Resolución nº 0185 del 31 de agosto de 2010, EMPOCALDAS nombró a la señora Diana Orozco Rubio en el cargo de jefe de gestión humana.
2. El 1º de septiembre de 2010, la señora Diana Orozco Rubio tomó posesión del referido empleo.
3. Con Resolución nº 0297 del 11 de agosto de 2014, el gerente de EMPOCALDAS declaró insubsistente el nombramiento hecho a la señora Diana Orozco Rubio.
4. El citado acto administrativo no le fue notificado sino comunicado el mismo día de su expedición a través del señor Mauricio Giraldo Quiceno, jefe de departamento administrativo y logística.
5. En múltiples oportunidades, según consta en los correos electrónicos aportados, el gerente de EMPOCALDAS se refería a la señora Diana Orozco Rubio en forma despectiva, y hacía alusión a acudir a los órganos de control, penales y disciplinarios, configurándose un acoso laboral constante.
6. Conforme a certificación expedida el 27 de noviembre de 2014, la señora Diana Orozco Rubio devengaba por concepto de salarios la suma de \$2'975.087.

---

<sup>4</sup> Página 10 del archivo nº 014 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>5</sup> Páginas 1 y 2 del archivo nº 014 del cuaderno 1 del expediente digital.



7. La Cámara de Comercio de Manizales, en respuesta a derecho de petición, hizo una sinopsis de lo sucedido con el señor Juan Pablo Alzate Ortega en relación con la anulación de su registro como gerente de la empresa demandada.

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

La parte demandada estimó como vulneradas las siguientes disposiciones<sup>6</sup>: Decreto 2400 de 1968; y CPACA: artículo 67.

Sostuvo que la desvinculación de la parte actora es consecuencia de la arbitrariedad y del abuso de poder por parte del nominador de turno, ya que aquella se produjo sin mediar justificación alguna, sin cumplirse los requisitos de orden legal exigidos para la declaratoria de insubsistencia, sin notificar en debida forma el acto administrativo, sin motivación en la respectiva hoja de vida del funcionario de libre nombramiento y remoción.

Transcribió apartes de la sentencia SU-917 de 2010 de la Corte Constitucional, en relación con la motivación de los actos de retiro.

Finalmente expuso que el acto de desvinculación fue expedido por funcionario incompetente, si se tiene en cuenta el informe rendido por la Cámara de Comercio de Manizales, en el que se advierte que el señor Juan Pablo Alzate Ortega tenía en entredicho su nombramiento.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Actuando debidamente representada y dentro del término oportuno otorgado para tal efecto, EMPOCALDAS contestó la demanda<sup>7</sup>, para oponerse a las pretensiones de la misma, con fundamento en lo siguiente.

Explicó que el cargo al cual fue vinculada la demandante (jefe de Gestión Humana) se encuentra clasificado como de libre nombramiento y remoción.

Indicó que el acto de declaratoria de insubsistencia fue comunicado a la accionante en Oficio AD-148 del 11 de agosto de 2014, a través del jefe del Departamento Administrativo y Logístico de EMPOCALDAS. Con todo, precisó que al tratarse de un acto discrecional, proferido en relación con un empleo de libre nombramiento y remoción, no era necesario realizar la notificación personal sino que simplemente bastaba la comunicación.

---

<sup>6</sup> Páginas 2 a 10 del archivo n° 014 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>7</sup> Páginas 1 a 17 del archivo n° 020 del cuaderno 1 del expediente digital.

Manifestó que el medio de control adelantado no es idóneo para ventilar aspectos que pudieron o no constituir conductas de acoso laboral, por cuanto, conforme a la Ley 1010 de 2006, aquellos debieron ser informados por la entonces empleada durante el vínculo laboral, para que se adoptaran las medidas de protección del caso, en el evento de ser así requerido.

Afirmó que en ningún momento la Cámara de Comercio de Manizales tiene contemplada la función de anular los actos relacionados con el registro de nombramiento por los órganos sociales. Acotó que en este caso no fueron anulados por ninguna autoridad administrativa ni judicial los actos de nombramiento del señor Juan David Peláez Castro como gerente de EMPOCALDAS, y el de declaratoria de insubsistencia de dicho nombramiento.

Sostuvo que el acto administrativo demandado fue expedido por funcionario competente, en ejercicio de la facultad discrecional, conforme a lo autorizado por el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, en aras del buen servicio, y goza de presunción de legalidad.

Refirió que en reiterada jurisprudencia se ha señalado que los nombramientos de los empleados de libre nombramiento y remoción pueden declararse insubsistentes sin motivación alguna, acorde con la facultad discrecional del nominador para separarlos del cargo, y atendiendo el hecho que carecen de estabilidad.

Precisó que, según lo ha expuesto el Consejo de Estado, la omisión de dejar constancia en la hoja de vida del funcionario sobre la motivación de la declaración de insubsistencia, en ningún momento puede entenderse como causal de nulidad del acto administrativo, si no, a lo mucho, causal disciplinaria.

Adujo que al tratarse del ejercicio de una potestad discrecional, el acto de retiro no era objeto de recursos.

Expuso que mientras se definía el control de legalidad de los actos de reunión de la Asamblea General de Accionistas, como también de la Junta Directiva de EMPOCALDAS, el señor Juan Pablo Alzate Ortega continuaba fungiendo o, mejor, apareciendo en el Registro Mercantil como gerente para la época en que se declaró insubsistente el nombramiento hecho a la señora Diana Orozco Rubio.

Propuso como excepciones, las que denominó: ***“INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD”***, ya que en este caso no se encuentran acreditadas ninguna de las causales de nulidad previstas en el CPACA y, en tal sentido, no existe sustento fáctico ni jurídico para que prosperen las pretensiones de la demanda, toda vez que se trata de un acto expedido con las formalidades legales, ajustándose a las normas que regulan la materia, y que fue expedido por funcionario competente dentro de los parámetros de sus atribuciones legales; ***“INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA INVOCAR INCOMPETENCIA PARA DECLARAR EL ACTO DE INSUBSISTENCIA”***, en la medida en que el señor Juan Pablo Alzate Ortega estuvo vinculado coma gerente de EMPOCALDAS hasta el 17 de octubre de 2014 y, en ese orden de ideas, para el momento de expedición del acto de declaratoria de insubsistencia, aquel tenía competencia; ***“FALTA DE PRUEBA DEMOSTRATIVA DE LA DESVIACIÓN DE PODER Y LA FALTA MOTIVACIÓN (sic) DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE LA DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA”***, en el entendimiento que el cargo que desempeñaba la accionante era de libre remoción, y la demanda se limitó a realizar apreciaciones subjetivas sin desplegar actividad probatoria alguna que permita determinar que el retiro del servicio no estuvo ajustado a derecho, por haber motivos ocultos o encubiertos que configuraran una desviación de poder; y ***“PERDIDA (sic) DE LA CONFIANZA DEL (sic) LA PARTE ACTORA COMO FUNCIONARIA PÚBLICA”***, como quiera que la demandante no prestaba la confianza necesaria en el desarrollo de su cargo, pues hubo varios requerimientos relacionados con el manejo del personal y de la información de la planta de personal, y persistía el mal desempeño laboral, lo que condujo a su retiro de la entidad, por prelación del buen servicio y por el grado de confianza que existe para los cargos de libre nombramiento y remoción.

### **LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

EMPOCALDAS llamó en garantía con fines de repetición al señor Juan Pablo Alzate Ortega<sup>8</sup>, por cuanto fue éste quien, en su condición de gerente de la entidad, declaró la insubsistencia del nombramiento de la accionante.

Con autos del 20 de noviembre de 2015<sup>9</sup>, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Manizales admitió el llamamiento en garantía.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

---

<sup>8</sup> Páginas 18 a 21 del archivo n° 020 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>9</sup> Archivo n° 028 del cuaderno 1 del expediente digital.

Según constancia secretarial visible en el expediente<sup>10</sup>, el señor Juan Pablo Alzate Ortega guardó silencio frente a la demanda y el llamamiento en garantía.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 30 de enero de 2020, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en este asunto<sup>11</sup>, con la cual: **i)** declaró no probadas las excepciones propuestas por EMPOCALDAS; **ii)** declaró la nulidad del acto atacado; **iii)** como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la entidad demandada reconocer y pagar a la parte actora, debidamente ajustados, los salarios, primas, vacaciones, cesantías, y demás emolumentos prestacionales causados durante el tiempo que la accionante estuvo separada del servicio hasta su reintegro, esto es, entre el 11 de agosto de 2014 y el 15 de diciembre 2014; **iv)** declaró que para todos los efectos legales, no ha existido solución de continuidad durante el tiempo que la demandante estuvo separada del servicio; **v)** negó las demás pretensiones de la demanda; **vi)** declaró la responsabilidad patrimonial a título de culpa grave del señor Juan Pablo Alzate Ortega; **vii)** condenó al llamado en garantía a restituir a EMPOCALDAS, de manera indexada, el valor total y neto de las sumas que con ocasión de la sentencia deben ser pagadas a la señora Diana Orozco Rubio, más las costas y agencias en derecho; **viii)** estableció como plazo para la restitución referida, el término de 6 meses, contado a partir de la fecha en que EMPOCALDAS realice el pago de la condena; **ix)** ordenó a EMPOCALDAS dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA; y **x)** condenó en costas a la parte demandada. Lo anterior, con fundamento en los siguientes argumentos.

Inicialmente, la Juez *a quo* se refirió a la clasificación de los cargos en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios; indicando que para el caso concreto no hay duda de que el empleo que desempeñaba la señora Diana Orozco Rubio como jefe de Gestión Humana, estaba catalogado como de libre nombramiento y remoción, de dirección, manejo y confianza.

En punto a la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, explicó que la regla y medida es la razonabilidad, pues según lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad,

---

<sup>10</sup> Archivo nº 043 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>11</sup> Archivo nº 057 del cuaderno 1 del expediente digital.

identificando como límites para dicha facultad, los siguientes: que exista una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente; que su ejercicio sea adecuado a los fines de la norma que la autoriza; y que la decisión sea proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Expuso que como el cargo que desempeñaba la accionante era de libre nombramiento y remoción, el acto de insubsistencia no debía contener una motivación expresa, ya que se presume fundado en el mejoramiento del servicio y el interés general; de manera que le corresponde a la parte interesada acreditar que dicha decisión no tuvo las finalidades anotadas.

En lo que respecta a la existencia de una supuesta falta de competencia del funcionario que expidió el acto atacado, la Juez de primera instancia sostuvo que, de conformidad con los elementos probatorios allegados al proceso, se encuentra demostrado que la inscripción del nuevo gerente de EMPOCALDAS, en reemplazo del señor Juan Pablo Alzate Ortega, no cobró firmeza sino hasta el mes de octubre de 2014, debido a los recursos interpuestos contra los actos de inscripción ante la Cámara de Comercio.

Con apoyo en sentencia C-621 de 2003 de la Corte Constitucional, la Juez *a quo* concluyó que: **i)** la designación de representantes legales y revisores fiscales sólo produce efectos jurídicos cuando ha sido inscrita en el registro mercantil; **ii)** cuando la persona deja de desempeñarse como representante legal o revisor fiscal, la inscripción del acto de remoción en el registro mercantil no hace cesar las responsabilidades y obligaciones; **iii)** el cese de responsabilidades y cumplimiento de obligaciones ocurre cuando en el registro mercantil se inscriben las nuevas designaciones, bien sea de representante legal o de revisor fiscal; **iv)** lo anterior genera afectación a derechos fundamentales de aquellos que ostentando la calidad de representantes legales de una sociedad, se vean separados de sus cargos por cualquier circunstancia, quedando atados indefinidamente a sus responsabilidades frente a la sociedad, hasta que por parte del órgano competente se efectúe la designación e inscripción del nuevo representante; y **v)** atendiendo a la consideración anterior, para la Corte Constitucional, pasado el término de treinta días, y mediando comunicación del interesado sobre el hecho de su desvinculación, dicha inscripción adquiere un carácter meramente formal.

Refirió que en sentencia de este Tribunal del 22 de marzo de 2019 (radicado: 2016-00010-00), en la que se analizó si el señor Juan Pablo Alzate Ortega había ostentado la calidad de gerente de EMPOCALDAS durante el período comprendido entre el 26 de febrero y el 25 de mayo de 2014, se concluyó que

la inscripción en la Cámara de Comercio había surtido efectos únicamente hasta el 7 de diciembre de 2013.

En ese sentido, consideró que el señor Juan Pablo Alzate Ortega no era competente para expedir el acto atacado, en tanto para la fecha en que lo profirió, aquel ya no ostentaba el cargo de gerente de EMPOCALDAS, el cual se entiende que lo ejerció entre el 13 de enero de 2012 y el 7 de diciembre de 2013.

Indicó que aun cuando en este asunto sería procedente acceder a la pretensión de reintegro al cargo, lo cierto es que el 15 de diciembre de 2014 la demandante fue nuevamente nombrada en el empleo del cual fue desvinculada.

Sin perjuicio de lo anterior, estimó que EMPOCALDAS debía pagar los salarios y demás prestaciones causadas durante el tiempo que la accionante estuvo separada del servicio, esto es, entre el 11 de agosto de 2014 y el 15 de diciembre de 2014.

En lo que respecta a las pretensiones de perjuicios morales y lucro cesante, la Juez de primera instancia indicó que no fueron acreditados.

Frente al llamamiento en garantía con fines de repetición, explicó que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo por estar incurso en alguna causal de nulidad, no se traduce necesariamente en la responsabilidad de quien lo profirió; toda vez que lo que es objeto de juzgamiento en el proceso de repetición o en el llamamiento en garantía con fines de repetición, es la conducta personal del demandado, para lo cual resulta necesario acreditar que la anulación del acto se produjo por causas imputables a la culpa grave de dicho funcionario, es decir, porque éste haya actuado con una absoluta negligencia y descuido o con una evidente e inexcusable violación de sus deberes.

Para el caso concreto, indicó que era procedente aplicar la presunción de culpa grave consagrada en el artículo 6 de la Ley 678 de 2001, ya que está acreditado que el acto demandado se profirió con carencia de competencia. Acotó que el llamado en garantía no logró desvirtuar la presunción de culpa grave, ya que no contestó la demanda y, en tal sentido, no aportó ni solicitó el decreto de prueba alguna en su defensa.

Manifestó que según informe rendido por EMPOCALDAS, el señor Juan Pablo Alzate Ortega no permitió que el nuevo gerente designado iniciara labores, y que incluso, por vía de hecho, sin mediar orden administrativa,

judicial o legal, desconociendo la situación administrativa en la que se encontraba, permaneció en la entidad hasta el 17 de octubre de 2014, sin contar con designación ni acta de posesión.

Consideró que en este asunto sí está clara la culpa grave de la actuación del señor Juan Pablo Alzate Ortega, puesto que, dadas sus condiciones personales y el cargo que ocupó, es evidente que no le eran desconocidas las limitaciones impuestas al ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, máxime cuando había sido removido del cargo y cuando conocía de un nuevo nombramiento de gerente en la entidad, lo que lo colocaba en situación de absoluta incompetencia para la expedición de actos administrativos o por lo menos en condiciones de actuar prudente.

Al constatar que existió una actuación gravemente culposa del señor Juan Pablo Alzate Ortega, la que condujo a la decisión de anular el acto administrativo de insubsistencia y a condenar al restablecimiento del derecho a EMPOCALDAS, estimó la Juez que ello fue la causa de la disminución patrimonial de la entidad demandada y, por lo tanto, aquel está llamado a responder por ésta.

### RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión proferida por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal previsto para el efecto, ambas partes y el llamado en garantía interpusieron recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, así:

#### **Parte demandante<sup>12</sup>**

Precisó que la apelación se dirigía específicamente contra el artículo quinto de la sentencia recurrida, en tanto negó los perjuicios morales solicitados.

Adujo que de haberse analizado si existían razones justificadas para que el señor Juan Pablo Alzate Ortega desvinculara de la entidad a la accionante, se habría acreditado el mal proceder del entonces gerente de EMPOCALDAS, así como su mala fe y el aprovechamiento que hizo de su cargo para acosar y perseguir laboralmente a la demandante hasta obtener su retiro.

Sostuvo que en la contestación de la demanda, EMPOCALDAS manifestó que la accionante no prestaba la confianza necesaria en el desarrollo de su cargo, que hubo varios requerimientos relacionados con el manejo del personal y de la información de la planta de personal, y que persistía el mal desempeño laboral.

---

<sup>12</sup> Archivo nº 061 del cuaderno 1 del expediente digital.

Por las anteriores situaciones y catalogaciones a nivel personal, la parte actora estimó que ello desestimó el rendimiento laboral y afectó su buen nombre, lo cual generó presión y frustración.

En ese sentido, solicitó el reconocimiento de perjuicios morales ocasionados con el despido debidamente probado en la sentencia recurrida.

### **EMPOCALDAS<sup>13</sup>**

Acudiendo a la misma sentencia C-621 de 2003 de la Corte Constitucional, la entidad accionada manifestó que aun cuando en dicha providencia existen fragmentos claros sobre los efectos del registro mercantil, la Juez de primera instancia sólo resaltó o trajo a colación lo que le convenía para concluir que el señor Juan Pablo Alzate Ortega no era competente para retirar del servicio a la parte actora. Sostuvo que con lo anterior, se desconoce que los representantes de una sociedad mantiene la calidad de tal, siempre que no haya una nueva inscripción; y que la cancelación de la inscripción de un nombramiento en estos cargos sólo se produce mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección, y que conservan esa calidad mientras no se cancele la inscripción.

Señaló que como en este caso, a través de Resolución nº 188 del 25 de noviembre de 2013, la Cámara de Comercio de Manizales se abstuvo de inscribir el nombramiento del nuevo gerente de EMPOCALDAS; y que sólo hasta el 1º de agosto de 2014 se realizó la inscripción del citado nombramiento; es evidente que el señor Juan Pablo Alzate Ortega sí era competente para expedir el acto demandado, pues el representante legal mantiene sus facultades de administración hasta tanto no quede en firme en el Registro Mercantil la inscripción del nombramiento de quien haya de reemplazarlo.

Por lo anterior, solicitó revocar parcialmente la sentencia para negar la totalidad de pretensiones de la demanda y, en el evento de confirmar la decisión, se disponga que el pago de la condena sea directamente asumido por el llamado en garantía, para que EMPOCALDAS no tenga que perseguir el pago a título de reintegro o restitución.

### **Llamado en garantía<sup>14</sup>**

---

<sup>13</sup> Archivo nº 060 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>14</sup> Archivo nº 059 del cuaderno 1 del expediente digital.



El señor Juan Pablo Alzate Ortega centró su inconformidad con la sentencia de primera instancia en dos aspectos: el primero, relacionado con la competencia para la expedición del acto, y el segundo, con la mala fe o el dolo, como requisito necesario para la configuración de la responsabilidad derivada del llamamiento en garantía a título de repetición.

En lo que respecta a la competencia para expedición del acto, el llamado en garantía cuestionó inicialmente que la Juez *a quo* acudiera a una sentencia del Tribunal que no se encuentra en firme y, aún así, la adoptara como precedente judicial vinculante. Reprochó además que no se interpretaran sistemáticamente las normas que vinculan su actuar en el caso concreto, como los estatutos sociales de EMPOCALDAS sobre las reglas para retirar válidamente al representante legal, la Ley 222 de 1995 con sus reformas, y el Código de Comercio.

Expuso que el artículo 164 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 442 *ibidem*, contempla que los representantes legales de una sociedad conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele la inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección.

Indicó que para este asunto, la inscripción nunca fue revocada por la Cámara de Comercio de Manizales. Añadió que la decisión de declarar insubsistente al señor Juan Pablo Alzate Ortega fue inexistente, tal como lo consideró la Superintendencia de Industria y Comercio en Resolución nº 31814 del 14 de mayo de 2014, en la cual obligó a los miembros de la Junta Directiva a reunirse nuevamente.

Explicó que en la sentencia C-621 de 2003, la Corte Constitucional declaró condicionalmente exequible el artículo 442 del Código de Comercio, bajo el entendido que dicha norma se torna inoperable sólo en situaciones como el fallecimiento del representante legal, o cuando éste fue declarado interdicto o fue secuestrado, etc.

Refirió que es un contrasentido admitir su vinculación al proceso como servidor público en calidad especial de gerente y representante legal de EMPOCALDAS y, al mismo tiempo, resolver que no tiene competencia para expedir el acto.

De otra parte, manifestó que es imposible que se le endilgue cualquier tipo de responsabilidad, habida cuenta que el llamado en garantía siempre actuó en cumplimiento de un deber legal, lo cual es causal de exclusión de responsabilidad.

En ese sentido, consideró que la mala fe o el dolo, como requisito necesario para la configuración de la responsabilidad derivada del llamamiento en garantía a título de repetición, no está acreditado.

Con fundamento en lo anterior, solicitó revocar en su totalidad el fallo apelado y, en su lugar, desestimar las pretensiones de la demanda. De manera subsidiaria, pidió que de llegar a confirmarse la decisión, se declare que el señor Juan Pablo Alzate Ortega no es responsable ni garante.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

### **Parte demandante<sup>15</sup>**

Manifestó que los perjuicios morales incoados en la demanda tienen fundamento en la persecución y acoso laboral librados por el señor Juan Pablo Alzate Ortega, quién a través de artimañas ilegales declaró la insubsistencia del nombramiento que ostentaba la demandante como jefe de Gestión Humana de EMPOCALDAS, sin tener competencia para ello.

Precisó que los perjuicios morales devienen de esa arbitrariedad o extralimitación en sus poderes, que eran de conocimiento del funcionario, vislumbrándose la negligencia en la que incurrió el funcionario.

Indicó que la demandante tuvo que padecer el agobio, la señalización y las acusaciones falaces de su desempeño profesional, laboral y personal, que intimidaban el pleno desarrollo y dignidad.

Refirió que fueron precisamente las declaraciones que se hicieron en la contestación de la demanda, las que denigraron la integridad de la accionante, las que generaron aflicción y desconsuelo por la destrucción de su reputación como sujeto profesional y la pérdida de credibilidad en el mundo laboral, frustrando las altas expectativas profesionales, más cuando aquella contaba con alta experiencia en el área desempeñada y, por tanto, no estaba en el deber jurídico de soportar estos daños morales ocasionados por la arbitrariedad y negligencia de la entidad empleadora.

### **EMPOCALDAS<sup>16</sup>**

Se reafirmó en los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

---

<sup>15</sup> Archivo nº 05 del cuaderno 5 del expediente digital.

<sup>16</sup> Archivo nº 07 del cuaderno 5 del expediente digital.

Adicionalmente, y en lo que respecta a los perjuicios morales reclamados por la parte demandante, la entidad expuso que no hay prueba en el expediente sobre su causación, por lo que no hay lugar a acceder a ellos.

### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

### TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

**Reparto.** Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 15 de diciembre de 2020<sup>17</sup>, y allegado el 22 de febrero de 2021 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia<sup>18</sup>.

**Admisión y alegatos.** Por auto del 22 de febrero de 2021 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia<sup>19</sup>. Ambas partes alegaron de conclusión<sup>20</sup>. El llamado en garantía guardó silencio. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

**Paso a Despacho para sentencia.** El 12 de abril de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia<sup>21</sup>, la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

## CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y por el llamado en garantía contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquellos fueron formulados.

### Problema jurídico

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

- *¿El acto administrativo demandado, con el cual se declaró la insubsistencia del*

---

<sup>17</sup> Archivo nº 01 del cuaderno 5 del expediente digital.

<sup>18</sup> Archivo nº 02 del cuaderno 5 del expediente digital.

<sup>19</sup> Archivo nº 02 del cuaderno 5 del expediente digital.

<sup>20</sup> Archivos nº 05 y 07 del cuaderno 5 del expediente digital.

<sup>21</sup> Archivo nº 08 del cuaderno 5 del expediente digital.

*nombramiento de la accionante, fue expedido por funcionario incompetente?*

- *En caso afirmativo, ¿le asiste derecho a la accionante a obtener el pago de los perjuicios morales solicitados en la demanda?*
- *En caso que se profiera condena contra EMPOCALDAS, ¿el señor Juan Pablo Alzate Ortega está obligado a reembolsar el valor de las sumas que se ordenó pagar en primera instancia?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** naturaleza del cargo desempeñado por la accionante y del nombramiento correspondiente; **iii)** desvinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción; **iv)** motivación de los actos de declaratoria de insubsistencia de nombramientos hechos en empleos de libre nombramiento y remoción; **v)** examen del caso concreto; **vi)** procedencia de ordenar el reconocimiento y pago de perjuicios morales; y **vii)** responsabilidad del llamado en garantía.

## **1. Hechos debidamente acreditados**

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto, y que se dividen de la manera que se indica a continuación, para una adecuada comprensión:

### **1.1 Sobre la vinculación de la accionante con EMPOCALDAS**

- a) Mediante Resolución n° 0185 del 31 de agosto de 2010<sup>22</sup>, el señor Jorge Enrique Zuluaga Villegas, en su condición de gerente de EMPOCALDAS, nombró a la señora Diana Orozco Rubio en el cargo de jefe de Gestión Humana; empleo clasificado en la planta de personal de la entidad como de libre nombramiento y remoción.
- b) El citado acto administrativo fue notificado a la interesada el 1° de septiembre de 2010<sup>23</sup>.
- c) El mismo 1° de septiembre de 2010, la señora Diana Orozco Rubio tomó posesión del cargo de jefe de Gestión Humana de EMPOCALDAS<sup>24</sup>.

### **1.2 Sobre la naturaleza jurídica del cargo ocupado por la demandante**

---

<sup>22</sup> Página 172 del archivo n° 001 del cuaderno 3 del expediente digital.

<sup>23</sup> Página 20 del archivo n° 001 del cuaderno 3 del expediente digital.

<sup>24</sup> Página 171 del archivo n° 001 del cuaderno 3 del expediente digital.

Según consta en certificado expedido el 3 de julio de 2018<sup>25</sup> por el jefe del Departamento Administrativo y Financiero de EMPOCALDAS, señor Mauricio Andrés Lozano Mejía, para el mes de agosto de 2014 y aún a la fecha de dicha certificación, el cargo de jefe de Gestión Humana se encuentra clasificado dentro de la planta de personal de la entidad como empleo de libre nombramiento y remoción, según la reforma a los estatutos de la empresa.

### 1.3 Sobre la desvinculación de la accionante de EMPOCALDAS

- a) Con Resolución n° 0297 del 11 de agosto de 2014<sup>26</sup>, el señor Juan Pablo Alzate Ortega, actuando como gerente de EMPOCALDAS, declaró insubsistente el nombramiento hecho a la señora Diana Orozco Rubio como jefe de Gestión Humana, a partir de la citada fecha.

El referido acto administrativo no contiene motivación alguna y sólo indicó que se profería en ejercicio de las facultades legales y estatutarias, especialmente las conferidas en el literal d) del artículo 35 de los estatutos de EMPOCALDAS.

- b) A través de Oficio n° AD-148 del 11 de agosto de 2014<sup>27</sup>, el jefe del Departamento Administrativo y Logística de EMPOCALDAS, señor Mauricio Giraldo Quiceno, le comunicó a la señora Diana Orozco Rubio que mediante resolución que anexaba, se había declarado la insubsistencia del nombramiento hecho como jefe de Gestión Humana. La comunicación fue recibida en la misma fecha.
- c) El 18 de “julio” de 2014, figura diligenciada un acta de entrega de puesto de trabajo<sup>28</sup>, suscrita por los señores Mauricio Giraldo Quiceno y Diana Orozco Rubio, el primero en calidad de funcionario que recibía y jefe inmediato, y la última como empleada que realizaba la entrega.
- d) El 11 de agosto de 2014, la señora Diana Orozco Rubio suscribió acta de entrega y recibo de inventario físico<sup>29</sup>.
- e) El 11 de agosto de 2014, se realizó la liquidación de créditos laborales de la señora Diana Orozco Rubio<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Página 11 del archivo n° 001 del cuaderno 4 del expediente digital.

<sup>26</sup> Página 208 del archivo n° 001 del cuaderno 3 del expediente digital.

<sup>27</sup> Página 207 del archivo n° 001 del cuaderno 3 del expediente digital.

<sup>28</sup> Páginas 209 y 210 del archivo n° 001 del cuaderno 3 del expediente digital.

<sup>29</sup> Páginas 211 a 214 del archivo n° 001 del cuaderno 3 del expediente digital.

<sup>30</sup> Páginas 217 y 218 del archivo n° 001 del cuaderno 3 del expediente digital.

- f) El 19 de agosto de 2014, se expidió certificado de disponibilidad presupuestal para el pago de liquidación de créditos laborales de la señora Diana Orozco Rubio<sup>31</sup>.
- g) Por Resolución n° 0306 del 20 de agosto de 2014<sup>32</sup>, el gerente de EMPOCALDAS, señor Juan Pablo Alzate Ortega, reconoció como liquidación definitiva de créditos laborales a favor de la señora Diana Orozco Rubio, la suma de \$8'423.531.
- h) El 21 de agosto de 2014, le fue notificada a la señora Diana Orozco Rubio la Resolución n° 0306 del 20 de agosto de 2014<sup>33</sup>.
- i) De conformidad con la constancia suscrita el 27 de noviembre de 2014 por el jefe de Gestión Humana de EMPOCALDAS<sup>34</sup>, la señora Diana Orozco Rubio prestó sus servicios en la entidad desde el 1° de septiembre de 2010 hasta el 11 de agosto de 2014, como empleada de libre nombramiento y remoción, en el cargo de jefe de Gestión Humana, devengando un salario básico mensual de \$2'975.087.

#### **1.4 Sobre la representación legal de EMPOCALDAS para la época de desvinculación de la accionante**

- a) Con Acuerdo n° 002 del 11 de enero de 2012<sup>35</sup>, la Junta Directiva de EMPOCALDAS nombró como gerente de la entidad al señor Juan Pablo Alzate Ortega.
- b) El 13 de enero de 2012, el señor Juan Pablo Alzate Ortega tomó posesión del cargo de gerente de EMPOCALDAS<sup>36</sup>.
- c) El 25 de enero de 2012, se inscribió con el n° 00061942 en el libro IX del Registro Mercantil, el Acta n° 0000267 del 11 de enero de 2012 de la Junta Directiva de EMPOCALDAS, que daba cuenta sobre el nombramiento hecho al señor Juan Pablo Alzate Ortega como gerente de la entidad. Lo anterior consta en Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 5 de septiembre de 2012 por la Cámara de Comercio de Manizales<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> Página 216 del archivo n° 001 del cuaderno 3 del expediente digital.

<sup>32</sup> Páginas 219 y 220 del archivo n° 001 del cuaderno 3 del expediente digital.

<sup>33</sup> Página 221 del archivo n° 001 del cuaderno 3 del expediente digital.

<sup>34</sup> Página 6 del archivo n° 005 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>35</sup> Página 34 del archivo n° 002 del cuaderno 4 del expediente digital.

<sup>36</sup> Página 35 del archivo n° 002 del cuaderno 4 del expediente digital.

<sup>37</sup> Páginas 18 a 25 del archivo n° 002 del cuaderno 4 del expediente digital.

- d) Con Acuerdo del 7 de noviembre de 2013<sup>38</sup>, la Junta Directiva de EMPOCALDAS declaró, a partir de la fecha, la insubsistencia del nombramiento hecho al señor Juan Pablo Alzate Ortega como gerente de la entidad, y en su reemplazo designó al señor Juan David Peláez Castro. Lo anterior, en ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, en especial las conferidas por el literal h) del artículo 32 y el artículo 33 de los estatutos sociales vigentes, y el Acuerdo 059 del 19 de octubre de 2004 de la Junta Directiva.
- e) El 8 de noviembre de 2013, el señor Juan David Peláez Castro se posesionó como gerente de EMPOCALDAS, de conformidad con el nombramiento hecho en acuerdo del 7 de noviembre de 2013<sup>39</sup>.
- f) Tal como informó la Cámara de Comercio de Manizales en Oficio n° PQR-037 del 3 de febrero de 2015<sup>40</sup>, el mismo 8 de noviembre de 2013 se presentó para inscripción el acta de la reunión no presencial de la Junta Directiva de EMPOCALDAS del 6 de noviembre de 2013, con la cual se nombró gerente.
- g) El 12 de noviembre de 2013, el señor Juan Pablo Alzate Ortega expidió constancia<sup>41</sup> en la que señaló lo siguiente: **i)** que en la fecha, el señor Juan David Peláez Castro se había presentado en las instalaciones de EMPOCALDAS solicitando la entrega del puesto de trabajo; **ii)** que aquel se había negado a entregar el cargo, al considerar que aún era el gerente de la entidad, con fundamento en el artículo 442 del Código de Comercio; y **iii)** que el señor Juan David Peláez Castro había manifestado que para cualquier información se encontraría en la Gobernación de Caldas.
- h) En memorial calendado el 13 de noviembre de 2013<sup>42</sup>, el señor Juan David Peláez Castro le manifestó al secretario general de EMPOCALDAS que ante la imposibilidad de ejercer sus funciones como gerente en el domicilio principal de la empresa, debido al obstáculo que en forma reiterada mantenía el señor Juan Pablo Alzate Ortega, se veía en la necesidad de solicitarle que cualquier información relacionada con la entidad, se la hiciera saber en la Gobernación de Caldas, o a través de su número celular o vía correo electrónico.
- i) Por Oficio n° SG-019 del 13 de noviembre de 2013<sup>43</sup>, el secretario general

---

<sup>38</sup> Página 36 del archivo n° 002 del cuaderno 4 del expediente digital.

<sup>39</sup> Página 43 del archivo n° 026 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>40</sup> Archivo n° 006 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>41</sup> Página 37 del archivo n° 002 del cuaderno 4 del expediente digital.

<sup>42</sup> Página 40 del archivo n° 002 del cuaderno 4 del expediente digital.

<sup>43</sup> Página 38 del archivo n° 002 del cuaderno 4 del expediente digital.

de EMPOCALDAS le informó al señor Juan David Peláez Castro que en atención a la solicitud hecha por éste, le había pedido al señor Juan Pablo Alzate Ortega que se abstuviera de firmar cualquier documento a título de gerente general, mientras jurídicamente se definía la situación; frente a lo cual éste respondió que él era el gerente actual, que el artículo 442 del Código de Comercio y los estatutos lo facultaban y, por ende, podía firmar cualquier documento emanado de la administración. Indicó entonces el secretario general de la entidad que se encontraba en imposibilidad de restringir la firma de documentos que el señor Juan Pablo Alzate Ortega profiriera, pues no contaba con la potestad para ello.

- j) Según acta sin número levantada el 15 de noviembre de 2013<sup>44</sup>, consta que el 6 y 7 de noviembre de 2013, la Junta Directiva de EMPOCALDAS se reunió en forma no presencial y aprobó el proyecto de acuerdo referido para declarar insubsistente el nombramiento del señor Juan Pablo Alzate Ortega como gerente de la entidad, y designar en su reemplazo al señor Juan David Peláez Castro.
- k) Sin precisar las razones que tuvo para ello, en Oficio n° PQR-037 del 3 de febrero de 2015<sup>45</sup>, la Cámara de Comercio de Manizales indicó que mediante Resolución n° 186 del 25 de noviembre de 2013, se abstuvo de inscribir el acta de la reunión no presencial de la Junta Directiva de EMPOCALDAS.
- l) El 25 de febrero de 2014, se inscribió con el n° 00066706 en el libro IX del Registro Mercantil, el Acta n° 0000287 del 6 de noviembre de 2013 de la Junta Directiva de EMPOCALDAS, que daba cuenta sobre el nombramiento hecho al señor Juan David Peláez Castro como gerente de la entidad. Lo anterior consta en Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 25 de febrero de 2014 por la Cámara de Comercio de Manizales<sup>46</sup>, y en el Oficio n° PQR-037 del 3 de febrero de 2015<sup>47</sup>.
- m) Contra el citado acto de registro, con el cual se inscribió el nombramiento del señor Juan David Peláez Castro como gerente de EMPOCALDAS conforme al Acta n° 0000287 del 15 de noviembre de 2013, fueron interpuestos recursos de reposición y en subsidio de apelación por parte del señor Juan Pablo Alzate Ortega (25 de febrero de 2014) y del alcalde del Municipio de Filadelfia (10 de marzo de 2014). Lo anterior consta en

---

<sup>44</sup> Páginas 16 a 33 del archivo n° 002 del cuaderno 4 del expediente digital.

<sup>45</sup> Archivo n° 006 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>46</sup> Páginas 12 a 17 del archivo n° 001 del cuaderno 4 del expediente digital.

<sup>47</sup> Archivo n° 006 del cuaderno 1 del expediente digital.



Certificados de Existencia y Representación Legal expedidos por la Cámara de Comercio de Manizales el 12 de marzo de 2014<sup>48</sup>, el 5 de agosto de 2014<sup>49</sup> y el 2 de septiembre de 2014<sup>50</sup>, y en el Oficio n° PQR-037 del 3 de febrero de 2015<sup>51</sup>.

- n) De conformidad con lo informado en Oficio n° PQR-037 del 3 de febrero de 2015<sup>52</sup>, a través de Resolución n° 231 del 22 de abril de 2014, la Cámara de Comercio de Manizales confirmó el acto de inscripción del nombramiento del gerente y concedió los recursos de apelación subsidiariamente interpuestos, para ser resueltos por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- o) Mediante Resolución n° 31814 del 15 de mayo de 2014<sup>53</sup>, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió el recurso de apelación interpuesto por el señor Juan Pablo Alzate Ortega, indicando que el Acta n° 0000287 del 15 de noviembre de 2013 que nombró al señor Juan David Peláez Castro como nuevo gerente de EMPOCALDAS, fue suscrita por éste mismo como representante legal, pese a que para la fecha de expedición del documento, el representante legal inscrito en el registro mercantil era el señor Juan Pablo Alzate Ortega. En ese sentido, resolvió revocar la inscripción efectuada el 25 de febrero de 2014 por la Cámara de Comercio de Manizales, en relación con el registro del nombramiento del señor Juan David Peláez Castro como gerente de EMPOCALDAS.
- p) Según consta en Acta n° 293 del 16 de junio de 2014<sup>54</sup>, la Junta Directiva de EMPOCALDAS ratificó la designación del señor Juan David Peláez Castro como gerente de la entidad, hecha desde el 6 y 7 de noviembre de 2013 conforme al Acta n° 287, para efectos de obtener la inscripción en el Registro Mercantil.
- q) Con oficio del 18 de junio de 2014<sup>55</sup>, el señor Juan David Peláez Castro manifestó a la Cámara de Comercio de Manizales y a la Junta Directiva de EMPOCALDAS, que para efectos del registro mercantil, se ratificaba en la aceptación del cargo de gerente de la entidad.

---

<sup>48</sup> Archivo n° 004 de la carpeta 051 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>49</sup> Archivo n° 002 de la carpeta 051 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>50</sup> Archivo n° 003 de la carpeta 051 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>51</sup> Archivo n° 006 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>52</sup> Archivo n° 006 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>53</sup> Archivo n° 006 de la carpeta 051 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>54</sup> Páginas 1 a 19 del archivo n° 024 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>55</sup> Página 20 del archivo n° 024 del cuaderno 1 del expediente digital.

- r) De conformidad con Oficio n° SG-2018-IE-00005407 del 4 de julio de 2018<sup>56</sup>, expedido por el gerente de EMPOCALDAS, señor Carlos Arturo Agudelo Montoya, luego de la ratificación de la designación del señor Juan David Peláez Castro, realizada en Acta n° 283 (sic) del 16 y 18 (sic) de junio de 2014, no se efectuó de nuevo diligencia de posesión del cargo, que se había hecho el 8 de noviembre de 2013<sup>57</sup>.
- s) El 1° de agosto de 2014, se inscribió con el n° 00067764 en el libro IX del Registro Mercantil, el Acta n° 0000293 del 18 de junio de 2014 de la Junta Directiva de EMPOCALDAS, que daba cuenta sobre el nombramiento hecho al señor Juan David Peláez Castro como gerente de la entidad. Lo anterior consta en Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 7 de noviembre de 2014 por la Cámara de Comercio de Manizales<sup>58</sup> y en el Oficio n° PQR-037 del 3 de febrero de 2015<sup>59</sup>.
- t) Contra el referido acto de registro, con el cual se inscribió el nombramiento del señor Juan David Peláez Castro como gerente de EMPOCALDAS conforme al Acta n° 0000293 del 18 de junio de 2014, el señor Juan Pablo Alzate Ortega nuevamente interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación el 1° de agosto de 2014, el cual fue ampliado el 15 de agosto de 2014. Lo anterior consta en Certificados de Existencia y Representación Legal expedidos por la Cámara de Comercio de Manizales el 12 de marzo de 2014<sup>60</sup>, el 5 de agosto de 2014<sup>61</sup> y el 2 de septiembre de 2014<sup>62</sup>, y en el Oficio n° PQR-037 del 3 de febrero de 2015<sup>63</sup>.
- u) Atendiendo lo informado en Oficio n° PQR-037 del 3 de febrero de 2015<sup>64</sup>, a través de Resolución n° 233 del 3 de septiembre de 2014, la Cámara de Comercio de Manizales confirmó el acto de inscripción del nombramiento del gerente y concedió el recurso de apelación, subsidiariamente interpuesto, para que fuera resuelto por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- v) Mediante Resolución n° 57565 del 25 de septiembre de 2014<sup>65</sup>, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por el señor Juan Pablo Alzate Ortega,

---

<sup>56</sup> Páginas 1 a 6 del archivo n° 001 del cuaderno 4 del expediente digital.

<sup>57</sup> Página 2 del archivo n° 001 del cuaderno 4 del expediente digital.

<sup>58</sup> Archivo n° 001 de la carpeta 051 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>59</sup> Archivo n° 006 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>60</sup> Archivo n° 004 de la carpeta 051 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>61</sup> Archivo n° 002 de la carpeta 051 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>62</sup> Archivo n° 003 de la carpeta 051 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>63</sup> Archivo n° 006 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>64</sup> Archivo n° 006 del cuaderno 1 del expediente digital.

<sup>65</sup> Archivo n° 025 del cuaderno 1 del expediente digital.

contra la inscripción del nombramiento del señor Juan David Peláez Castro como nuevo gerente de EMPOCALDAS, realizada el 1º de agosto de 2014.

w) En certificación expedida el 3 de julio de 2018<sup>66</sup> por el secretario general de EMPOCALDAS, señor Fernando Hely Mejía Álvarez, se precisó lo siguiente en relación con la situación del representante legal de EMPOCALDAS:

- Desde el 8 de noviembre de 2013 que se posesionó el señor Juan David Peláez Castro como gerente de EMPOCALDAS, aquel empezó a ejercer como tal.
- El 12 de noviembre de 2013, el señor Juan Pablo Alzate Ortega impidió que el señor Juan David Peláez Castro iniciara las labores de la semana en la empresa.
- Sólo hasta el 25 de febrero de 2014, cuando el señor Juan David Peláez Castro presentó certificado de existencia y representación legal de EMPOCALDAS en el que aparecía en calidad de gerente, el señor Juan Pablo Alzate Ortega le hizo entrega de la oficina.
- El 23 de mayo de 2014, el señor Juan Pablo Alzate Ortega regresó a EMPOCALDAS por vía de hecho, sin mediar orden administrativa, judicial o legal para ejercer el cargo, y desconociendo la situación administrativa en la que se encontraba el señor Juan David Peláez Castro, esto es, en incapacidad médica, se quedó en la empresa hasta el 17 de octubre de 2014.
- El señor Juan David Peláez Castro regresó a la entidad el 24 de octubre de 2014.
- Aun cuando la Resolución nº 57565 del 25 de septiembre de 2014 de la Superintendencia de Industria y Comercio, que resolvió el recurso de apelación interpuesto por el señor Juan Pablo Alzate Ortega en contra del nombramiento del señor Juan David Peláez Castro, fue notificada al correo electrónico de EMPOCALDAS el 25 de septiembre de 2014, quedando en firme al día siguiente por cuanto contra la misma no procedía recurso alguno, el señor Juan Pablo Alzate Ortega ejerció el cargo de gerente hasta el 17 de octubre de 2014.

x) De conformidad con certificación expedida el 13 de octubre de 2015 por el secretario general de EMPOCALDAS<sup>67</sup>, el señor Juan Pablo Alzate Ortega se desempeñó como gerente de la entidad durante los períodos comprendidos entre el 13 de enero de 2012 y el 25 de febrero de 2014, y

---

<sup>66</sup> Páginas 7 a 9 del archivo nº 001 del cuaderno 4 del expediente digital.

<sup>67</sup> Archivo nº 023 del cuaderno 1 del expediente digital.

entre el 23 de mayo de 2014 y el 17 de octubre de 2014.

Sin embargo, según se informó en Oficio nº SG-2018-IE-00005407 del 4 de julio de 2018<sup>68</sup>, expedido por el gerente de EMPOCALDAS, señor Carlos Arturo Agudelo Montoya, la mayoría de los períodos reportados en los que el señor Juan Pablo Alzate Ortega ocupó el cargo de gerente, no fueron por decisión de la Junta Directiva de la entidad sino por el mismo Juan Pablo Alzate Ortega.

### **1.5 Sobre la nueva vinculación de la accionante con EMPOCALDAS**

De conformidad con la constancia expedida el 21 de junio de 2018<sup>69</sup> por el jefe del Departamento Administrativo y Financiero de EMPOCALDAS, señor Mauricio Andrés Lozano Mejía, la señora Diana Orozco Rubio fue nuevamente nombrada para desempeñar el cargo de jefe de Gestión Humana, a partir del 15 de diciembre de 2014, y se encuentra laborando en dicho empleo a la fecha de la constancia.

### **1.6 Sobre la supuesta configuración de vicios de nulidad en el acto que declaró insubsistente a la accionante**

- a) Según consta en Oficio nº U.C.D.I 018 del 13 de febrero de 2014<sup>70</sup>, la Unidad de Control Disciplinario Interno de EMPOCALDAS citó a la señora Diana Orozco Rubio a declaración juramentada, dentro de la indagación preliminar adelantada con ocasión de queja instaurada el 29 de diciembre de 2010 por la jefe de Control Interno, relacionada con presuntas irregularidades en derechos de petición y bonos pensionales.
- b) Tal como se extrae del correo electrónico enviado el 12 de noviembre de 2013 por parte del señor Juan Pablo Alzate Ortega a empleados y directivos de EMPOCALDAS<sup>71</sup>, aquel se pronunció frente a supuestas comunicaciones no autorizadas enviadas por la jefe de Gestión Humana, relacionadas con un cambio de gerente. Al respecto, indicó que a la fecha no se le había notificado acto alguno que declarara insubsistente su nombramiento como gerente, por lo cual, continuaba siendo el representante legal de la entidad y, en ese entendimiento, solicitó que se abstuvieran de acatar órdenes de personas diferentes a él. Finalmente refirió que no debían dar alcance alguno a las comunicaciones de la jefe de Gestión Humana, las cuales habían sido puestas en conocimiento de

---

<sup>68</sup> Página 5 del archivo nº 001 del cuaderno 4 del expediente digital.

<sup>69</sup> Página 10 del archivo nº 001 del cuaderno 4 del expediente digital.

<sup>70</sup> Página 177 del archivo nº 001 del cuaderno 3 del expediente digital.

<sup>71</sup> Página 5 del archivo nº 005 del cuaderno 1 del expediente digital.

los entes de control, penales y disciplinarios, para que evaluarán tales actuaciones.

## **2. Naturaleza del cargo desempeñado por la accionante y del nombramiento correspondiente**

Por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley. Así está previsto por el artículo 125 de la Constitución Política, el cual establece así mismo que los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público, exigiendo que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se efectúe previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes.

En concordancia con lo previsto por la Constitución Política, la Ley 909 de 2004 clasificó dentro los empleos públicos, a aquellos de libre nombramiento y remoción (artículo 1º), que correspondieran a alguno de los siguientes criterios: *“Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices (...)”* y *“Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (...)”* (artículo 5).

En el caso que convoca la atención de esta Sala, se advierte que por Resolución nº 0185 del 31 de agosto de 2010, el gerente de EMPOCALDAS nombró a la señora Diana Orozco Rubio en el cargo de jefe de Gestión Humana, en libre nombramiento y remoción; empleo para el que tomó posesión el 1º de septiembre de 2010.

De conformidad con lo expuesto y atendiendo lo previsto en certificado expedido el 3 de julio de 2018 por el jefe del Departamento Administrativo y Financiero de EMPOCALDAS, el cargo que desempeñaba la demandante era de libre nombramiento y remoción y el nombramiento se realizó en esa condición.

## **3. Desvinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción**

Como se indicó anteriormente, una de las excepciones a la regla general del sistema de carrera administrativa es la de los empleos de libre

nombramiento y remoción, respecto de los cuales se exige el más alto grado de confianza para su desempeño, aspecto éste que permite o habilita al nominador respectivo a disponer libremente su provisión o retiro.

Bajo tal entendimiento, el literal a) y el párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, contempló la facultad discrecional de remover a los empleados que desempeñen un cargo de libre nombramiento y remoción, así:

**ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO.** *El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

*a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*

*(...)*

**PARÁGRAFO 2o.** *Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.*

*La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.*

#### **4. Motivación de los actos de declaratoria de insubsistencia de nombramientos hechos en empleos de libre nombramiento y remoción**

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido uniforme y pacífica<sup>72</sup> en

---

<sup>72</sup> Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado: **i)** 11 de noviembre de 2021 (Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández, radicación número: 25000-23-42-000-2016-03454-01(4673-18)); **ii)** 14 de octubre de 2021 (Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, radicación número: 25000-23-25-000-2010-00052-02(0974-14)); **iii)** 30 de septiembre de 2021 (Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número: 25000-23-42-000-2016-03778-01(2472-20)); **iv)** 24 de junio de 2021 (Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, radicación número: 08001-23-33-000-2012-00215-01(2803-14)); **v)** 24 de junio de 2021 (Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número: 08001-23-33-000-2016-00883-01(4078-19)); **vi)** 29 de abril de 2021 (Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández, radicación número: 18001-23-33-000-2014-00054-01(4190-17)); **vii)** 9 de abril de 2021 (Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés, radicación número: 68001-23-33-000-2014-00066-01(1575-15)); **viii)** 4 de marzo de 2021 (Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, radicación número: 25000-23-25-000-2012-00189-01(4527-16)); **ix)** 25 de febrero de 2021 (Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, radicación número: 25000-23-42-000-2013-06576-01(0934-17)); **x)** 18 de febrero de 2021 (Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación número: 68001-23-33-000-2017-00193-01(0417-19)); **xi)** 3 de diciembre de 2020 (Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández, radicación número: 25000-23-42-000-2012-00322-03(2121-16)); **xii)** 27 de noviembre de 2020 (Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación número: 25000-23-25-000-2012-00232-01(2280-18)); **xiii)** 27 de agosto de 2020 (Consejera

punto a que los actos de desvinculación de los empleados que se encuentran en cargos de libre nombramiento y remoción, no requieren expresar los motivos que llevan al nominador a adoptar dicha determinación, en la medida en que justamente la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza; a lo cual se suma el hecho que se presume que existe una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio y al interés general.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia del Alto Tribunal en lo Contencioso también ha sido clara en señalar que la discrecionalidad para declarar insubsistente a un funcionario en las condiciones antes indicadas, debe ser ejercida siempre dentro de los parámetros de la racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, y ha acogido los límites que para el ejercicio de dicha facultad identificó la Corte Constitucional en sentencia T-372 de 2012, esto es: **i)** debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente; **ii)** su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza; y **iii)** la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

## 5. Examen del caso concreto

Descendiendo al asunto que convoca la atención de esta Sala, se advierte que la parte actora alegó que el acto administrativo atacado, esto es, aquel con el cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento como jefe de Gestión Humana de EMPOCALDAS, se encuentra viciado de nulidad por: **i)** haber sido expedido por funcionario incompetente, si se tiene en cuenta que el señor Juan Pablo Alzate Ortega tenía en entredicho su nombramiento como gerente de la entidad; **ii)** no haber sido motivado; **iii)** producirse sin mediar justificación alguna, esto es, de manera arbitraria y con abuso de poder; **iv)**

---

Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación número: 66001-23-33-000-2013-00173-01(2203-14)); **xiv)** 27 de agosto de 2020 (Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, radicación número: 25000-23-42-000-2015-02038-01(0887-18)); **xv)** 2 de julio de 2020 (Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número: 20001-23-39-000-2016-00154-01(2896-17)); **xvi)** 2 de abril de 2020 (Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número: 50001-23-33-000-2014-00024-01(2190-2017)); **xvii)** 23 de enero de 2020 (Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número: 54001-23-33-000-2014-00135-01(3598-2015)); **xviii)** 15 de noviembre de 2018 (Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, radicación número: 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16)); **xix)** 20 de septiembre de 2018 (Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación número: 25000-23-25-000-2010-00739-01(4541-13)); **xx)** 18 de enero de 2018 (Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, radicación número: 15001-23-31-000-2011-00557-01(3889-15)); **xxi)** 8 de febrero de 2018 (Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, radicación número: 25000-23-25-000-2012-01184-01(2130-16)); **xxii)** 5 de octubre de 2017 (Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número: 75001-23-31-000-2007-00336-01(2310-11)); **xxiii)** 9 de marzo de 2017 (Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación número: 73001-23-33-000-2013-00447-01(4519-2014)).

no cumplir los requisitos de orden legal exigidos para la declaratoria de insubsistencia; **v)** no notificarlo en debida forma; y **vi)** no dejar anotación de la motivación en la respectiva hoja de vida del funcionario de libre nombramiento y remoción.

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia declaró la nulidad del acto demandado por considerar que el mismo se expidió por funcionario incompetente, pasa este Tribunal a determinar primeramente si, en efecto, ello fue así. En caso contrario, se analizarán los demás cargos de nulidad formulados.

Sobre la definición del vicio de nulidad por falta de competencia, el Consejo de Estado<sup>73</sup> ha señalado que:

*En efecto, la “competencia es la facultad o el poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer determinar función”<sup>74</sup>, razón por la cual la doctrina ha entendido que la incompetencia o falta de competencia se materializa cuando el autor profiere un acto pese que a no tenía el poder legal para expedirlo<sup>75</sup>, es decir, cuando la decisión se toma si estar facultado legalmente para ello.*

*En otras palabras, dicho reproche se configura cuando el acto es proferido por fuera de las competencias legales y constitucionales atribuidas al servidor público o la Corporación respectiva, esto es, por fuera de las “atribuciones que el ordenamiento jurídico ha otorgado”.<sup>76</sup>*

En otra providencia<sup>77</sup>, el Alto Tribunal en lo Contencioso expresó que “(...) el vicio de falta de competencia o incompetencia se presenta cuando el acto administrativo es expedido por quien ostenta la condición de funcionario público o por particular autorizado por la ley para ejercer función administrativa, pero lo hace por fuera de la esfera de atribuciones que la Constitución, la ley o el reglamento le han asignado; o no corresponde a los asuntos que por razón de la materia, el territorio, la persona, el grado funcional o jerárquico, o el tiempo inclusive, le son dables resolver”.

De conformidad con lo expuesto y atendiendo los hechos debidamente

---

<sup>73</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Dr. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia del 21 de junio de 2018. Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00512-01.

<sup>74</sup> Cita de cita: Rodríguez Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Temis, Bogotá, 2013, pág. 322

<sup>75</sup> Cita de cita: Carlos Betancourt Jaramillo. Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Bogotá, 2014, pág. 291

<sup>76</sup> Cita de cita: Rodríguez Libardo, Ob cit

<sup>77</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno (E). Sentencia del 7 de junio de 2012. Radicación número: 11001-0324-000-2006-00348-00.



acreditados en este asunto, el Tribunal concuerda con la Juez de primera instancia, en el sentido que el acto que declaró la insubsistencia del nombramiento hecho a la accionante, fue expedido por funcionario incompetente y, en tal sentido, es procedente declarar su nulidad.

En efecto, tal como lo señaló la Juez *a quo*, en sentencia del 22 de marzo de 2019<sup>78</sup>, proferida por esta misma Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, en demanda instaurada por el señor Juan Pablo Alzate Ortega contra EMPOCALDAS, se analizó si éste había ostentado la calidad de gerente de dicha entidad durante el período comprendido entre el 26 de febrero y el 25 de mayo de 2014, con el fin de reconocer las acreencias laborales reclamadas.

Luego de estudiar, con apoyo en sentencia C-621 de 2003, los efectos del registro en Cámara y Comercio de los actos de las sociedades constituidas en empresas de servicios públicos, el Tribunal consideró que aun cuando la inscripción del nombramiento del nuevo gerente de EMPOCALDAS en el Registro Mercantil, no cobró firmeza sino hasta el mes de octubre de 2014, debido a los recursos interpuestos contra los actos de inscripción efectuados por la sociedad ante la Cámara de Comercio de Manizales en dos oportunidades, lo cierto es que la permanencia en el Registro Mercantil de la inscripción del nombre de quien venía ejerciendo la representación legal de la sociedad, esto es, del señor Juan Pablo Alzate Ortega, se mantuvo una vez producida la causa de su desvinculación –designación de un nuevo gerente por la Junta Directiva de la entidad el 7 de noviembre de 2013–, hasta el 7 de diciembre de 2013, como una forma de garantía a los intereses de terceros y por razones de seguridad jurídica. Lo anterior, ya que, conforme lo señaló la Corte Constitucional en el fallo referido, *“pasado el término de treinta días, y mediando comunicación del interesado sobre el hecho de su desvinculación, dicha inscripción adquiere un carácter meramente formal”*.

En ese sentido, se negaron las acreencias laborales reclamadas con posterioridad al 7 de diciembre de 2013, pues a partir de esta fecha, la inscripción del señor Juan Pablo Alzate Ortega en el Registro Mercantil como gerente de EMPOCALDAS, adquirió un carácter meramente formal, pues no puede ligarse por un tiempo indefinido a quien venía ejerciendo el cargo de representante legal de una sociedad después de ocurrida cualquier causa de desvinculación del mismo, pese a que la inscripción del nuevo gerente o representante legal de la entidad no pueda materializarse por cualquier circunstancia, como acaeció en el presente caso.

---

<sup>78</sup> Tribunal Administrativo de Caldas. Sala Quinta de Decisión. Magistrado Ponente: Dr. Augusto Ramón Chávez Marín. Sentencia del 22 de marzo de 2019. Radicación número: 17001-23-33-000-2016-00010-00.

La referida sentencia del 22 de marzo de 2019, fue confirmada por el Consejo de Estado en providencia del 21 de octubre de 2021<sup>79</sup>, en la cual corroboró que la firmeza de la inscripción en el Registro Mercantil de la designación del nuevo gerente de EMPOCALDAS, no afecta la validez de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor Juan Pablo Álzate Ortega, puesto que la inscripción en el Registro Mercantil del representante legal ante la Cámara de Comercio respectiva, no impide el ejercicio normal de quien es designado, ya que esta actividad administrativa es una formalidad que tiene por objeto informar la situación jurídica de la empresa que se encuentra inscrita. De dicho fallo se traen a colación los siguientes apartes, por considerarlos relevantes:

*Ahora, como el señor Juan Pablo Álzate Ortega alegó en el recurso de apelación que es dable el reconocimiento y pago de salarios por cuanto mantuvo la calidad de representante legal de la Empresa de Obras Sanitarias de Caldas S.A. E.S.P. hasta el 25 de septiembre de 2014, es necesario conocer los efectos del registro mercantil en la Cámara de Comercio de la designación del Gerente General.*

*En tal sentido, de acuerdo con el artículo 78 del Código de Comercio<sup>80</sup>, las Cámaras de Comercio son instituciones de orden legal, de carácter gremial y con personería jurídica, además, dentro de sus funciones se encuentra la de llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos, función esta que se torna de naturaleza pública, es decir, que son particulares que ejercen funciones públicas. Sobre el particular, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido<sup>81</sup>:*

*“(...) A las cámaras de comercio la Ley confía la función de llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos (C de Co art. 86). El origen legal del registro, la obligatoriedad de inscribir en él ciertos actos y documentos, el valor vinculante de las certificaciones que se expiden, la regulación legal y no convencional relativa a su organización y a las actuaciones derivadas del mismo, el relieve esencial que adquiere como pieza central del Código de Comercio y de la dinámica corporativa y contractual que allí se recoge, entre otras razones, justifican y explican el carácter de función pública que exhibe la*

---

<sup>79</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 21 de octubre de 2021. Radicación número: 17001-23-33-000-2016-00010-01(2869-19).

<sup>80</sup> Cita de cita: “(...) ARTÍCULO 78. DEFINICIÓN DE CÁMARA DE COMERCIO. Las cámaras de comercio son instituciones de orden legal con personería jurídica, creadas por el Gobierno Nacional, de oficio o a petición de los comerciantes del territorio donde hayan de operar. Dichas entidades serán representadas por sus respectivos presidentes. (...)”.

<sup>81</sup> Cita de cita: CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-144 del 20 de abril de 1993, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*organización y administración del registro mercantil (...)."*

*Por su parte, registro mercantil es aquella actividad administrativa que tiene por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad, concretamente, el artículo 28 ibídem señaló el tipo de actos, personas y documentos que debían registrarse en éste, veamos:*

*"(...) 1) Las personas que ejerzan profesionalmente el comercio y sus auxiliares, tales como los comisionistas, corredores, agentes, representantes de firmas nacionales o extranjeras, quienes lo harán dentro del mes siguiente a la fecha en que inicien actividades;*

*2) Las capitulaciones matrimoniales y las liquidaciones de sociedades conyugales, cuando el marido y la mujer o alguno de ellos sea comerciante;*

*3) La interdicción judicial pronunciada contra comerciantes; las providencias en que se imponga a estos la prohibición de ejercer el comercio; los concordatos preventivos y los celebrados dentro del proceso de quiebra; la declaración de quiebra y el nombramiento de síndico de ésta y su remoción; la posesión de cargos públicos que inhabiliten para el ejercicio del comercio, y en general, las incapacidades o inhabilidades previstas en la ley para ser comerciante;*

*4) Las autorizaciones que, conforme a la ley, se otorguen a los menores para ejercer el comercio, y la revocación de las mismas;*

*5) Todo acto en virtud del cual se confiera, modifique o revoque la administración parcial o general de bienes o negocios del comerciante;*

*6) La apertura de establecimientos de comercio y de sucursales, y los actos que modifiquen o afecten la propiedad de los mismos o su administración;*

*7) Los libros de registro de socios o accionistas, y los de actas de asamblea y juntas de socios.*

*8) Los embargos y demandas civiles relacionados con derechos cuya mutación esté sujeta a registro mercantil;*

*9) La constitución, adiciones o reformas estatutarias y la liquidación de sociedades comerciales, así como la designación de representantes legales y liquidadores, y su remoción. Las compañías vigiladas por la Superintendencia de Sociedades deberán cumplir, además de la formalidad del registro, los requisitos previstos en las disposiciones legales que regulan dicha vigilancia, y*

*10) Los demás actos y documentos cuyo registro mercantil ordene la ley.*

*(...)"*. (Lo subrayado y resaltado en negrilla es de la Sala).

*Ahora bien, en relación con los efectos propios de registro mercantil en la Cámara de Comercio de la designación del Gerente General, el artículo 164 del Código de Comercio dispuso que las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, deberán conservar esta condición hasta tanto no sea cancelada dicha*

inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección. No obstante, la Corte Constitucional<sup>82</sup> al estudiar la demanda de inconstitucionalidad en contra del citado articulado, precisó lo siguiente:

*“(…) Por todo lo anterior la Corte concluye que las normas demandadas no pueden ser consideradas constitucionales, sino bajo el entendido de que la responsabilidad que endilgan a los representantes legales y revisores fiscales salientes de sus cargos, mientras se registra un nuevo nombramiento, no puede carecer de límites temporales y materiales. Dichos límites temporales y materiales implican que: (i) Se reconozca que existe un derecho a que se cancele la inscripción del nombramiento del representante legal o del revisor fiscal en todas las oportunidades en que por cualquier circunstancia cesan en el ejercicio de sus funciones. Este derecho acarrea la obligación correlativa de los órganos sociales competentes en cada caso, de proveer el reemplazo y registrar el nuevo nombramiento. (ii) Para el nombramiento del reemplazo y el registro del nuevo nombramiento se deben observar, en primer lugar, las previsiones contenidas en los estatutos sociales. (iii) Si los estatutos sociales no prevén expresamente un término dentro del cual debe proveerse el reemplazo del representante legal o del revisor fiscal saliente, los órganos sociales encargados de hacer el nombramiento deberán producirlo dentro del plazo de treinta días, contados a partir del momento de la renuncia, remoción, incapacidad, muerte, finalización del término estipulado, o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo. Durante este lapso la persona que lo viene desempeñando continuará ejerciéndolo con la plenitud de las responsabilidades y derechos inherentes a él. A esta conclusión arriba la Corte, aplicando por analogía las normas que regulan la terminación del contrato de trabajo a término indefinido, contenidas en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 5° del Decreto Ley 2351 de 1956. (iv) Pasado el término anterior sin que el órgano social competente haya procedido a nombrar y registrar el nombramiento de un nuevo representante legal o revisor fiscal, termina la responsabilidad legal del que cesa en el ejercicio de esas funciones, incluida la responsabilidad penal. No obstante, para efectos de la cesación de la responsabilidad a que se acaba de hacer referencia, el representante legal o el revisor fiscal saliente debe dar aviso a la Cámara de Comercio respectiva, a fin de que esa información se incorpore en el certificado de existencia y representación legal correspondiente a la sociedad. (v) Si vencido el término de treinta días y mediando la comunicación del interesado a la Cámara de Comercio sobre la causa de su retiro no se produce y registra el nuevo nombramiento de quien reemplazará al*

---

<sup>82</sup> Cita de cita: CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-621 de 29 de julio de 2003, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 164 y 442 del Código de Comercio, M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

*representante legal o al revisor fiscal saliente, este seguirá figurando en el registro mercantil en calidad de tal, pero únicamente para efectos procesales, judiciales o administrativos, sin perjuicio de las acciones que pueda interponer en contra de la sociedad por los perjuicios que esta situación pueda irrogarle. (vi) No obstante todo lo anterior, la falta de publicidad de la causa que da origen a la terminación de la representación legal o de la revisoría fiscal, hace inoponible el acto o hecho frente a terceros, ante quienes el representante legal o revisor fiscal que figure registrado como tal continuará respondiendo para todos los efectos legales.*

**Los anteriores condicionamientos hacen que la permanencia en el registro mercantil de la inscripción del nombre de quien venía ejerciendo la representación legal o la revisoría fiscal de la sociedad se mantenga una vez producida la causa de su desvinculación, como una forma de garantía a los intereses de terceros y por razones de seguridad jurídica. Empero, pasado el término de treinta días, y mediando comunicación del interesado sobre el hecho de su desvinculación, dicha inscripción adquiere un carácter meramente formal.**

(...)”. (Lo subrayado y resaltado en negrilla es de la Sala).

Con fundamento en lo anterior es dable concluir que, si bien el artículo 164 del Código de Comercio dispuso que los representantes legales y los revisores fiscales ostentarían tal condición hasta que no fuera cancelada su inscripción de un nuevo nombramiento, la Corte Constitucional moduló tales efectos, dado que precisó que si los estatutos sociales no preveían expresamente un término dentro del cual debía proveerse tal reemplazo, los órganos sociales encargados, por ejemplo, la junta Directiva, debía efectuarlo dentro del plazo de 30 días, pues pasado este término, esta inscripción tendía un efecto meramente formal.

Por ende, la revocatoria de la inscripción del nombramiento del señor Juan David Peláez Castro por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio «efectuada a través de la Resolución 31814 del 15 de mayo de 2014» por asuntos netamente formales<sup>83</sup>, de modo alguno cuestiona la validez de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor Juan Pablo Álzate Ortega, puesto que la inscripción del registro mercantil del representante legal ante la Cámara de Comercio respectiva, no impide el ejercicio normal de quien fuera designado, ya que esta actividad administrativa es una formalidad que tiene por objeto informar la situación jurídica de la empresa que se encuentra inscrita.

---

<sup>83</sup> Cita de cita: Información tomada de la Resolución 32814 del 15 de mayo de 2014 en donde se expresó “(...) al no estar el acta firmada por el Representante Legal, inscrito en el registro mercantil, para la fecha en que se efectuó el procedimiento de votación por escrito, no constituye un documento para registro, a la luz de lo preceptuado en el artículo 21 de la ley 222 de 1995 y por tanto la Cámara de Comercio de Manizales, debió abstenerse de efectuar la inscripción del acto sujeto de registro que consta en ella (...)”.

*En efecto, contrario de lo que sucede con la instrucción de los representantes legales en el registro mercantil, el cual es de carácter constitutivo, el registro del nombramiento de los miembros de la junta directiva es meramente declarativo, lo cual significa que las decisiones que toma la junta nombrada y no inscrita, son válidas y vinculantes, si se adopta en cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, en atención a que estos pueden actuar desde el momento mismo de la aceptación del cargo, lo cual sucedió en el presente caso al momento en que el señor Juan David Peláez Castro se posesionó como Gerente General de la Empresa de Obras Públicas Sanitarias de Caldas.*

*Ahora, aun cuando el nombre del señor Juan Pablo Álzate Ortega permaneció en el registro mercantil como representante legal de la Empresa de Obras Sanitarias de Caldas S .A. E.S.P., hasta el 25 de septiembre de 2014, no se puede desconocer lo dispuesto por la Corte Constitucional<sup>84</sup> en tanto moduló los efectos del artículo 164 del Código de Comercio<sup>85</sup>, en el sentido en que señaló que la permanencia en el registro mercantil de la inscripción del nombre de quien venía ejerciendo tal cargo, solo se podría mantener por un término no mayor a 30 días, como una forma de garantía a los intereses de terceros y por razones de seguridad jurídica.*

*Así las cosas, no es posible reconocer acreencias laborales al señor Juan Pablo Álzate Ortega, pues, además de que no puede mantenerse indefinidamente su vinculación después de que fue declarado insubsistente su nombramiento por una circunstancia formal, como lo es la perduración en el tiempo del registro mercantil sin haber prestado sus servicios, el acto administrativo por medio del cual se adoptó tal determinación, en ningún momento fue enjuiciado.*

*El hecho de que se le hubiesen cancelado algunos salarios después de su declaratoria de insubsistencia, fue porque el demandante se empeñó en permanecer en el cargo de Gerente General, pero ello no da lugar a que, a juicio de la Sala, se le reconozcan unas serie de prestaciones que no tienen sustento alguno; en efecto, pues tampoco demostró los elementos esenciales para la consagración de un funcionario de hecho, porque no fue posible determinar el desempeño de sus funciones, con lo cual es dable concluir que, el demandante no logró acreditar bajo los supuestos de la carga de la prueba impuestos por el artículo 167 del Código General del Proceso por medio del cual “(...) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)”. (Negrilla y líneas son del texto).*

---

<sup>84</sup> Cita de cita: CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-621 de 29 de julio de 2003, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 164 y 442 del Código de Comercio, M. P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>85</sup> Cita de cita: “(...) ARTÍCULO 164. CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN-CASOS QUE NO REQUIEREN NUEVA INSCRIPCIÓN. Las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección. (...)”.

Establecido que el señor Juan Pablo Álzate Ortega sólo estuvo vinculado con EMPOCALDAS en el cargo de gerente hasta cuando fue declarado insubsistente su nombramiento, esto es, hasta el 7 de noviembre de 2013; fecha que por garantía a los intereses de terceros y por razones de seguridad jurídica se extiende 30 días calendario más, es decir, hasta el 7 de diciembre de 2013, es evidente que para cuando aquel expidió la Resolución nº 0297 (11 de agosto de 2014), con la cual declaró insubsistente el nombramiento hecho a la señora Diana Orozco Rubio como jefe de Gestión Humana, no tenía competencia alguna para adoptar dicha determinación.

Luego entonces, el acto demandado sí se encuentra viciado de nulidad por haber sido expedido por funcionario incompetente.

#### **6. Procedencia de ordenar el reconocimiento y pago de perjuicios morales**

Solicitó la parte actora el reconocimiento y pago de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño moral, a raíz de, según se precisa en el recurso de apelación y en los alegatos de segunda instancia, la persecución y el acoso laboral por parte del señor Juan Pablo Alzate Ortega, quién a través de artimañas ilegales declaró la insubsistencia del nombramiento que ostentaba la demandante como jefe de Gestión Humana de EMPOCALDAS, sin tener competencia para ello; así como del agobio, la señalización y las acusaciones falaces de su desempeño profesional, laboral y personal, que intimidaban el pleno desarrollo y dignidad, y frustraron sus altas expectativas profesionales.

El Consejo de Estado<sup>86</sup> ha precisado que *“Quien pretende el reconocimiento de esta clase de perjuicios [morales] debe acreditar la ocurrencia de los mismos, salvo en aquellos casos en que se presumen<sup>87</sup>. Al respecto, se ha indicado que para que proceda el reconocimiento de la indemnización por concepto de perjuicios morales, es necesario convencer plenamente al juez de la existencia de un padecimiento causado con ocasión de la expedición del acto que se demanda, de tal manera que este, dentro de su discrecionalidad judicial, determine la magnitud del dolor padecido y con fundamento en él, la indemnización a reconocer”*.

Analizado el expediente, el Tribunal considera que no existe prueba alguna que acredite la afectación moral que supuestamente padeció la señora Diana

---

<sup>86</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de julio de 2018. Radicación número: 52001-23-31-000-2011-00207-01(0501-17).

<sup>87</sup> Cita de cita: Por cuestiones de parentesco se presumen cuando se produjo la muerte de un ser querido, cuando alguien fue privado de su libertad o cuando existen daños en la salud. Sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2014, Sección Tercera. Expediente: 31172.

Orozco Rubio, más allá de las inferencias que la parte actora pretende que esta Corporación haga con ocasión de su desvinculación de EMPOCALDAS, lo que es evidentemente improcedente.

Debe precisarse que el supuesto mal proceder del señor Juan Pablo Alzate Ortega, no tiene el alcance, como lo alega la parte demandante, de configurar los perjuicios morales solicitados, si se tiene en cuenta que éstos hacen referencia a la aflicción, dolor, angustia y otros padecimientos que sufre una persona con ocasión de un evento dañoso; lo cual, como se dijo, no está demostrado en el proceso.

Tampoco se acreditan perjuicios morales por el solo hecho que la entidad accionada afirmara en la contestación de la demanda que la accionante no prestaba la confianza necesaria en el desarrollo de su cargo, o que existía mal desempeño laboral, pues tales manifestaciones, cuya veracidad no se analizó en este asunto, no son anteriores o concomitantes al acto administrativo demandado que, incluso, se abstuvo de consignar los motivos que llevaron a su expedición.

Al no haber prueba del perjuicio que se alega, no es procedente acceder a su reconocimiento.

## **7. Responsabilidad del llamado en garantía**

El llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual, que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso correspondiente. Se trata de una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte principal que lo cita y según la cual aquél debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena contra el llamante.

El artículo 225 del CPACA, regula la figura del llamamiento en garantía así:

**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.*

*El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.*

Existe también la posibilidad de llamar en garantía al servidor público que se considera obró con dolo o culpa grave y que generó el daño antijurídico, para que dentro del mismo litigio se determine su posible responsabilidad patrimonial. Lo anterior con el propósito de materializar el principio de economía procesal. Este tipo de llamamiento se encuentra previsto en la Ley 678 de 2001, de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 19. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.** *Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.*

**PARÁGRAFO.** *La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.*

La jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>88</sup> ha diferenciado ambos

---

<sup>88</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Auto del 6 de diciembre de 2018. Radicación número: 41001-23-33-000-2016-00030-02(59222).

llamamientos en garantía de la siguiente manera:

*En este orden de ideas, de una parte, el llamamiento en garantía previsto en el artículo 225 de la Ley 1437 de 2011 tiene como finalidad convocar a un tercero, en virtud de una relación legal o contractual, para que responda por la posible condena y, de otra, el llamamiento en garantía con fines de repetición busca convocar al servidor o ex servidor público, dentro de un proceso en el que una entidad pública es demandada, para que concurre al pago de los perjuicios que hubiera podido ocasionar por su dolo o culpa grave. Ambas figuras compatibles con el trámite de reparación directa en el que se pretende la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la administración.*

*El Despacho sostiene, en consecuencia, que la Ley 678 de 2001 regula una modalidad específica del llamamiento en garantía, que no puede entenderse derogada o reformada por las disposiciones de la Ley 1437 de 2011, en tanto en condiciones de especialidad, la primera de las mencionadas normas reguló, bajo unos específicos presupuestos, la posibilidad de hacer comparecer al proceso de responsabilidad al agente o ex agente estatal, figura que es claramente diferenciable del llamamiento fundado en la existencia de cualquier otra relación sustancial de índole legal o contractual.*

Analizado el llamamiento en garantía hecho por EMPOCALDAS al señor Juan Pablo Alzate Ortega, quien expidió el acto atacado aduciendo condición de gerente de dicha entidad, se observa que la vinculación de aquél se hizo con fines de repetición, conforme lo permite el artículo 19 de la Ley 678 de 2001.

La acción de repetición surgió como un mecanismo otorgado al Estado con el propósito de obtener el reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente en una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o dolosa de un servidor público o de un particular investido de funciones públicas. Así las cosas, la finalidad de dicho instrumento es la protección del patrimonio estatal necesario para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho.

El inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política estableció la acción de repetición en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 90.** *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.*

En desarrollo de lo previsto por la Constitución Política, la Ley 678 de 2001 reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de dos mecanismos judiciales: la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición. El artículo 2 de la citada ley previó:

**ARTÍCULO 2o. ACCIÓN DE REPETICIÓN.** *La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.*

(...)

La referida disposición determinó igualmente la finalidad de la acción, la obligatoriedad de las entidades del Estado a promoverla, sus aspectos procesales, el llamamiento en garantía y las medidas cautelares procedentes. Incluyó también las definiciones de dolo y culpa grave y sus presunciones.

En este punto conviene precisar que el llamamiento en garantía con fines de repetición debe analizarse en este caso sin las modificaciones que la Ley 2195 de 2022 introdujo a la Ley 678 de 2001.

Atendiendo pues la normativa que regula la materia, para establecer la responsabilidad del llamado en garantía con fines de repetición, debe acreditarse la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor.

La actuación dolosa o gravemente culposa del servidor público se erige como una exigencia para la procedencia de la acción de repetición o del llamamiento con fines de repetición, como quiera que se trata de una acción personal, en la cual se valora y juzga el comportamiento del funcionario, servidor público o agente estatal, en la producción de un determinado daño que ha sido previamente resarcido por el Estado.

En consecuencia, es necesario determinar el grado volitivo y cognoscitivo de la actuación del servidor público, puesto que solamente en la medida que la

conducta se haya desplegado en los grados de culpa grave o dolo, será procedente la acción de repetición o el llamamiento con fines de repetición.

En relación con la calificación de la conducta del servidor público, la Ley 678 de 2001 definió en sus artículos 5 y 6 los conceptos de dolo y culpa grave, en los siguientes términos:

**ARTÍCULO 5o. DOLO.** *La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.*

*Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:*

- 1. Obrar con desviación de poder.*
- 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*
- 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.*
- 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
- 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.*

**ARTÍCULO 6o. CULPA GRAVE.** *La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.*

*Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:*

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
- 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de (sic) decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
- 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.*
- 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal. (Líneas fuera de*

texto).

La norma en cita consagró algunas presunciones legales a efectos de facilitar la prueba del dolo o la culpa grave del agente estatal, pero aquellas no operan automáticamente, sino que requieren el estudio integral de la conducta del implicado. Significa lo anterior que debe establecerse el grado volitivo y cognoscitivo del actuar del servidor o ex servidor público, puesto que solamente en la medida que la conducta esté enmarcada en los grados de culpa grave o dolo, será procedente la acción de repetición o el llamamiento con fines de repetición. Así lo ha explicado el Consejo de Estado<sup>89</sup>:

*Frente a estos conceptos, el Consejo de Estado<sup>90</sup> ha señalado que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Así mismo, es necesario tener en cuenta otros conceptos como los de buena y mala fe que están contenidos en la Constitución Política<sup>91</sup> y en la ley, a propósito de algunas instituciones como por ejemplo contratos, bienes y familia.*

*En consideración a lo anterior, la Sala<sup>92</sup> ha explicado que para determinar la responsabilidad personal de los agentes, ex agentes estatales o particulares investidos de funciones públicas, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta, necesariamente, el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento se debió a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas –actuación dolosa–, o si al actuar pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar y aún así lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo –actuación gravemente culposa–.*

---

<sup>89</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección 'A'. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 27 de abril de 2011. Radicación: 52001-23-31-000-1998-00157-01(19192).

<sup>90</sup> Cita de la cita: Sección Tercera, sentencia de agosto 31 de 1999, exp. 10865, reiterada en muchas otras decisiones.

<sup>91</sup> Cita de la cita: El artículo 83 Constitucional reza: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

<sup>92</sup> Cita de la cita: Sección Tercera, sentencia de noviembre 27 de 2006, exp. 23049.

*Es claro entonces que se trata de establecer una responsabilidad subjetiva cualificada, en la cual juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, **no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico permitirá deducir la responsabilidad del agente**, ex agente estatal o particular en ejercicio de funciones públicas y, por ello, resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta. (Resalta el Tribunal).*

Precisó el Alto Tribunal en otra de sus providencias<sup>93</sup>, que:

*Dicho lo anterior, era obligación de la parte actora allegar los medios probatorios suficientes que le permitieran al fallador concluir con plena certeza que la conducta de los demandados en la declaratoria de insubsistencia fue a título (sic) de dolo o culpa grave, situación que no se presentó, ya que la apoderada se limitó a establecer que los demandados actuaron de manera negligente en el nombramiento de la Dra. Álvarez, por cuanto no observaron lo dispuesto por la Resolución No. 2687 del 28 de julio de 1998 por la cual se estableció el Manual Específico (sic) de Funciones y Requisitos de los diferentes empleos de la planta de personal de la Superintendencia de Notariado y Registro y Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, la cual disponía como requisitos para el cargo de Secretario General lo siguiente, “título de formación universitaria o profesional en Derecho, Administración de empresas, Ingeniería Industrial, Administración Pública, Economía y título de formación avanzada o de postgrado en un área relacionada con las funciones del cargo”, hecho este cierto, por cuanto de la hoja de vida de la Dra. Álvarez no se observa ningún estudio de postgrado.*

(...)

*Es así como, se puede concluir que la entidad demandada fundamentó su decisión de presentar la demanda de repetición con base en la presunción establecida en el artículo 5 numeral 3 de la Ley 678 de 2001, y la sentencia condenatoria del Consejo de Estado, en la cual se declaró que el acto administrativo por el cual se declaró la insubsistencia del Doctor Casado se hizo con falsa motivación, elementos estos insuficientes para establecer el actuar doloso o gravemente culposo por parte de los demandados, como ya quedó establecido.*

Habiendo consagrado los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001 presunciones de dolo y culpa grave, es necesario acudir para su entendimiento a la definición de *presunción* contenida en el artículo 66 del Código Civil:

**ARTICULO 66. PRESUNCIONES.** *Se dice presumirse el hecho que se*

---

<sup>93</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección 'C'. Consejera Ponente: Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz. Sentencia del 25 de julio de 2011. Radicación número: 25000-23-26-000-2007-00323-02(39419)

*deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.*

*Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.*

*Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.*

Conforme a lo anterior, y dado que las referidas presunciones de la Ley 678 de 2001 no fueron catalogadas expresamente como *de derecho*, admiten, por tanto, prueba en contrario.

En los términos expuestos, pasa este Tribunal a analizar si en el presente asunto se acreditó la conducta dolosa o gravemente culposa del llamado en garantía, que dé lugar a declararlo responsable patrimonialmente en la condena que se impone en este proceso.

Se recuerda que en la sentencia de primera instancia, la Juez consideró que el señor Juan Pablo Alzate Ortega incurrió en una conducta gravemente culposa, puesto que, dadas sus condiciones personales y el cargo que ocupó, es evidente que no le eran desconocidas las limitaciones impuestas al ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, sobre todo cuando había sido removido del cargo y si bien alegaba que tal remoción no fue inscrita en el Registro Mercantil, sí conocía de un nuevo nombramiento de gerente de la entidad, lo que lo colocaba en situación de absoluta incompetencia para la expedición de actos administrativos o por lo menos en condiciones de actuar de manera prudente.

Este Tribunal comparte la posición de la Juez de primera instancia, en tanto la conducta asumida por el señor Juan Pablo Alzate Ortega se enmarca en una carencia absoluta de competencia que estuvo determinada por un error inexcusable, si se tiene en cuenta que:

- a) Desconoció la decisión adoptada por la Junta Directiva de EMPOCALDAS, de retirarlo del cargo de gerente y de nombrar como reemplazo al señor Juan David Peláez Castro; oponiéndose a la ejecución de la misma por vía de hecho, y no a través de los mecanismos legales correspondientes, como hubiese sido demandar el acto de declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.
- b) Pese a conocer que su cargo era de libre nombramiento y remoción, que

una de sus funciones como gerente era justamente cumplir las decisiones de la Junta Directiva de EMPOCALDAS, que no existía acto de nombramiento alguno que lo facultara para realizar actos en condición de gerente de la entidad, y que incluso la Junta Directiva ya había designado a alguien más para ocupar el cargo de gerente, el señor Juan Pablo Alzate Ortega impidió deliberada y prácticamente a la fuerza, el ejercicio de las funciones que como tal le correspondían al señor Juan David Peláez Castro; valiéndose de la situación administrativa por incapacidad en la que éste se encontraba para mayo de 2014.

- c) De manera imprudente, no previendo la irregularidad en que incurría, pudiendo hacerlo, desatendió la petición hecha por el secretario general de la empresa, en el sentido de abstenerse de firmar documentos en calidad de gerente de EMPOCALDAS, hasta tanto no se resolviera jurídicamente su inconformidad con la inscripción en el Registro Mercantil.
- d) No obstante que en su momento se debatían los efectos del registro en la Cámara de Comercio del nuevo acto de nombramiento del señor Juan David Peláez Castro, el llamado en garantía confió imprudentemente en que su criterio era el acertado y, con base en ello, adoptó decisiones tan trascendentales para la entidad como disponer del cargo de jefe Gestión Humana.

En ese orden de ideas, para este Tribunal no se trató de cualquier equivocación ni de cualquier error de juicio del agente que desconociera el ordenamiento jurídico, sino de una conducta gravemente culposa determinada por un error inexcusable, que no fue desvirtuada por el señor Juan Pablo Alzate Ortega, pues ni siquiera contestó la demanda, absteniéndose de aportar elementos probatorios que permitieran desestimar su vinculación al proceso como llamado en garantía.

Así pues, se confirmará igualmente la decisión adoptada por la Juez a quo en punto al llamado en garantía, precisando que no es procedente la solicitud que de manera subsidiaria hizo EMPOCALDAS en su recurso de apelación, tendiente a que se disponga que el pago de la condena sea directamente asumido por el llamado en garantía. Lo anterior, por cuanto ello desconocería la naturaleza del llamamiento en garantía, ya que, como se dijo al inicio de este acápite, dicha figura procesal se fundamenta en la existencia de un derecho que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como



producto de la sentencia o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso correspondiente. No puede pasarse por alto que el llamamiento en garantía es una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte que lo cita, en este caso, EMPOCALDAS, quien en todo caso, como entidad demandada en este asunto, debe responder directamente a la demandante por la condena que aquí se ha impuesto.

### **Conclusión**

De acuerdo con el marco jurídico y jurisprudencial analizado, en concordancia con las pruebas recaudadas en el proceso, esta Sala de Decisión considera que en este caso se configuró la causal de nulidad del acto atacado por haber sido expedido por funcionario incompetente. Adicionalmente, concuerda el Tribunal con la declaratoria de responsabilidad del llamado en garantía con fines de repetición.

Así pues, esta Corporación considera que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales amerita ser confirmada.

### **Costas**

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que la demanda y los recursos hubieren sido presentados con manifiesta carencia de fundamento legal, como lo exige la norma.

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

### **FALLA**

**Primero.** CONFÍRMASE la sentencia del treinta (30) de enero de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Diana Orozco Rubio contra EMPOCALDAS, y al cual se llamó

en garantía al señor Juan Pablo Alzate Ortega.

**Segundo.** **ABSTIÉNESE** de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

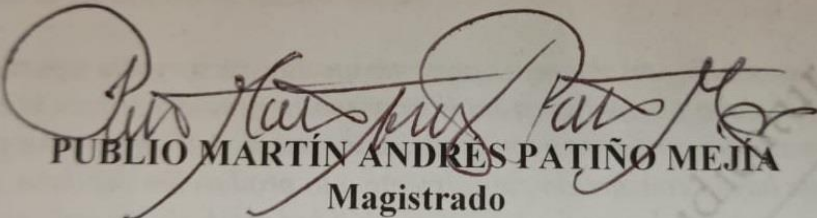
**Tercero.** **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

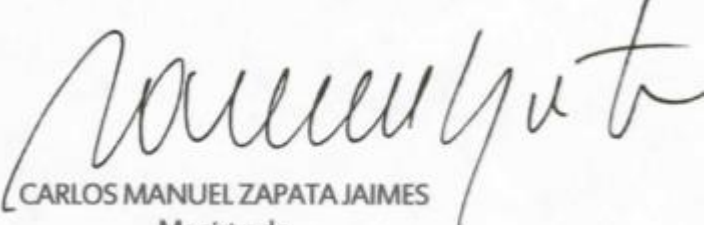
**Notifíquese y cúmplase**



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN  
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA  
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES  
Magistrado



## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

*-Dra. Liliana Eugenia García Maya-*

Manizales, cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala de Conjueces a emitir decisión al respecto de la aprobación o improbación del acuerdo conciliatorio al que llegaron el demandante **Dr. MARIO FERNANDO NOREÑA CHICA** y la demandada **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERCHO**, identificado con el radicado n° **17001233300020210013400**, con ponencia de la Conjuez **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y con la revisión de los Conjueces **Dr. JORGE IVAN LOPEZ DIAZ** y el **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ**, en ejercicio del derecho procesal que le asiste a las partes, de llegar a un acuerdo de arreglo que termine el conflicto en cualquier etapa del proceso, conforme lo dispone la Ley 2220 de 2022 que derogó la Ley 640 de 2001 en concordancia con el numeral 8° del artículo 180 del CPACA.

#### 1. OBJETO DE LA DECISIÓN Y ASUNTO

Procede la Sala de Conjueces a estudiar el acuerdo conciliatorio al que llegaron el doctor **MARIO FERNANDO NOREÑA CHICA** demandante y la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** a través de su apoderado, por cuenta del medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERCHO** identificada con el radicado n° **17001233300020210013400** y ejercicio del agotamiento del requisito de procedibilidad contemplado en el numeral 1° del artículo 161 del CPACA en concordancia con el numeral 8° del artículo 180 ibidem y con los *artículos 67 y 99 de la Ley 2220 de 2022* que derogó la *Ley 640 de 2001* y 73 de la Ley 446 de 1998.

#### 2. ASUNTO

Se trata de analizar la legalidad del acuerdo conciliatorio judicial al cual llegaron los sujetos procesales, demandante y demandado, dentro de este medio de control, con el fin de determinar si se aprueba o por el contrario se imprueba y se da vía libre para que se continúe con el trámite legal a que haya lugar.

### **3. DECLARACIONES Y CONDENAS**

#### **3.1 Declaraciones y condenas.**

1. Inaplicar por inconstitucional e ilegal la expresión *“El treinta por ciento (30%) de esta remuneración se considera prima especial sin carácter salarial, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, aplicable a los Jueces de la Republica”*, contenida en el artículo 10º del Decreto 186 de 2014, y Decretos 1257 de 2015, 245 de 2016, 1013 de 2017 y 337 de 2018, y demás decretos expedidos con posterioridad que tengan incidencia en los efectos reclamados, y se adecue en el entendido de que la prima especial, debe tenerse como una adición, incremento, agregado o plus al salario, es decir, condicionándolo a una interpretación ajustada a los principios constitucionales y legales.
2. Reliquidar y pagar a mi poderdante desde el 8 de septiembre de 2016, hasta la fecha y en adelante, mientras permanezca vinculado, todas sus prestaciones sociales y salariales, tales como, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, cesantías, bonificación anual por servicios prestados, cotización a seguridad social y demás prestaciones y emolumentos que se puedan ver incididos y que en el futuro se establezcan, tendiendo como base el 100% de su remuneración mensual legalmente establecida, incluyendo en la base de liquidación con carácter salarial el 30% de esta que se ha tomado para darle el título de prima especial sin carácter salarial prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, por lo que hasta ahora la Procuraduría General de la Nación me ha liquidado todas las prestaciones con el 70% de salario mensual efectivamente devengado.
3. Reconocer y pagar a mi procurado judicial desde el 8 de septiembre de 2016 hasta la fecha efectiva del pago, el valor de las diferencias salariales y prestacionales existentes entre lo liquidado hasta ahora por la procuraduría General de la Nación con el 70% de su remuneración mensual y la liquidación de todas sus prestaciones con la inclusión del 30% de esta se ha tenido como prima especial sin carácter salarial contenida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.
4. Reconocer y pagar desde el 8 de septiembre de 2016, hasta la fecha y en adelante, mientras permanezca vinculado, la prima especial sin carácter salarial equivalente al 30% de su remuneración mensual legalmente establecida, prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, como

incremento, adición, agregado o plus al salario, que hasta ahora no se le ha reconocido ni pagado.

5. Reconocer y pagar desde el 8 de septiembre de 2016 hasta la fecha y en adelante, mientras permanezca vinculado, el 30% de su remuneración mensual legal, que hasta ahora no se le ha cancelado, ya que este porcentaje lo relaciona en los pagos como prima sin carácter salarial, siendo en verdad, parte de su salario legalmente establecido.
6. Indexar y actualizar los valores anteriores, de acuerdo al IPC, con el reconocimiento de intereses moratorios.

#### 4. HECHOS

El **Dr. MARIO FERNANDO NOREÑA CHICA** viene ocupando el cargo de **PROCURADOR 255 JUDICIAL I PENAL** de la Dorada, Caldas, desde el 8 de septiembre de 2016, hasta la fecha y bajo el régimen laboral consagrado en los **Decretos 54 de 1993 y 107 de 1994 -Acogidos-**.

#### 5. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

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

##### **En la solicitud:** -02SolicitudConciliacion-

- i. Poder otorgado por el Jefe de la Oficina Jurídica de la PGN para el abogado Gabriel Julián Porras Castillo. -03PoderPGN y 04AnexosPoderPGN-
- ii. Certificación del Comité de Conciliación de la procuraduría General de la Nación. -10CertificacionComiteConciliacionPGN-
- iii. Liquidación de prestaciones sociales elaborada por la Procuraduría General de la Nación. -11LiquidacionPrestacionesSocialesPGN-
- iv. Liquidación de la prima especial de servicios, elaborada por la Procuraduría General de la Nación. -12LiquidacionPrimaEspecialPGN-
- v. Resolución 894 de 17 de diciembre de 2020 “por medio de la cual se acepta un acuerdo de conciliación” -13ActaAcuerdoConciliacion-
- vi. Derecho de petición, radicado el 18 de septiembre de 2020 -02SolicitudConciliacion-

- vii. Oficio E-2020-481565 de 20 de octubre de 2020 “por medio del cual se contesta una petición”. -02SolicitudConciliacion-
- viii. Certificación laboral de tiempo de servicio y emolumentos cancelados al **Dr. MARIO FERNANDO NOREÑA CHICA**.
- ix. Liquidación de cesantías para las vigencias anuales de 2016 a 2020 - 02SolicitudConciliacion-
- x. Solicitud de conciliación prejudicial. -02SolicitudConciliacion-

## 7. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

El día 18 de septiembre de 2020 se presentó solicitud ante la Procuraduría General de la Nación, a fin de que reconociera, reliquidara y pagara las diferencias dejadas de percibir, por cuenta de la prima especial de servicios, regulada por el artículo 15 de la Ley 4° de 1992 en concordancia con los artículos 1 del Decreto 10 de 1993 y 1 de la Ley 4ª de 1992.

- Por **oficio E-2020-481565 de 20 de octubre de 2020** la demandada Negó la solicitud elevada. Al paso limitó al recurso de reposición como única herramienta para atacar esta decisión, sin embargo, dada la naturaleza subsidiaria y no obligatoria de este recurso, la parte demandante, decidió no atacarla y así dio por terminado el prerrequisito de la reclamación administrativa.

## 8. ACUERDO CONCILIATORIO

Después de dos (2) intentos en que la diligencia fue aplazada por fuerza mayor, en atención a la situación de emergencia nacional por la que estaba pasando el país derivado de la emergencia sanitaria que por el virus Covid-19, el 17 de diciembre de 2020, se logró efectivizar la diligencia de conciliación, la cual terminó de manera exitosa. En resumen, el acuerdo al que llegaron las partes demandante y demandada es el siguiente;

*“(…), procede el despacho de la Procuraduría 181 Judicial I para Asuntos Administrativos a celebrar la AUDIENCIA DE CONCILIACION EXTRAJUDICIAL de la referencia. Comparecen a la diligencia: el doctor DIDIER ALEXANDER CADENA ORTEGA, identificado con al cedula de ciudadanía n° 9.773.060 y portados de la tarjeta profesional n° 232.862 del Consejo Superior de la Judicatura, a quien ya se le había reconocido personería para actuar como APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE, mediante auto del 5 de febrero de 2021; y el doctor GABRIEL JULIAN PORRAS CASTILLO, identificado con la cedula de ciudadanía n° 91.495.411*

y portador de la tarjeta profesional n° 124.513 del CSJ, de conformidad con el poder otorgado por doctor JORGE HUMBERTO SERNA BOTERO... (...), Jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación... (...). En este estado de la diligencia se le concede la palabra a las partes para que expongan sucintamente sus posiciones, en virtud de lo cual la parte convocante manifiesta: 'Me ratificó en los hechos y pretensiones formulados en la solicitud de conciliación'. Acto seguido, se concede el uso de la palabra al apoderado de la convocada: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION quien refiere: 'En sesión virtual realizada el 19 de mayo de 2021, previa verificación del quorum deliberatorio y decisorio, los miembros del Comité de Conciliación Especializado, estudiaron la viabilidad de conciliar extrajudicialmente con el doctor MARIO FERNANDO NOREÑA CHICA, en su condición de Procurador 255 Judicial I para Asuntos Penales de la Dorada, Caldas, ... (...). Acto seguido procedieron los miembros del Comité de conciliación a revisar los documentos allegados, tales como; el concepto, la solicitud de conciliación y consideraron que la sentencia de unificación de 2 de septiembre de 2019 (41001-23-33-000-2016-00041-02(2204-2018) proferida por el Consejo de Estado, en la que se indicó respecto de la prima especial del 30% y la reliquidación de las prestaciones sociales, lo siguiente '(...). 1. La prima especial de servicios es un incremento del salario básico y/o asignación básica de los servidores públicos beneficiarios de esta. En consecuencia, los beneficiarios tienen derecho, en los términos de esta sentencia, al reconocimiento y pago de las diferencias que por concepto de la prima resulten a su favor. La prima especial solo constituye factor salarial para efectos de pensión de jubilación. 2. Todos los beneficiarios de la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 como funcionarios de la Rama Judicial, Fiscalía, Procuraduría entre otros tienen derecho a la prima especial de servicios como un incremento del salario básico y/o asignación básica, sin que en ningún caso supere el porcentaje, máximo fijado por el Gobierno Nacional, atendiendo el cargo correspondiente. 3. Los funcionarios beneficiarios de la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 (de la Rama Judicial o de la Fiscalía General de la Nación) tienen derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales sobre el 100% de su salario básico y/o asignación básica, es decir, con la inclusión del 30% que había sido excluido a título de prima especial. 4. Los demás beneficiarios de la prima especial de servicios que no estén sometidos al límite del 80%, en ningún caso su remuneración podrá superar el porcentaje máximo fijado por el Gobierno Nacional. 5. Para la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí de reconocerá hasta tres (3) años atrás, nunca mas atrás, de conformidad con el Decreto 3135



de 1968 y 1848 de 1969 (...). Así las cosas, esta sentencia ha de ser considerada como constitutiva del derecho y por ende es a partir de su firmeza que la Prima Especial de Servicios claramente son de obligatorio cumplimiento para las entidades para quienes está dirigida, como en el caso de la Procuraduría General de la Nación, sin embargo, es preciso indicar que se debe contar la prescripción de los derechos laborales a partir del momento de la reclamación. Con fundamento de lo anterior, consideraron los miembros del Comité de Conciliación que era viable acoger el concepto presentado por el apoderado, en el sentido de reconocer y pagar al señor Mario Fernando Noreña Chica, la reliquidación de las prestaciones sociales con inclusión de la prima especial del 18 de septiembre de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2019, por la suma de \$27.507.696, tal como se lee en la liquidación elaborada por el Grupo de Nomina de la Entidad, la cual se anexa. Igualmente, conciliar, con el señor Mario Fernando Noreña Chica, el reconocimiento y pago de las diferencias salariales por concepto del 30% de prima especial dejadas de percibir durante el mismo periodo, esto es, desde el 18 de septiembre de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2019, por valor de \$63.199.249, acorde con la liquidación elaborada por el Grupo de Nomina de la Entidad, la cual también se anexa. En consecuencia, se imparten instrucciones al apoderado de la entidad para conciliar con el convocante, las sumas antes señaladas, las cuales incluyen el valor del capital con indexación, a las cuales se les harán los descuentos de ley, sin que haya lugar a reconocimiento alguno por concepto de intereses. La propuesta conciliatoria en los términos indicados, se hace con el fin de prevenir un daño antijurídico para la entidad. Así mismo cabe advertir igualmente, que, en caso de llegar a un acuerdo conciliatorio y a su respectiva aprobación por parte del Juez, el pago se hará en los términos dispuestos en la Resolución n° 147 de 5 de abril de 2018, que establece el trámite interno para el reconocimiento contable de las demandas en contra de la Procuraduría General de la Nación, el cumplimiento de las sentencias judiciales, los laudos arbitrales y las conciliaciones a su cargo. Igualmente, lo previsto en los artículos 192 y 195 del CPACA, que regulan el cumplimiento de las sentencias y conciliaciones para las entidades públicas, tiempo durante el cual tampoco habrá lugar al reconocimiento de intereses (...). Finalmente, se solicita que en el caso de que exista acuerdo conciliatorio y, una vez sea emitido el auto de aprobación, se envíe copia del mismo a los siguientes correos de la Oficina Jurídica y de la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación: [procesosjudiciales@procuraduria.gov.co](mailto:procesosjudiciales@procuraduria.gov.co); [npulido@procuraduria.gov.co](mailto:npulido@procuraduria.gov.co); seguidamente se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte convocante para que manifieste su posición frente a lo expuesto: Una vez revisada el acta del comité, me permito manifestar que acepto la propuesta de conciliación allegada por la entidad convocada por el valor total de

\$90.706.945, en los términos indicados en el mencionado escrito. (...).”

9. VALOR ACORDADO

La conciliación versa sobre la suma de **NOVENTA MILLONES, SETECIENTOS SEIS MIL, NOVECIENTOS CUATENTA Y CINCO PESOS (\$90’507.945.00)**, discriminados así:

| DOCUMENTO                               | ARCHIVO                              | VALOR           |
|-----------------------------------------|--------------------------------------|-----------------|
| Liquidación prestaciones sociales       | 11LiquidacionPrestacionesSocialesPGN | \$27’507.696.00 |
| Liquidación prima especial de servicios | 12LiquidacionPrimaEspecialPGN        | \$63’199.249.00 |
| Total                                   |                                      | \$90’706.945.00 |

La parte demandante, a través de su apoderado **ACEPTÓ** integralmente la fórmula de conciliación propuesta por la parte demandada: “...*se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte convocante para que manifieste su posición frente a lo expuesto: Una vez revisada el acta del comité, me permito manifestar que acepto la propuesta de conciliación allegada por la entidad convocada por el valor total de \$90.706.945, en los términos indicados en el mencionado escrito. (...).*”

10. CONSIDERACIONES DE LA SALA

10.1. COMPETENCIA

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal, en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y; a esta Sala de Conjueces, atendiendo **1)**. A la orden emitida por el Consejo de Estado en auto de 28 de julio de 2022 (*18AceptaImpedimento*) que aceptó el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación, **2)**. A esta Conjuetz por sorteo de conjueces realizado el pasado 12 de diciembre de 2022 (*22ActaSorteoConjueces12Dic2022*), **3)**. A la aprobación de la propuesta, aceptada por las partes en desarrollo de la audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 181 Judicial I Administrativa celebrada el 17 de diciembre de 2020 y 4). A la Ley 2220 de 30 de junio de 2022 -que derogo la ley 640 de 2001- en concordancia con el numeral 8º del artículo 180 del CPACA y el 73 de la Ley 446 de 1998.

a. PROCEDENCIA DEL ACUERDO DE CONCILIACIÓN.

La **SALA de CONJUECES** integrada por la Conjuetz ponente, **Dra.**

**LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y con la revisión de los Conjueces **Dr. JORGE IVAN LOPEZ DIAZ** y el **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ**; proceden a estudiar la legalidad y procedencia del acuerdo de conciliación al que llegaron el demandante **Dr. MARIO FERNANDO NOREÑA CHICA** y la demandada **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** dentro del medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificado con radicado **17001233300020210013400**, siguiendo los presupuestos esenciales decantados por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 446 de 1998<sup>1</sup> (que adicionó el artículo 65A de la Ley 23 de 1991), y los reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado<sup>2</sup> el acuerdo conciliatorio se somete a los siguientes supuestos de aprobación:

- a.* La debida representación de las personas que concilian.
- b.* La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.
- c.* La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- d.* Que no haya operado la caducidad de la acción.
- e.* Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.
- f.* Que el acuerdo no resulte violatorio de la Ley.
- g.* Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público (artículos 73 y 81 de la Ley 446 de 1998).

De igual manera la conciliación se presenta como un mecanismo a la mano de las partes para evitar una contienda judicial o terminarla cuando ya se ha iniciado, se apoya en el artículo 116 de la Constitución Nacional, el cual permite a los particulares ser investidos de manera transitoria de la función de administrar justicia por medio de figuras como la de conciliador o arbitraje, habilitados por las partes para decidir en equidad o en derecho, conforme lo dispone la ley. El artículo 70-1 de la ley 446 de 1998 reguló la conciliación en materia contenciosa administrativa tanto extrajudicial como judicialmente y para los medios de

<sup>1</sup>Si bien la disposición del artículo 73 esta derogada, dicha derogatoria tiene eficacia con posterioridad a la fecha de inicio del trámite conciliatorio, por lo que el transito normativo corresponde al de la ley 23 por haberse celebrado bajo su vigencia.

<sup>2</sup> Entre otros pronunciamientos: **1).** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá DC, 26 de enero de 2004, radicado 85001-2331-000-2003-00091-01(25347), actor: ISS Demandado ESE Hospital de Yopal. **2).** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá DC. 1 de octubre de 2008, radicado 2500-2326-000-1197-04620-01(16849), Actor: Manuel Antonio Reyes, Demandado: Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santa Fe de Bogotá.

control nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual siempre que se cumplan ciertos requisitos;

*“...En reiterada Jurisprudencia de esta Corporación se han definido los siguientes requisitos para la aprobación de la conciliación prejudicial: 1.- Que verse sobre derechos económicos disponibles por las partes. 2.- Que las entidades estén debidamente representadas. 3.- Que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para conciliar y disponer de la materia objeto de convenio. 4.- Que no haya operado la caducidad de la acción. 5.- Que no resulte abiertamente inconveniente o lesivo para el patrimonio de la administración. 6.- Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrimado a la actuación...”<sup>2</sup>*

Así las cosas, en el presente caso las partes llegaron convinieron finalizar este proceso por un acuerdo económico de **\$90’706.945.00**, se tiene entonces que;

***(i). La discusión versa sobre derechos económicos disponibles por las partes.***

El demandante es una persona natural que se ha desempeñado en el cargo de Procurador 255 Judicial I Penal de la Dorada, Caldas en la Procuraduría General de la Nación, desde el 8 de septiembre de 2016 y es beneficiario de la prima especial de servicios creada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, derecho que fue recientemente confirmado por la ***Sentencia de Unificación - SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado***; y la demandada, es una persona jurídica de derecho público, con capacidad para conciliar en asuntos de carácter administrativo de que trata el artículo 138 del CPACA.

***(ii). Que las entidades estén debidamente representadas.***

En este asunto la ***PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION*** actúa por intermedio de apoderado, debidamente nombrado, conforme poder allegado a la diligencia de conciliación prejudicial y que ahora hace parte de este expediente (03PoderPGN y 04AnexosPoderPGN), a quien le fue reconocida personería para actuar, por la Procuraduría 181 Judicial I Administrativa de Manizales, en ejercicio de la diligencia de conciliación prejudicial (de que trata el numeral 1º del artículo 161 del CPACA) celebrada el 17 de diciembre de 2020 (13ActaAcuerdoConciliacion).

***(iii). Que los representantes o conciliadores tengan capacidad o facultad para***

***conciliar y disponer de la materia objeto de convenio.***

La **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** tiene capacidad legal para realizar la presente conciliación, conforme lo dispone la Ley 23 de 1991, 446 de 1998, el Decreto 1716 de 2009 y el artículo 34 de la Ley 2080 de 2021 y; el apoderado de la demandada tiene la facultad de conciliar en el poder a este otorgado y visible en el expediente digital (03PoderPGN), además de la habilitación que le permite el Comité de Conciliación de la Procuraduría de la Nación, según certificación levantada por sesión virtual realizada el 19 d mayo de 2021 (10CertificacionComiteConciliacionPGN). Sumado a esto, el demandante es una persona natural, mayor de edad, en pleno uso de sus facultades físicas y mentales, el cual esta representado por un abogado titulado, sin sanciones que invaliden su actuación y con la facultad de conciliar conforme lo dispone el poder que obra como anexo de la solicitud de conciliación (02SolicitudConciliacion).

***(iv). Que no haya operado la caducidad de la acción.***

A la luz del artículo 164 n° 1 literal c)., en concordancia con el numeral 2° literal c). Ibídem y la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha definido la calidad de “prestación social”, la cual se pierde cuando el demandante es desvinculado del servicio;

*“...Ahora bien, en relación con los actos administrativos que resuelven sobre el reconocimiento de prestaciones periódicas, no se puede perder de vista que, si bien la normativa se refiere específicamente a los que las concedan, también lo es, que esta Corporación, consideró que deben entenderse extendidos a aquellos que la deniegan<sup>5</sup>. Sin embargo, no sucede lo propio cuando se reclaman prestaciones económicas con posterioridad al retiro, pues en ese caso ya no se pueden considerar periódicas, sino por el contrario se trata de un pago que debió hacerse luego de que finalizara la relación laboral.*

*En este sentido, concluyó la Sala: «[...] dentro de los actos que reconocen prestaciones periódicas, están comprendidos no sólo las decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino también aquellos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente sufragan al beneficiario, siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente.»<sup>6</sup>.*

*Sobre el particular también precisó:*

*«Conforme la sentencia de la Corte Constitucional y las reseñadas del Consejo de Estado se obtiene que las prestaciones periódicas son aquellos pagos corrientes que le corresponden al trabajador, originados en una relación laboral o con ocasión de ella, que se componen de*

*prestaciones sociales que son beneficios para cubrir riesgos del empleado y no sociales como el pago del salario, pero que una vez finalizado el vínculo laboral las denominadas prestaciones periódicas dejan de serlo, salvo las correspondientes a la prestación pensional o una sustitución pensional que pueden ser demandados en cualquier tiempo, aún después de culminado el vínculo laboral.»<sup>7</sup>*

Según la información contenida en el expediente, al momento de la solicitud de conciliación, el **Dr. MARIO FERNANDO NOREÑA CHICA**, se encontraba activo en el cargo de **PROCURADOR 255 JUDICIAL I PENAL**, por lo que no se acomoda a ninguno de los postulados expuestos por la jurisprudencia en cita.

**(v). *Que no resulte violatorio de la ley o lesivo para el patrimonio de la administración.***

Ciertamente lo que motivo a la demandada a proponerle una fórmula de arreglo a la parte demandante, fueron los múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado al respecto de este tema, en especial la *Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado*, que definió el tema sobre el que versa esta controversia, de ahí que el arreglo aceptado por las partes, resulte ser una excelente decisión, en la medida que se ahorra un proceso largo y que a la postre le resultará menos benéfico, por los dineros que se elevan por el reconocimiento y pago de los intereses y el monto de las indexaciones, y;

**(vi). *Que los derechos reconocidos estén debidamente respaldados por las probanzas que se hubieren arrojado a la actuación.***

Finalmente, existe abundante material probatorio que acompaña la petición, y que permiten deducir con inferencia lógica, lo siguiente;

- a. Certificación laboral de emolumentos cancelados al **Dr. MARIO FERNANDO NOREÑA CHICA** desde el mes de septiembre de 2016 y hasta la fecha de su firma 23 de septiembre de 2023.
- b. Acto administrativo E-2020-481565 ref. (1110030000000) de 1 de octubre de 2020, mediante el cual se niega el derecho de petición, encaminado a obtener el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios del 30%, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, sin embargo, aunque la respuesta es adversa a lo pretendido por el demandante, las razones que aduce la Procuraduría General de la Nación para negarse, obedecen a error de interpretación legal, pero hay un reconocimiento intrínseco del cargo ocupado por el **Dr.**

**MARIO FERNANDO NORECHA CHICA.**

- c. Liquidación de auxilio de cesantías, para los años 2017, 2018 y 2019 a favor del **Dr. MARIO FERNANDO NORECHA CHICA.**
- d. Finalmente, la propuesta misma de arreglo presentada por la parte demandada se perfila como un reconocimiento del error cometido frente al pago de los salarios al demandante. *(10CertificacionComiteConciliacionPGN).*

Previas las anteriores consideraciones, encontramos que la conciliación judicial que se logró a la luz del n° 1 del artículo 161 del CPACA en concordancia con lo dispuesto en el Decreto 2511 de 1998 y las Leyes 23 de 1999, 2220 de 2022 y 1285 de 2009, oportunidad que aunque no es obligatoria, sino facultativa a la luz del inciso 2° del numeral 1° del artículo 161 citado, en atención a que es un asunto de carácter laboral que persigue el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales y que fue precisamente diseñada por el legislador para promover una salida pacífica al conflicto y evitar la descongestión y el desgaste de la justicia.

La diligencia se llevó a buen término el 17 de diciembre de 2020, en ejercicio del requisito de procedibilidad contemplado en el numeral 1° del artículo 161 del CPACA y bajo la dirección de la Procuraduría 181 Judicial I Administrativa, con el lleno de todos los rigorismos que impone la ley, es decir; las partes contaron con una adecuada representación legal, la cual se sustentó en poderes que cumplieron los requisitos legales, la propuesta fue previamente concertada tanto con la entidad demandada que la presentó como con el **Dr. MARIO FERNANDO NORECHA CHICA** que la aceptó, el cual se encuentra en buen uso de todas sus capacidades mentales y fuera del influjo de sustancias psicoactivas.

Considera la Sala que el arreglo al que han llegado las partes, no resulta lesivo para sus intereses patrimoniales, no es violatoria de la ley; y, además, se presentaron las pruebas necesarias que acreditan la existencia de la obligación que se concilia.

Por tanto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, en **SALA DE CONJUECES** conformada por la Conjuez **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y con la revisión de los Conjueces **Dr. JORGE IVAN LOPEZ DIAZ** y el **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ**, en calidad de revisores, y de conformidad con el artículo 12 del Decreto 1716 de

2009 en concordancia con los artículos 24 de la Ley 640 de 2001, con la potestad otorgada por los artículos 70-1 y 73 de la Ley 446 de 1998, **APRUEBAN LA CONCILIACIÓN** judicial aceptada por el **Dr. MARIO FERNANDO NORECHA CHICA** demandante y la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** demandada, en ejercicio de audiencia de conciliación prejudicial celebra el pasado 17 de diciembre de 2020.

Así mismo, se recuerda a las partes que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 1716 de 2009, este acuerdo conciliatorio aprobado mediante esta providencia debidamente ejecutoriada, prestarán mérito ejecutivo y tendrán efecto de cosa juzgada.

Por las razones expuestas, la **SALA DE CONJUECES del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS;**

## 11. RESUELVE

**PRIMERO:** Aprobar la conciliación prejudicial pactada por la parte demandada **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION**, y la parte demandante **Dr. MARIO FERNANDO NORECHA CHICA**, en donde se acordó conciliar bajo los siguientes parámetros;

*“(...). Así las cosas, esta sentencia ha de ser considerada como constitutiva del derecho y por ende es a partir de su firmeza que la Prima Especial de Servicios claramente son de obligatorio cumplimiento para las entidades para quienes está dirigida, como en el caso de la Procuraduría General de la Nación, sin embargo, es preciso indicar que se debe contar la prescripción de los derechos laborales a partir del momento de la reclamación. Con fundamento de lo anterior, consideraron los miembros del Comité de Conciliación que era viable acoger el concepto presentado por el apoderado, en el sentido de reconocer y pagar al señor Mario Fernando Noreña Chica, la reliquidación de las prestaciones sociales con inclusión de la prima especial del 18 de septiembre de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2019, por la suma de \$27.507.696, tal como se lee en la liquidación elaborada por el Grupo de Nomina de la Entidad, la cual se anexa. Igualmente, conciliar, con el señor Mario Fernando Noreña Chica, el reconocimiento y pago de las diferencias salariales por concepto del 30% de prima especial dejadas de percibir durante el mismo periodo, esto es, desde el 18 de septiembre de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2019, por valor de \$63.199.249, acorde con la liquidación elaborada por el Grupo de Nomina de la Entidad, la cual también se anexa. En consecuencia, se imparten instrucciones al apoderado de la entidad para conciliar con el convocante, las sumas antes señaladas, las cuales incluyen el valor del capital con indexación, a las cuales se les harán los descuentos de ley, sin que haya lugar a reconocimiento alguno por concepto de intereses. La propuesta*



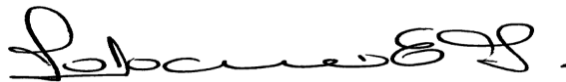
*conciliatoria en los términos indicados, se hace con el fin de prevenir un daño antijurídico para la entidad. Así mismo cabe advertir igualmente, que, en caso de llegar a un acuerdo conciliatorio y a su respectiva aprobación por parte del Juez, el pago se hará en los términos dispuestos en la Resolución n° 147 de 5 de abril de 2018, que establece el trámite interno para el reconocimiento contable de las demandas en contra de la Procuraduría General de la Nación, el cumplimiento de las sentencias judiciales, los laudos arbitrales y las conciliaciones a su cargo. Igualmente, lo previsto en los artículos 192 y 195 del CPACA, que regulan el cumplimiento de las sentencias y conciliaciones para las entidades públicas, tiempo durante el cual tampoco habrá lugar al reconocimiento de intereses (...). Finalmente, se solicita que en el caso de que exista acuerdo conciliatorio y, una vez sea emitido el auto de aprobación, se envíe copia del mismo a los siguientes correos de la Oficina Jurídica y de la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación: [procesosjudiciales@procuraduria.gov.co](mailto:procesosjudiciales@procuraduria.gov.co); [npulido@procuraduria.gov.co](mailto:npulido@procuraduria.gov.co); (...)"*

**SEGUNDO:** Dinero que pagará **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** en los términos dispuestos en los artículos 192 y 195 de la ley 2080 de 2021 que regula el cumplimiento de sentencias y **conciliaciones** para las entidades públicas y respetando lo acordado en esta conciliación.

**TERCERO:** Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

**CUARTO:** Expídase copias a las partes en los términos del art. 115 del C.G.P.

**Los Conjueces;** Discutido y aprobado en sala virtual del 5 de mayo de 2023.



**LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA**

Conjuez



**TOMAS FELIPE MORA GOMEZ**

Revisor



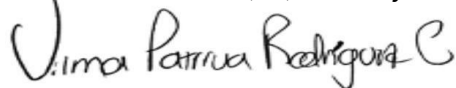
**JORGE IVAN LOPEZ DIAZ**

Revisor

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

Consta de 3 cuadernos.

Manizales, cinco (05) de mayo de dos mil veintitrés (2023)



**VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS**  
**Secretario**

Radicado: 17001-23-33-000-2014-00188-00  
Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
Accionante: María Luz Dary Vargas López  
Accionado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía nacional

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

**MAGISTRADO PONENTE: AUGUSTO MORALES VALENCIA**

**A.I. 184**

Manizales, cinco (05) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Estese a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “B”, en providencia de 22 de septiembre de 2022 (Fls. 409 - 420 anverso del presente cuaderno), la cual confirmó con modificaciones la sentencia proferida en primera instancia el 29 de junio de 2018 por esta Corporación.

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

**NOTIFÍQUESE**



**AUGUSTO MORALES VALENCIA**  
**MAGISTRADO**