

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2023-00102-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	UNO 27 S.A.S
DEMANDADO	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS DIAN

Pasa el Despacho a decidir sobre la admisión de la demanda presentada por UNO 27 S.A.S.

Solicita la parte actora, se declare la nulidad de la Resolución de la Liquidación Oficial de Revisión nro. 2021010050000133 del 28 de diciembre de 2021 mediante la cual se modificó la declaración del impuesto de renta y complementarios del año 2017, presentada por la empresa UNO 27 S.A.S. Y de la Resolución nro. 000241 del 16 de enero de 2023 por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración presentada por la sociedad demandante.

CONSIDERACIONES

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ en su artículo 162, modificado por la Ley 2080 de 2021, determinó los requisitos de la demanda en los siguientes términos:

ARTÍCULO 162. CONTENIDO DE LA DEMANDA. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

1. La designación de las partes y de sus representantes.
2. Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.

¹ También CPACA

3. Los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las pretensiones, debidamente determinados, clasificados y numerados.
4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.
5. La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, este deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.
6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.
7. <Numeral modificado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> El lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Para tal efecto, deberán indicar también su canal digital.
8. <Numeral adicionado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> El demandante, al presentar la demanda, simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados, salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas o se desconozca el lugar donde recibirá notificaciones el demandado. Del mismo modo deberá proceder el demandante cuando al inadmitirse la demanda presente el escrito de subsanación. El secretario velará por el cumplimiento de este deber, sin cuya acreditación se inadmitirá la demanda. De no conocerse el canal digital de la parte demandada, se acreditará con la demanda el envío físico de la misma con sus anexos.

En caso de que el demandante haya remitido copia de la demanda con todos sus anexos al demandado, al admitirse la demanda, la notificación personal se limitará al envío del auto admisorio al demandado.

De igual forma el artículo 166 del CPACA establece:

ARTÍCULO 166. ANEXOS DE LA DEMANDA. A la demanda deberá acompañarse:

1. **Copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso. Si se alega el silencio administrativo, las pruebas que lo demuestren, y si la pretensión es de repetición, la prueba del pago total de la obligación.**

Cuando el acto no ha sido publicado o se deniega la copia o la certificación sobre su publicación, se expresará así en la demanda bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la misma, con la indicación de la oficina donde se encuentre el original o el periódico, gaceta o boletín en que se hubiere publicado de acuerdo con la ley, a fin de que se solicite por el Juez o Magistrado Ponente antes de la admisión de la demanda. Igualmente, se podrá indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio web de la respectiva entidad para todos los fines legales.

2. Los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandante, así como los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho.

3. El documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título.

4. La prueba de la existencia y representación en el caso de las personas jurídicas de derecho privado. Cuando se trate de personas de derecho público que intervengan en el proceso, la prueba de su existencia y representación, salvo en relación con la Nación, los departamentos y los municipios y las demás entidades creadas por la Constitución y la ley.

5. Copias de la demanda y de sus anexos para la notificación a las partes y al Ministerio Público. (Negrillas fuera del texto)

Revisada la demanda y los anexos encuentra el Despacho que la parte actora:

1. No aportó copia de los actos administrativos demandados, ni de la constancia de notificación o publicación de los mismos.

Lo anterior se hace además necesario, para poder determinar si la demanda fue presentada en oportunidad, teniendo en cuenta que la Resolución por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración es del 16 de enero de 2023 y la demanda fue presentada el 23 de mayo de 2023.

2. No aportó las pruebas que relacionada en el acápite de pruebas.

3. No aportó prueba del envío de la demanda y sus anexos a la entidad accionada.

4. No se aportó poder debidamente otorgado al abogado Juan Fernando Giraldo Nauffal.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaura **UNO 27 S.A.S** contra la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.**

2. ORDENAR la corrección de la demanda, para que la parte accionante en un término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de este proveído, so pena de rechazo, en los siguientes aspectos:

1. Deberá allegar copia de los actos administrativos demandados, así como de la constancia de notificación o publicación de los mismos.
2. Deberá aportar la totalidad de las pruebas relacionadas en el acápite pertinente en el escrito de la demanda, así como los documentos relacionados en el acápite de anexos.
3. Deberá allegar prueba del envío de la demanda y sus anexos a la entidad accionada.
4. Deberá allegar poder debidamente otorgado al abogado Juan Fernando Giraldo Nauffal.
5. Deberá además aportar las correcciones y la demanda integrado en solo escrito y deberá allegar de igual forma constancia de envío del mismo al demandado.

Para efectos de que la parte allegue los documentos relacionados se le informa que el correo habilitado para ello es **sqtadmincl@notificacionesrj.gov.co**. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.

3. NOTIFÍQUESE a la parte demandante por estado electrónico.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 091 del 31 de mayo de 2023.

Firmado Por:

**Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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: **637058a6fe6dda55d46fbfdf19f49856e43a5ab89a8bad4d016530a68a67bca7**
Documento generado en 30/05/2023 10:00:45 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17-001-23-33-000-2023-00052-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	CENTRO DE ENSEÑANZA AUTOMOVILÍSTICA EDUSOFT LTDA
DEMANDADO	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS - DIAN

Procede el Despacho a resolver sobre la solicitud de suspensión provisional de la Resolución de Reclasificación como responsable código nro. 6497 nro. 1164 del 22 de noviembre de 2022, por medio de la cual la demandada resolvió reclasificar de oficio como responsable de IVA a la Compañía demandante.

LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

En escrito independiente (PDF nro. 03 expediente digital) y con fundamento en los preceptos 238 de la Constitución Política, 229 y 230 del CPACA, solicitó la parte actora decretar la medida cautelar del acto administrativo demandado, al estimar que el mismo no guardan armonía con el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que, la empresa demandante no es responsable del IVA como lo consideró la DIAN.

EL TRÁMITE DE LA SOLICITUD

A través de auto del 03 de mayo de 2023 se dispuso correr traslado de la petición de medida provisional al demandado.

LA OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 15 la DIAN se pronunció de manera extemporánea.

CONSIDERACIONES

Procede el Despacho a determinar si se cumplen los presupuestos normativos para suspender provisionalmente la Resolución de Reclasificación como responsable código nro. 6497 nro. 1164 del 22 de noviembre de 2022, por medio de la cual la demandada resolvió reclasificar de oficio como responsable de IVA a la Compañía demandante

Marco Normativo:

El artículo 238 Constitucional señala:

Artículo 238. La Jurisdicción Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

El artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone:

Artículo 229: En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta Jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento

Por su parte el Inciso 3 del artículo 230 de CPACA, dispone:

Art. 230: Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, el Juez o Magistrado ponente podrá decretar, una o varias de las siguientes medidas:

...

...

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo

Al paso, el inciso 1º del artículo 231 *ibidem* señala:

Artículo 231: “Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En tal sentido, para que proceda la suspensión de un acto administrativo, se requiere:

- a) Que la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores indicadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas.
- b) Si se pide restablecimiento del derecho y/o indemnización de perjuicios, prueba siquiera sumaria de los mismos.

Es de resaltar que la nueva normativa excluyó el ingrediente “manifiesta violación” que consagraba el artículo 152 del anterior C.C.A., de lo que también surge que, ahora esta medida provisional resulta siendo más flexible y expedita.

Caso Concreto

Con respecto a la solicitud de suspensión provisional de la Resolución de Reclasificación como responsable código nro. 6497 nro. 1164 del 22 de noviembre de 2022, por medio de la cual la demandada resolvió reclasificar de oficio como responsable de IVA a la Compañía demandante, se percata este Juez, de los siguientes aspectos que son importantes para resolver, sin que por ello este Tribunal esté prejuzgando.

1.- Conforme al literal c) del artículo 420 del E.T. la prestación de servicios está gravados con el IVA, salvo los excluidos.

2.- Conforme con el artículo 476 del Estatuto Tributario, están excluidos del IVA los siguientes servicios:

1. *Los servicios médicos, odontológicos, hospitalarios, clínicos y de laboratorio, para la salud humana.*
2. *Los servicios de administración de fondos del Estado y los servicios vinculados con la seguridad social de acuerdo con lo previsto en la Ley 100 de 1993.*
3. *Los planes obligatorios de salud del sistema de seguridad social en salud expedidos por entidades autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud, los servicios prestados por las administradoras dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad y de prima media con prestación definida, los servicios prestados por administradoras de riesgos laborales y los servicios de seguros y reaseguros para invalidez y sobrevivientes, contemplados dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad a que se refiere el artículo 135 de la Ley 100 de 1993 o las disposiciones que la modifiquen o sustituyan.*
4. *Las comisiones por intermediación por la colocación de los planes de salud del sistema general de seguridad social en salud expedidos por las entidades autorizadas legalmente por la Superintendencia Nacional de Salud, que no estén sujetos al impuesto sobre las ventas -IVA.*
5. *Los servicios de educación prestados por establecimientos de educación preescolar, primaria, media e intermedia, superior y especial o no formal, reconocidos como tales por el Gobierno nacional, y los servicios de educación prestados por personas naturales a dichos establecimientos. Están excluidos igualmente los servicios prestados por los establecimientos de educación relativos a restaurantes, cafeterías y transporte, así como los que se presten en desarrollo de las Leyes 30 de 1992 y 115 de 1994, o las disposiciones que las modifiquen o sustituyan. Igualmente están excluidos los servicios de evaluación de la educación y de elaboración y aplicación de exámenes para la selección y promoción de personal, prestados por organismos o entidades de la administración pública.*
6. *Los servicios de educación virtual para el desarrollo de contenidos digitales, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, prestados en Colombia o en el exterior.*
7. *Los servicios de conexión y acceso a internet de los usuarios residenciales del estrato 3.*

8. *En el caso del servicio telefónico local, se excluyen del impuesto los primeros trescientos veinticinco (325) minutos mensuales del servicio telefónico local facturado a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3 y el servicio telefónico prestadores de teléfonos públicos.*

9. *El servicio de transporte público, terrestre, fluvial y marítimo de personas en el territorio nacional, y el de transporte público o privado nacional e internacional de carga marítimo, fluvial, terrestre y aéreo. Igualmente, se excluye el transporte de gas e hidrocarburos.*

10. *El transporte aéreo nacional de pasajeros con destino o procedencia de rutas nacionales donde no exista transporte terrestre organizado. Esta exclusión también aplica para el transporte aéreo turístico con destino o procedencia al departamento de La Guajira y los municipios de Nuquí, en el Departamento de Chocó, Mompóx en el Departamento de Bolívar, Tolú, en el Departamento de Sucre, Miraflores en el Departamento del Guaviare y Puerto Carreño en el departamento del Vichada.*

11. *Los servicios públicos de energía. La energía y los servicios públicos de energía a base de gas u otros insumos.*

12. *El agua para la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado, los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, los servicios de aseo público y los servicios públicos de recolección de basuras.*

13. *El gas para la prestación del servicio público de gas domiciliario y el servicio de gas domiciliario, ya sea conducido por tubería o distribuido en cilindros.*

14. *Los servicios de alimentación, contratados con recursos públicos, destinados al sistema penitenciario, de asistencia social, de escuelas de educación pública, a las Fuerzas Militares, Policía Nacional, Centro de Desarrollo Infantil, centros geriátricos públicos, hospitales públicos, comedores comunitarios.*

15. *El servicio de arrendamiento de inmuebles para vivienda y el arrendamiento de espacios para exposiciones y muestras artesanales nacionales, incluidos los eventos artísticos y culturales.*

16. *Los intereses y rendimientos financieros por operaciones de crédito, siempre que no formen parte de la base gravable señalada en el artículo 447, y el arrendamiento financiero (leasing).*

17. Los servicios de intermediación para el pago de incentivos o transferencias monetarias condicionadas en el marco de los programas sociales del Gobierno Nacional.

(Nuevo texto Ley 2277 de 2022) 18. Las boletas de entrada a cine, a los eventos deportivos culturales incluidos los musicales y de recreación familiar. También se encuentran excluidos los servicios de que trata el artículo 6º de la Ley 1493 de 2011.

Las boletas de entrada a cine, a los eventos deportivos, culturales, incluidos los musicales y de recreación familiar, y los espectáculos de toros, hípicos y caninos. También se encuentran excluidos los servicios de que trata el artículo 6º de la Ley 1493 de 2011.

19. Los servicios funerarios, los de cremación, inhumación y exhumación de cadáveres, alquiler y mantenimiento de tumbas y mausoleos.

20. Adquisición de licencias de software para el desarrollo comercial de contenidos digitales, de acuerdo con la reglamentación expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

21. Suministro de páginas web, servidores (hosting), computación en la nube (cloud computing).

22. Las comisiones pagadas por los servicios que se presten para el desarrollo de procesos de titularización de activos a través de universalidades y patrimonios autónomos cuyo pago se realice exclusivamente con cargo a los recursos de tales universalidades o patrimonios autónomos.

23. Las comisiones percibidas por las sociedades fiduciarias, sociedades administradoras de inversión y comisionistas de bolsa por la administración de fondos de inversión colectiva.

24. Los siguientes servicios, siempre que se destinen a la adecuación de tierras, a la producción agropecuaria y pesquera y a la comercialización de los respectivos productos:

- a) El riego de terrenos dedicados a la explotación agropecuaria;
- b) El diseño de sistemas de riego, su instalación, construcción, operación, administración y conservación;
- c) La construcción de reservorios para la actividad agropecuaria;
- d) La preparación y limpieza de terrenos de siembra;
- e) El control de plagas, enfermedades y malezas, incluida la fumigación aérea y terrestre de sembradíos;

- f) *El corte y recolección manual y mecanizada de productos agropecuarios;*
- g) *Aplicación de fertilizantes y elementos de nutrición edáfica y foliar de los cultivos;*
- h) *Aplicación de sales mineralizadas;*
- i) *Aplicación de enmiendas agrícolas;*
- j) *Aplicación de insumos como vacunas y productos veterinarios;*
- k) *El pesaje y el alquiler de corrales en ferias de ganado mayor y menor;*
- l) *La siembra;*
- m) *La construcción de drenajes para la agricultura;*
- n) *La construcción de estanques para la piscicultura;*
- o) *Los programas de sanidad animal;*
- p) *La perforación de pozos profundos para la extracción de agua;*
- q) *El desmonte de algodón, la trilla y el secamiento de productos agrícolas;*
- r) *La selección, clasificación y el empaque de productos agropecuarios sin procesamiento industrial;*
- s) *La asistencia técnica en el sector agropecuario;*
- t) *La captura, procesamiento y comercialización de productos pesqueros;*

(Nuevo texto Ley 2277 de 2022) u) El servicio de recaudo de derechos de acceso vehicular a las centrales mayoristas de abasto.

Los usuarios de los servicios excluidos por el presente numeral deberán expedir una certificación a quien preste el servicio, en donde conste la destinación, el valor y el nombre e identificación del mismo. Quien preste el servicio deberá conservar dicha certificación durante el plazo señalado en el artículo 632 del Estatuto Tributario, la cual servirá como soporte para la exclusión de los servicios.

(Nuevo texto Ley 2277 de 2022) 25. La comercialización de animales vivos, excepto los animales domésticos de compañía.

La comercialización de animales vivos y el servicio de faenamiento.

(Nuevo texto Ley 2277 de 2022) 25A. El servicio de faenamiento.

26. Están excluidos de IVA los servicios de hotelería y turismo que sean prestados en los municipios que integran las siguientes zonas de régimen aduanero especial: a. Zona de régimen aduanero especial de Urabá, Tumaco y Guapi. b. Zona de régimen aduanero especial de Inírida, Puerto Carreño, La Primavera y Cumaribo. c. Zona de régimen aduanero especial de Maicao, Uribe y Manaure.

27. *Las operaciones cambiarias de compra y venta de divisas, así como las operaciones cambiarias sobre instrumentos derivados financieros.*

28. *Las comisiones percibidas por la utilización de tarjetas crédito y débito.*

29. *Los servicios de promoción y fomento deportivo prestados por los clubes deportivos definidos en el artículo 2 del Decreto Ley 1228 de 1995.*

30. *Los servicios de reparación y mantenimiento de naves y artefactos navales tanto marítimos como fluviales de bandera colombiana, excepto los servicios que se encuentran en el literal P) del numeral 3 del artículo 477 de este Estatuto.*

31. *Los servicios de publicidad en periódicos que registren ventas en publicidad a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior inferiores a 180.000 UVT.*

La publicidad en las emisoras de radio cuyas ventas sean inferiores a 30.000 UVT al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior y programadoras de canales regionales de televisión cuyas ventas sean inferiores a 60.000 UVT al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior. Aquellas que superen este monto se regirán por la regla general.

Las exclusiones previstas en este numeral no se aplicarán a las empresas que surjan como consecuencia de la escisión de sociedades que antes de la expedición de la presente Ley conformen una sola empresa ni a las nuevas empresas que se creen cuya matriz o empresa dominante se encuentre gravada con el IVA por este concepto.

32. *Los servicios de corretaje de contratos de reaseguros.*

PARÁGRAFO. *En los casos de trabajos de fabricación, elaboración o construcción de bienes corporales muebles, realizados por encargo de terceros, incluidos los destinados a convertirse en inmuebles por accesión, con o sin aporte de materias primas, ya sea que supongan la obtención del producto final o constituyan una etapa de su fabricación, elaboración, construcción o puesta en condiciones de utilización, la tarifa aplicable es la que corresponda al bien que resulte de la prestación del servicio.*

Lo dispuesto en el presente parágrafo no aplica para las industrias de minería e hidrocarburos.

(Nuevo texto Ley 2277 de 2022) PARÁGRAFO 2. Para los efectos del presente artículo y de conformidad con la

reglamentación vigente expedida por el Ministerio de Salud y el Instituto Colombiano Agropecuario, se entienden como animales domésticos de compañía los gatos, perros, hurones, conejos, chinchillas, hámster, cobayos, jerbos y Mini-Pigs.

Del listado, no se observa que esté excluido los de enseñanza automovilística.

3.- El artículo 499 del Estatuto Tributario, establece quienes pueden pertenecer al régimen simplificado, y establece en forma general, que a este régimen pueden pertenecer únicamente las personas naturales que realizan las actividades y en las condiciones allí establecidas, en consecuencia, *contrario sensu*, las que no están allí autorizadas para pertenecer al régimen simplificado, deben pertenecer e inscribirse en el régimen común del IVA.

4.- De las pruebas allegadas, se observa que la DIAN, previamente a la expedición del acto, requirió al contribuyente para que procediera voluntariamente a la inscripción, esto es, que se ajustó a las prescripciones del CPACA, para las actuaciones de oficio, permitiéndole al contribuyente oportunidad para conocer la intención de la DIAN y ejercer el respectivo derecho de audiencia y defensa.

De otro lado, y de las pruebas aportadas con la demanda no se evidencia con claridad que al ser la empresa demandante un centro de enseñanza automovilística no sea responsable del IVA.

Así las cosas, y teniendo lo anterior, considera el despacho que no se reúnen las condiciones para decretar la medida cautelar solicitada.

Consecuentemente y luego del examen realizado, con base en la sana crítica y la libertad de apreciación probatoria, al no observarse una contradicción clara, entre las normas que regulan los responsables y no responsables del IVA, no encuentra razones valederas para afirmar, desde ahora, que el acto acusado resulta violatorio de las normas en que se sustentó la solicitud de suspensión provisional o de las que se han señalado como fundamento de la demanda en general y en consecuencia se requiere de una etapa de pruebas y debida valoración.

En ese punto, debe aclararse que, pese a que no se decrete la suspensión provisional solicitada, ello no conlleva *a priori*, establecer que el acto administrativo demandado fuera expedido conforme a la normativa que regula los responsables y no responsables del IVA, puesto que la legalidad solo se determinará de manera definitiva en la sentencia, cuando se analice de fondo el objeto de la presente litis, y luego de surtirse todas las etapas procesales pertinentes.

Así las cosas, se negará la medida cautelar solicitada.

Por lo expuesto,

R E S U E L V E

PRIMERO: NEGAR la medida cautelar solicitada por el **CENTRO DE ENSEÑANZA AUTOMOVILÍSTICA EDUSOFT LTDA**, frente a la Resolución de Reclasificación como responsable código nro. 6497 nro. 1164 del 22 de noviembre de 2022, por medio de la cual la demandada resolvió reclasificar de oficio como responsable de IVA, régimen común a la sociedad demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 091 del 31 de mayo de 2023.

Firmado Por:
Carlos Manuel Zapata Jaimes

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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: 465320f066fb39a0f2f6fc55d3c5091eeb45b262dee6dc9aa3d0799c9d1da090

Documento generado en 30/05/2023 10:08:55 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17-001-23-33-000-2023-00050-00
MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTES	DIEGO SAMIR MELO SOLARTE Y OTROS
DEMANDADOS	MUNICIPIO DE MANIZALES Y OTROS

De conformidad con la constancia que data del 17 de mayo de 2023, y para continuar con el trámite del proceso, procede el despacho a fijar fecha y hora para realizar la audiencia de Pacto de Cumplimiento.

En consecuencia, **FÍJESE** el día **VEINTIDÓS (22) DE JUNIO DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE Y TREINTA (9:30) DE LA MAÑANA**, como día y hora para realizar la diligencia establecida en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998.

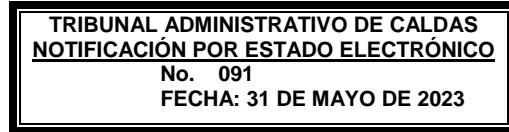
La audiencia se realizará a través de la plataforma Lifesize, y el link para ingresar es el siguiente (dar click):

<https://call.lifesizecloud.com/18269959>

Se advierte a las partes y demás intervenientes que deberán allegar con antelación a la audiencia los documentos que identifiquen al representante legal de las entidades, con las delegaciones que se realicen; de igual forma, en caso que requieran allegar sustituciones o renuncias de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos **a más tardar el día anterior a la celebración de la audiencia únicamente al correo sgtadmin1d@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO**



Firmado Por:

Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **d9de3dd60ecc4ca076cb873357f01daf98367c64d06f44a5c863252ef11b6287**
Documento generado en 30/05/2023 09:35:34 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO (ACUMULADO)	17-001-23-33-000-2022-00237-00 17-001-23-33-000-2022-00299-00
MEDIO CONTROL	DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A CONFIANZA
DEMANDADO	LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN

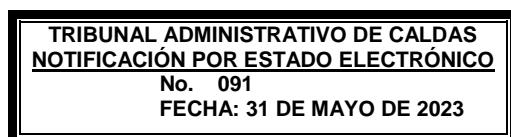
Procede el Despacho Uno del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la concesión del recurso de apelación interpuesto por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A Confianza contra el auto mediante el cual se negó la medida cautelar solicitada relacionada con la suspensión provisional de las Resoluciones 259 del 28 de febrero de 2022 y 005704 del 13 de julio de 2022.

Al verificar que el recurso es procedente, según lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, y por reunir los requisitos de ley, por su oportunidad y procedencia, **SE CONCEDE** en el efecto **DEVOLUTIVO** el recurso de apelación interpuesto el 27 de abril de 2023 por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A contra el auto dictado el 24 de abril del año en curso.

Por la Secretaría de la Corporación, remítase al Consejo de Estado el link pertinente para tener acceso al expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO



Firmado Por:

Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **a12cc79feae421a35023bdd33bbb039848638f123b1938e598ee4e18b2c87096**

Documento generado en 30/05/2023 09:37:09 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2022-00108-00
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE	ALBA LUCÍA IDÁRRAGA ÁLVAREZ
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES, AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P Y CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS.
VINCULADA	CAROLINA VARGAS VILLAMIL

SE ABRE EL PROCESO A PRUEBAS por el término establecido en el artículo 28 de la Ley 472 de 1998.

Hasta donde la ley lo permita, téngase como prueba documental la aportada por: **LA PARTE DEMANDANTE, MUNICIPIO DE MANIZALES, AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P Y CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS** y **el DEPARTAMENTO DE CALDAS**, al presente proceso.

I. PRUEBAS PARTE DEMANDANTE:

No hizo solicitud especial de pruebas.

II. PARTES DEMANDADAS:

MUNICIPIO DE MANIZALES

Solicitó se fije hora y fecha para la recepción del testimonio del Ingeniero **DANIEL FELIPE NARANJO PÉREZ**, Profesional Universitario de UGR, quien expondrá lo que le conste sobre la visita realizada al predio y el oficio UGR-1530 de 2022 que se aporta a la contestación.

Al ser conducente y pertinente **DECRÉTESE** la prueba testimonial solicitada. En consecuencia, Cítese a **DANIEL FELIPE NARANJO PÉREZ**, para que se sirva declarar sobre lo manifestado por la entidad en la contestación de la acción, en audiencia que se celebrará el día **ONCE (11) DE JULIO DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA.**

AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P

Solicitó se decretan las siguientes pruebas

Testimonial

Se cite a los señores:

- **LUIS FELIPE CASTAÑO GRANADA** Director de Redes de Aguas de Manizales S.A. E.S.P. • Alexander López Arboleda Coordinador Profesional Proceso de Redes de Aguas de Manizales S.A. E.S.P.
- **DANIEL ANDRES GIRALDO OSPINA** Subgerente de Operaciones Aguas de Manizales S.A. E.S.P.

Sobre el objeto de las declaraciones indicó que los deponentes declararan sobre lo que sepan y les conste de los hechos de la demanda y razones de la defensa. Además, declararan sobre lo manifestado en el informe técnico referente al estado de las redes operadas por la empresa en el lugar en cuestión y la red interna de alcantarillado en el predio el grito.

Al ser conducente y pertinente **DECRÉTESE** la prueba testimonial solicitada. En consecuencia, Cítese a **LUIS FELIPE CASTAÑO GRANADA** y a **DANIEL ANDRES GIRALDO OSPINA**, para que se sirva declarar sobre lo manifestado por la entidad en la contestación de la acción, en audiencia que se celebrará el día **ONCE (11) DE JULIO DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA.**

CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS – CORPOCALDAS

Solicitó se decrete las siguientes pruebas

DOCUMENTALES

Se oficie a:

Al municipio de Manizales para que se sirva allegar:

- Certificado sobre si a la fecha se ha priorizado esta zona para intervención con obras de manejo de aguas, perfilado de taludes o alguna obra de contención.
- Certificado sobre si a la fecha se han acatado las recomendaciones dadas por Corpocaldas en los Oficio 2018-IE-0014969 del 22 de junio de 2018, 2019-IE-00016660 del 28 de junio de 2019, 2021-IE00008868 del 08 de abril de 2021 y 2022-IE-00004917 del 28 de febrero de 2022, de los cuales se dio traslado a la autoridad municipal.

A la Unidad de gestión del riesgo de Manizales para que se sirva allegar:

- Certificación en la que se indique si a la fecha ha ordenado la evacuación preventiva de la vivienda 191 del Sector de Travesías en el Bajo Tablazo.

A Aguas de Manizales S.A. E.S.P. para que se sirva allegar:

- Certificado en el que se indique si la empresa tiene identificada o diagnosticada alguna falla en la cámara domiciliaria o en la red interna del predio localizado al frente de la casa 191 del sector Travesías del Bajo Tablazo, que pueda estar generando filtraciones al terreno.
- Certificado en el que se indique si la empresa a la fecha tiene programada alguna intervención en el lugar.

Al ser procedente y pertinente se decreta la prueba documental solicitada por Corpocaldas; en este orden de ideas por la Secretaría de la Corporación ofíciense al municipio de Manizales, a la Unidad de gestión del riesgo de Manizales y a Aguas de Manizales, para que en el término de diez (10) días se sirvan allegar la documentación que se relacionó en líneas anteriores.

TESTIMONIOS:

Se cite a los señores:

JHON JAIRO CHISCO LEGUIZAMON subdirector de Infraestructura Ambiental de Corpocaldas, Correo electrónico: jjchiscol@corpocaldas.gov.co

LUISA FERNANDA GONZÁLEZ VÉLEZ, Profesional Especializada de la subdirector de Infraestructura Ambiental de Corpocaldas, Correo electrónico: luisagonzalez@corpocaldas.gov.co

Sobre el objeto de la prueba indicó que los testigos depondrán sobre lo que sepan y les conste acerca de las condiciones de riesgo en que se encuentra la vivienda de la actora popular, la ausencia de riesgo para el resto del sector, las visitas efectuadas por Corpocaldas, las recomendaciones realizadas y en general sobre lo que sepan y les conste de lo dicho en esta contestación.

Al ser conducente y pertinente **DECRÉTESE** la prueba testimonial solicitada. En consecuencia, Cítese a **JHON JAIRO CHISCO LEGUIZAMON** y a **LUISA FERNANDA GONZÁLEZ VÉLEZ** para que se sirva declarar sobre lo manifestado por la entidad en la contestación de la acción, en audiencia que se celebrará el día **ONCE (11) DE JULIO DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 091 del 31 de mayo de 2023.

Firmado Por:
Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **826e49e411b0e211348f7f19153dae985e9fea0ce246684d30b625ccdfb5a202**
Documento generado en 30/05/2023 09:43:17 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Radicación: 17001-23-33-000-2021-00232-00.

Demandante: Alba Marina Delgado Cáceres.

Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación-.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-José Nicolas Castaño García-
Conjuez.

A.I. 222

Manizales, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

De acuerdo con el mandato conferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, contenido en el acta de sorteo de conjueces del 15 de marzo de 2023, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, **AVOCO** su conocimiento y procedo a decidir respecto de la admisión o inadmisión de este medio de control.

Estudiada la demanda, encuentra esta conjuez que se trata del medio de control estipulado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 y que reúne los requisitos contemplados en los artículos 155 a 164 del CPACA, por lo que, se **ADMITE** la demanda presentada por la señora **ALBA MARINA DELGADO CÁCERES**, por intermedio de apoderado judicial, contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, y en consecuencia, se imparten las siguientes ordenes:

- 1. Ejecutoriada esta providencia **NOTIFIQUESE**;**
 - 1.1. **POR ESTADO** a la parte demandante, de acuerdo a lo previsto en los artículos 171 y 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.**
 - 1.2. **PERSONALMENTE** al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales en la forma y los términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, mensaje que debe contener copia de esta decisión y de la demanda.**
 - 1.3. **PERSONALMENTE** al **FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN** y al **MINISTERIO PÚBLICO**, mediante el envío de la demanda y sus anexos a la dirección electrónica para notificaciones judiciales, de conformidad con lo descrito por los incisos tercero (3) y quinto (5) del artículo 199 del CPACA, modificado por el 48 de la Ley 2080 del 2021.**
 - 1.4. **A LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, de conformidad con lo descrito por los incisos tercero (3) y quinto (5) del artículo 199 del CPACA, modificado por el 48 de la Ley 2080 del 2021, mediante el envío de la**

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Radicación: 17001-23-33-000-2021-00232-00.

Demandante: Alba Marina Delgado Cáceres.

Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación-.

demandas y sus anexos a la dirección electrónica para notificaciones judiciales.

- 1.5. CORRASE TRASLADO** de la demanda a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por el término de treinta (30) días, dentro de los cuales podrán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía y presentar demanda de reconvenCIÓN.

El término del traslado sólo empezará a contabilizarse a los dos (2) días hábiles siguientes al envío del mensaje, y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente, de conformidad con lo descrito por el inciso cuatro (4) del artículo 199 del CPACA, modificado por el 48 de la Ley 2080 del 2021.

- 1.6.** Durante el término para dar respuesta a la demanda, la parte demandada deberá allegar el expediente administrativo de la parte demandante, en el que estén contenidos los antecedentes de la actuación objeto del proceso, requisito exigido en el parágrafo primero, del artículo 175 del CPACA.

- 2. RECONOCER PERSONERIA** para actuar en representación de la señora **ALBA MARINA DELGADO CÁCERES**, al abogado **GABRIEL DARIO RÍOS GIRALDO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.543.544 de Manizales y portador de la Tarjeta Profesional No. 85.616 del C.S.J., en los mismos términos y condiciones del poder obrante a folio 2 C.1.

Notifíquese y Cúmplase.



JOSÉ NICOLAS CASTAÑO GARCÍA
Conjuez

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho.

Radicación: 17001-23-33-000-2021-00232-00.

Demandante: Alba Marina Delgado Cáceres.

Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación-.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

La suscrita Secretaria certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación el Estado Electrónico nº. 091 del 31 de Mayo de 2023.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas'.

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretaria

P/



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 060

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad Electoral
Radicación:	17001-33-39-005-2022-00405-02
Demandante:	Iván Muñoz Cárdenas
Demandados:	Municipio de Palestina
	Concejo Municipal de Palestina
Vinculada:	Juliana Rodríguez Areyán

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº022 del 26 de mayo de 2023

Manizales, veintiséis (26) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 292 y 293 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar los recursos de apelación interpuestos por el Municipio de Palestina y el Concejo Municipal de Palestina contra la sentencia del treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que declaró la nulidad de la elección de la señora Juliana Rodríguez Areyán como secretaria general del concejo para el período correspondiente al año 2023.

LA DEMANDA

Pretensiones

El 13 de diciembre de 2022², actuando en nombre propio y en ejercicio del medio de control de nulidad electoral de que trata el artículo 139 del CPACA, el señor Iván Muñoz Cárdenas instauró demanda contra el Municipio de

¹ En adelante, CPACA.

² Archivo nº 001 del cuaderno 1 del expediente digital.

Palestina y el Concejo Municipal de Palestina³, solicitando lo siguiente⁴:

1. Que se declare la nulidad del acto adoptado por el Concejo Municipal de Palestina en sesión plenaria del 15 de noviembre de 2022, con el cual reelegió a la señora Juliana Rodríguez Areyán como secretaria general del concejo para el período correspondiente al año 2023.
2. Que como consecuencia de lo anterior, se anulen todos los actos y soportes que dieron lugar a la referida reelección y posesión.
3. Que se disponga la realización de un nuevo procedimiento tendiente a la elección de secretario general del Concejo Municipal de Palestina para el año 2023, previa convocatoria, en estricto cumplimiento de las disposiciones legales y constitucionales (Acto Legislativo 02 de 2015).

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente⁵:

1. Por disposición de la Constitución Política y de la ley, los concejos municipales eligen a un secretario general para un período de un año.
2. De conformidad con las adiciones que el Acto Legislativo 02 de 2015 hizo al artículo 126 de la Constitución Política, los secretarios generales de los concejos municipales deben ser elegidos previa convocatoria pública que garantice los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterio de mérito para la selección.
3. Por expresa disposición del Acto Legislativo 02 de 2015, no es entonces procedente adelantar un procedimiento directo de reelección para el cargo de secretario general del concejo municipal, pues es obligatorio realizar una convocatoria pública.
4. Pese a la disposición constitucional referida, el Concejo Municipal de Palestina hizo caso omiso de la misma, y mediante una simple proposición aprobada por mayoría, en sesión ordinaria del 15 de noviembre de 2022, sometió a consideración de los concejales la reelección para el período correspondiente al año 2023, de quien venía desempeñándose como secretaria general, esto es, de la señora Juliana Rodríguez Areyán, siendo aprobada igualmente por mayoría.

³ Archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴ Página 2 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵ Páginas 2 a 4 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

5. En la mencionada sesión ordinaria, el presidente del Concejo Municipal de Palestina declaró entonces la elección de la señora Juliana Rodríguez Areyán como secretaria general de dicha corporación pública para el período correspondiente al año 2023, dándole posesión del cargo con efectos fiscales a partir del 1º de enero de 2023.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones⁶: Acto Legislativo 02 de 2015 que adicionó el artículo 126 de la Constitución Política; CPACA: artículos 139 y 275 –numeral 5–; Ley 136 de 1994: artículos 23, 35 y 37; Ley 1904 de 2018: parágrafo transitorio del artículo 12; y Ley 2200 de 2022.

Indicó nuevamente que conforme al Acto Legislativo 02 de 2015 que adicionó el artículo 126 de la Constitución Política, para la elección de los secretarios generales de los concejos municipales debe adelantarse una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterio de mérito para la selección.

Explicó que aun cuando no existe actualmente ley que reglamente específicamente la aplicación de dicha disposición, lo cierto es que se debe aplicar en forma análoga la Ley 1904 de 2018, pues así se extrae del parágrafo transitorio de su artículo 12.

Indicó que si bien con la Ley 2200 de 2022 quedó eliminado el concurso de méritos para los municipios de 4^a, 5^a y 6^a categoría, con el fin de preservar sus finanzas, no puede pasarse por alto que la previa convocatoria pública para esta clase de elecciones sí se tiene que cumplir, so pena de que el procedimiento se considere inválido, como en este caso.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Municipio de Palestina y Concejo Municipal de Palestina⁷

Obrando debidamente representados y dentro de la oportunidad legal, el Municipio de Palestina y el Concejo Municipal de Palestina contestaron la demanda en escritos separados, a los cuales se hará referencia en un mismo

⁶ Páginas 4 y 5 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷ Páginas 1 a 19 del archivo n° 011 del cuaderno 1 del expediente digital, y páginas 1 a 19 del archivo n° 013 ibidem.

acápite, ya que el sentido de ambas contestaciones es igual.

Precisaron que el Municipio de Palestina es una entidad territorial de sexta categoría y, por tanto, el presupuesto que se le asigna para su funcionamiento se hace en estricto cumplimiento de los límites presupuestales establecidos por la ley, en particular por lo dispuesto en los artículos 10 y 20 de la Ley 617 de 2000 que establecen un valor máximo de gastos.

Con base en lo anterior, expusieron que para el momento en que se profirió la sentencia C-133 de 2021 de la Corte Constitucional, el Concejo Municipal de Palestina tenía su presupuesto aprobado y en ejecución, razón por la cual fue imposible desde el aspecto financiero, apropiar recursos que pudieran destinarse al pago vía contrato o convenio con una universidad con alta acreditación que practicase las pruebas de conocimiento, como lo exige la Ley 1904 de 2018.

Afirmaron que la parte actora desconoce lo previsto por el artículo 153 de la Ley 2200 de 2022 que modificó el parágrafo transitorio de la Ley 1904 de 2018 y señaló que para la elección de secretarios de los concejos municipales de entidades territoriales de 4^a, 5^a y 6^a categoría, no se aplicaría lo dispuesto en dicho parágrafo transitorio referente a la aplicación por analogía de la citada ley, con el fin de preservar sus finanzas territoriales.

En ese sentido, consideraron que los argumentos de la parte demandante carecen de sustento legal, ya que por disposición especial y posterior, no le es exigible a los concejos municipales de los municipios de 6^a categoría, dar estricto cumplimiento a los postulados del parágrafo transitorio de la Ley 1904 de 2018.

Sostuvieron que en un asunto similar al aquí debatido (radicado: 17001-33-33-004-2020-00030-02), el Tribunal Administrativo de Caldas profirió sentencia el 10 de marzo de 2021, con la cual negó la pretensión de nulidad de elección.

Precisaron que tanto el Municipio de Palestina como el Concejo Municipal no estaban facultados para adelantar la convocatoria para proveer el cargo de secretario general sin que previamente se hubiese designado la Institución de educación superior que adelantaría todo el proceso de convocatoria y elección.

Expusieron que el Concejo Municipal de Palestina realizó todas las acciones tendientes a dar un efectivo cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 1904 de 2018, es decir, para realizar la convocatoria pública para la elección del secretario general, pese a que no tenía destinación presupuestal para ello.

En efecto, afirmaron que mediante Resolución nº 17 del 9 de noviembre de 2021, el Concejo Municipal de Palestina convocó a instituciones de educación superior públicas o privadas a presentar propuesta técnica relacionada con la prueba de conocimiento de los aspirantes al cargo de secretario general de dicha corporación en el marco de una convocatoria pública para proveer el mencionado cargo para el período 2022, sin haber obtenido ninguna manifestación de interés.

Mencionaron que se realizaron gestiones ante la ESAP para estudiar la viabilidad del apoyo técnico de manera gratuita o por los menos con un costo bajo que se acomodara a las necesidades y circunstancias presupuestales del concejo municipal.

Manifestaron que el 26 de noviembre de 2021, el Concejo Municipal de Palestina nuevamente convocó a instituciones de educación superior, pero no recibió ninguna propuesta técnica.

Indicaron que al no haberse presentado propuestas por parte de instituciones de educación superior a las invitaciones públicas realizadas, no obstante que éstas fueron debidamente publicadas, aquellas tuvieron que declararse desiertas en más de dos ocasiones, y al no haberse ajustado a las condiciones presupuestales del concejo y del municipio, era necesario proveer provisionalmente el cargo de secretario general, pues se trata de un rol de vital importancia en el desarrollo de actividades ordinarias del concejo municipal.

Alegaron que la proposición llevada a cabo en el Concejo Municipal de Palestina no se realizó con argumentos infundados o carentes de justificación, pues con total claridad y sustento en las razones fiscales, se les manifestó a todos los concejales que la elección del secretario se efectuaba de manera transitoria, hasta tanto se pudiera adelantar el concurso de méritos previsto por la ley, pues la entidad no tenía los recursos para dicho procedimiento, pese a que llevó a cabo todas las actuaciones tendientes a su formalización y aplicación.

Mencionaron que en concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública se refirió que de no ser viable el concurso para proveer el cargo de contralor municipal en ese caso específico, éste podía proveerse mediante encargo mientras que el legislador fijara las reglas de la convocatoria pública y el proceso de selección.

En ese sentido, adujeron que las corporaciones de elección popular pueden sortear las dificultades y las situaciones de urgencia para la designación de sus servidores públicos en caso de ausencia total o parcial, mediante la figura

de la provisionalidad o el encargo. Acotaron que para este caso, al no existir un secretario auxiliar, suplente o encargado, se designó a una funcionaria que reuniera las calidades para este tipo de empleo, en cuanto al nivel académico, a la formación profesional, a la experiencia y a la idoneidad en el ejercicio de las funciones que demanda el cargo.

Expusieron que el nombramiento de la secretaria del Concejo Municipal de Palestina se realizó en el año 2022 de manera transitoria, pues dicha corporación no contaba, ni cuenta con la destinación presupuestal ni con los recursos necesarios tendientes a la realización del concurso de méritos que la ley dispone para la elección de dicho cargo.

Aclararon que con la expedición de la Ley 2200 de 2022, el Concejo Municipal de Palestina actuó conforme a la ley al designar mediante acta del 15 de noviembre de 2022 a la señora Juliana Rodríguez Areyán como secretaria, de acuerdo con el reglamento interno de la corporación.

Formularon los siguientes medios exceptivos:

1. ***"LEGALIDAD DEL ACTO DE REELECCIÓN ACUSADO"***, por cuanto la designación o reelección de la señora Juliana Rodríguez Areyán en el cargo de secretaria general del Concejo Municipal de Palestina a partir del 1º de enero de 2023 y hasta el 31 de diciembre del mismo año, es un nombramiento legal que se ajusta a las Leyes 136 de 1994 y 330 de 1996, en el sentido que tiene origen o justificación en motivos fiscales plenamente sustentables y probados, y que además encuentra apoyo en la expedición de la Ley 2200 de 2022. Acotó que el acto administrativo censurado no posee vicios en su expedición ni tampoco en la finalidad para la cual fue creado, más aún cuando no se ha comprobado por parte del demandante que existe algún tipo de falsa motivación o desviación de poder.
2. ***"INEXISTENCIA DE ILEGALIDAD SUSTANCIAL DEL ACTO DEMANDADO POR EXPEDICIÓN DE NORMATIVA ESPECIAL POSTERIOR QUE EXONERA EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS GENERALES de la ley 1904 de 2018 PARA EL CASO DE LOS SECRETARIOS DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES DE LOS MUNICIPIOS DE 6TA (sic) CATEGORÍA"***, en tanto, como se dijo anteriormente, el artículo 153 de la Ley 2200 de 2022 modificó el parágrafo transitorio de la Ley 1904 de 2018, señalando que para la elección de secretarios de los concejos municipales de entidades territoriales de 4^a, 5^a y 6^a categoría, no se tiene que aplicar por analogía la citada norma, con el fin de preservar sus finanzas territoriales.

3. ***"INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE LAS NORMAS INVOCADAS COMO VIOLADAS"***, toda vez que, como se ha venido exponiendo, el Concejo Municipal de Palestina ha obrado en estricto cumplimiento lógico y cronológico de las disposiciones contenidas en la Ley 1904 de 2018 y, en especial, de sus artículos 5 y 6, toda vez que el proceso de convocatoria no puede avanzar, ni expedirse resolución de apertura de la convocatoria, sin antes haber designado la institución de educación superior que acompañe el proceso de manera técnica.

Adujeron que carece de fundamentación fáctica y jurídica la afirmación hecha en la demanda, consistente en que la señora Juliana Rodríguez Areyán no cumple los requisitos exigibles para el cargo para el que fue designada, pues no realiza ningún análisis de la hoja de vida de la funcionaria, sino que asume que el encargo viola los presupuestos de ley.

4. ***"IMPOSIBILIDAD PRESUPUESTAL Y JURÍDICA PARA REALIZAR LA CONVOCATORIA PÚBLICA Y CONTRATAR UNA UNIVERSIDAD O INSTITUCIÓN DE EDUCACIÓN CON ALTA ACREDITACIÓN QUE REALIZARÁ EN EL AÑO 2021 LAS PRUEBAS DE CONOCIMIENTO"***, si se tiene en cuenta que el Concejo Municipal de Palestina adelantó todas las acciones tendientes a dar efectivo cumplimiento al artículo 12 de la Ley 1908 de 2018, pese a que no tenía destinación presupuestal para ello, sin perjuicio de lo cual no recibió propuesta técnica alguna para la elección de la institución de educación superior que acompañaría la convocatoria para el cargo de secretario general, viéndose obligado a realizar el encargo y, posteriormente, a reelegir a la misma persona por autorización de la Ley 2200 de 2022.
5. ***"EXCEPCIÓN GENÉRICA"***, respecto de todos aquellos hechos que se demuestren en el proceso y constituyan una excepción a las pretensiones de la demanda.

Juliana Rodríguez Areyán

No contestó la demanda, según se manifestó en constancia secretarial visible en el expediente⁸.

LA SENTENCIA APELADA

⁸ Archivo n° 019 del cuaderno 1 del expediente digital.

El 31 de marzo de 2023, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia⁹, a través de la cual: **i)** declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada; **ii)** declaró la nulidad de la elección de la señora Juliana Rodríguez Areyán como secretaria general del Concejo Municipal de Palestina; y **iii)** se abstuvo de condenar en costas. Lo anterior, con fundamento en lo siguiente.

Expuso que dentro de los funcionarios que los concejos municipales pueden elegir conforme al numeral 8 del artículo 313 de la Constitución Política, se encuentran los secretarios.

Indicó que la elección de tales servidores se encuentra establecida en los artículos 35 y 37 de la Ley 136 de 1994, los cuales disponen que será para un período de un año, así como los requisitos para ser designado en dicho cargo.

Refirió que el inciso 4º del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2015, estableció que la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas debe estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Precisó que dicha norma constitucional, al introducir la modalidad de convocatoria pública reglada por la ley, con determinación de los requisitos y procedimientos que garanticen los mencionados principios, modifica ciertamente, por ser de superior jerarquía normativa y además, posterior, lo establecido en los artículos 35 y 37 de la Ley 136 de 1994 sobre la elección de los secretarios de los concejos municipales.

Indicó que la ley que regule la convocatoria pública para la elección de secretarios de los concejos municipales no ha sido expedida por el Congreso de la República; lo que llevó a que el Consejo de Estado señalara que hasta tanto no se regule la materia por la ley, dichas corporaciones públicas tienen facultad regulatoria de adoptar procedimientos que permitan garantizar los principios constitucionales consagrados en el inciso 4º del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2015.

Ahora bien, con la expedición de la Ley 1904 de 2018, a través de la cual se regula la convocatoria de la elección del Contralor General de la República, el panorama legal descrito y advertido por el Consejo de Estado, sufrió una

⁹ Archivo nº 027 del cuaderno 1 del expediente digital.

variación, pues el parágrafo transitorio del artículo 12 de dicha norma consagró que sus preceptos se aplicarían por analogía a otras elecciones asignadas a las corporaciones públicas, mientras el Congreso de la República expedía normatividad especial para ellas.

En ese sentido, indicó que el referido parágrafo transitorio cobijó la designación del secretario general de los concejos municipales, al tratarse de un servidor elegido por éstos, como corporación político-administrativa, a la luz de los postulados del artículo 312 constitucional.

Manifestó que el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 fue derogado expresamente por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019, con la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

Sin embargo, explicó que al ser demandado el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 ante la Corte Constitucional, ésta declaró su inexistencia parcial a través de sentencia C-133 de 2021, en la cual consideró que con aquél se desconocían los principios constitucionales de consecutividad e identidad flexible en relación con el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018.

Manifestó que con posterioridad se expidió la Ley 2200 de 2022, que modificó el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, estableciendo que éste no se aplicaría para la elección de los secretarios de los concejos municipales de entidades territoriales de 4^a, 5^a y 6^a categoría, con el fin de preservar sus finanzas territoriales.

Trajo a colación providencia del Consejo de Estado del 15 de septiembre de 2022 (radicado: 05001-23-33-000-2022-00677-01), de la cual destacó que la designación del secretario del concejo municipal pasa por tres tipos de criterios: **i)** la adecuación de las autoridades que desarrollan el trámite, cambiando siempre las referencias al Congreso de la República por la mención de los órganos locales; **ii)** la adaptación de los procedimientos contenidos allí a las circunstancias sociales y económicas de cada entidad territorial; y **iii)** la aplicación de las normas que resulten pertinentes, desechando las que no.

Enfatizó así mismo que en dicho pronunciamiento el Consejo de Estado recalcó que mientras no se expida la ley correspondiente, las corporaciones tienen cierto grado de discrecionalidad para realizar la designación respectiva; lo cual no significa arbitrariedad, e implica en todo caso que la designación deba estar precedida de una convocatoria pública (diferente a concurso de méritos), que esté guiada y permeada por los principios

constitucionales, y ceñirse en lo que sea compatible con lo reglado por la Ley 1904 de 2018.

De conformidad con lo anterior, consideró entonces que los concejos municipales cuentan con un margen de maniobra para realizar la designación que permita elegir el secretario general de la corporación de acuerdo con su situación administrativa, lo que no supone que se pueda desconocer la convocatoria pública, guiada y permeada por los principios constitucionales de legalidad, publicidad, debido proceso, entre otros.

Expresó si bien la Ley 2200 de 2022 señaló que para el caso de la elección de los secretarios de los concejos municipales de entidades territoriales de 4^a, 5^a y 6^a categoría (categoría esta última que ostenta el Municipio de Palestina), y con el fin de preservar sus finanzas territoriales, no se aplicarían por analogía las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de Contralor General de la República previstas en la Ley 1904 de 2018, ello no obsta para que se cumpla un procedimiento en la elección de dicho cargo que garantice los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Advirtió que en este caso concreto, el Concejo Municipal de Palestina no agotó durante los primeros 10 días del mes de enero del período constitucional, un procedimiento administrativo tendiente a garantizar que previo a la designación para el cargo de secretario general, se hubiere dado publicidad de la existencia de tal vacancia y del reclutamiento de variados perfiles para su provisión, con el fin de preservar, como lo enseña la jurisprudencia transcrita, los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterio de género como lo exige la norma suprallegal contenida el inciso 4^o del artículo 126 de nuestra Constitución Política, misma que, en todo caso, prevalece sobre el reglamento interno.

Por lo expuesto, acogió las pretensiones de la parte demandante y se abstuvo de condenar en costas, por tratarse de un asunto de interés público.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión adoptada por el Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, el Municipio de Palestina¹⁰ y el Concejo Municipal de Palestina¹¹ interpusieron y sustentaron recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, en los términos que se indican a continuación y que son iguales tanto para el Municipio de Palestina como para el Concejo Municipal

¹⁰ Archivo nº 030 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹ Archivo nº 031 del cuaderno 1 del expediente digital.

de Palestina, pese a que presentaron sus recursos en escritos separados.

Reiteraron que el Municipio de Palestina es una entidad territorial de sexta categoría y, por tanto, el presupuesto que se le asigna para su funcionamiento se hace en estricto cumplimiento de los límites presupuestales establecidos por la ley, en particular por lo dispuesto en los artículos 10 y 20 de la Ley 617 de 2000 que establecen un valor máximo de gastos.

Señalaron que el artículo 153 de la Ley 2200 de 2022 modificó el parágrafo transitorio de la Ley 1904 de 2018, estableciendo que para la elección de secretarios de los concejos municipales de entidades territoriales de 4^a, 5^a y 6^a categoría, no se aplicaría lo dispuesto en dicho parágrafo transitorio referente a la aplicación por analogía de la citada ley, con el fin de preservar las finanzas territoriales.

En ese sentido, consideraron que los argumentos de la parte demandante y la interpretación del Juzgado frente a la aplicabilidad del parágrafo transitorio de la Ley 1904 de 2018, carecen de sustento legal y hermenéutico, ya que por disposición especial y posterior, no le es exigible a los concejos municipales de los municipios de 6^a categoría, adelantar convocatorias ni concursos públicos de méritos para la elección de sus secretarios.

Refirieron que conforme al Acuerdo 096 de 2012, con el cual se adoptó el nuevo reglamento interno del Concejo Municipal de Palestina, la elección del secretario, reelegible a criterio de la corporación, se realiza en el primer período legal respectivo, debiendo acreditar para ocupar dicho cargo, las condiciones previstas por el artículo 37 de la Ley 136 de 1994.

Adujeron que la interpretación del Juez de primera instancia partió de la inexequibilidad del artículo 336 de la Ley 1955 de 2019, hecha en la sentencia C-133 de 2021, y no de la nueva disposición contenida en el artículo 153 de la Ley 2200 de 2022, desconociendo que con éste ya no es obligatorio adelantar el concurso de méritos regulado en la Ley 1904 de 2018.

Sostuvieron que el acto de reelección de la señora Juliana Rodríguez Areyán se funda en facultades otorgadas por ley a los concejos, los cuales tienen autonomía para proveer los cargos para su funcionamiento, al no existir norma constitucional que exija la realización de concurso público de méritos para todos los municipios. Acotaron que la regla general del mérito no es absoluta y tiene excepciones que pueden fundarse en la voluntad del legislador.

Trajeron a colación nuevamente la sentencia del 10 de marzo de 2021, dictada

por este Tribunal en un asunto similar al aquí debatido (radicado: 17001-33-33-004-2020-00030-02), con la cual negó la pretensión de nulidad de elección.

Manifestaron que la reelección de la señora Juliana Rodríguez Areyán en el cargo de secretaria general del Concejo Municipal de Palestina a partir del 1º de enero de 2023 y hasta el 31 de diciembre del mismo año, es un nombramiento legal que se ajusta a las disposiciones de la Ley 2200 de 2022 en lo que respecta a la preservación de las finanzas territoriales.

Indicaron que el acto de reelección es más bien un acto de elección que está amparado en el artículo 153 de la Ley 2200 de 2022, que al presumirse constitucional, produce plenos efectos jurídicos para las administraciones municipales, las corporaciones públicas y los particulares.

Expusieron que no es dable al Juez Administrativo inaplicar la excepción de la convocatoria pública prevista en el artículo 153 de la Ley 2200 de 2022, porque es ajustada a la Constitución Política mientras no se declare su inexequibilidad.

Enfatizaron que el análisis hecho por el Juez de primera instancia contradice la excepción legal establecida en el artículo 153 de la Ley 2200 de 2022, en el sentido que el Concejo Municipal de Palestina no estaba en la obligación de realizar una convocatoria pública, a pesar de que estos actos de nombramiento, sean de carácter discrecional, están sometidos a unos límites fijados por la misma jurisprudencia, donde bien se prescribe que el funcionario encargado, deberá reunir los mismos requisitos exigidos para el servidor público elegido en el concurso de méritos.

Afirmaron que el Acuerdo 096 de 2012 que adoptó el nuevo reglamento interno del Concejo Municipal de Palestina, y con el cual se puede realizar la elección discrecionalmente y reelegir si es del caso al funcionario que haya ocupado el cargo, puede interpretarse como la facultad de autonomía que se le reconoce a los concejos municipales.

Mencionaron que en concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública se analizó el efecto de la reviviscencia de la ley por una sentencia de constitucionalidad, en este caso la Ley 1955 de 2019 en su artículo 336 que derogó las disposiciones de la Ley 1904 de 2018 y con ello eliminó el requisito de convocatoria pública para la elección de los funcionarios de las corporaciones de elección popular y lo remitía a la Ley 136 de 1994. Puntualizaron que lo anterior significa que durante el término de vigencia del entonces Plan Nacional de Desarrollo, los concejos gozaban de plena autonomía para la nominación y elección de sus funcionarios; y que el Acto

Legislativo de 2015 pretende desarrollar la Constitución, exigiendo que la elección de los funcionarios de las corporaciones de elección popular tenga que estar mediada por una convocatoria pública en los términos del artículo 126 constitucional.

Alegaron que la excepción contenida en la Ley 2200 de 2022 se presume completamente constitucional y, por lo tanto, el Juez debe explicar en su criterio por qué se apartó de aplicar la norma especial, sin poder simplemente argumentar la nulidad de una elección por la simple ausencia de una convocatoria pública.

Por lo anterior, solicitaron revocar la providencia recurrida y, en su lugar, declarar probadas las excepciones propuestas y declarar la legalidad del acto de nombramiento de la señora Juliana Rodríguez Areyán y de todos los actos realizados en ejercicio de sus funciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante¹²

Solicitó confirmar la providencia recurrida y, además, compulsar copias a las autoridades disciplinarias, penales y/o fiscales que correspondan, toda vez que la indebida elección del secretario general del Concejo Municipal de Palestina se viene dando desde el año 2018.

Reiteró que con el procedimiento de reelección lógicamente se inobservó el artículo 126 de la Constitución Política, lo cual da lugar a la declaratoria de nulidad.

Sostuvo que pese a que el Concejo Municipal de Palestina conocía la obligatoriedad de adelantar un procedimiento administrativo publicitado, transparente, incluyente y garantista, previo a la designación en el cargo de secretario de la corporación, aprobó por mayoría la proposición de reelección, desconociendo incluso la propuesta de uno de los concejales de adelantar el trámite de convocatoria correspondiente.

Cuestionó que la parte recurrente pretenda confundir la convocatoria pública previa con un concurso de méritos, cuando ambas figuras propenden por ampliar las posibilidades de participación y acceso a los cargos públicos, pero difieren en la rigidez y el limitado marco discrecional que la primera de ellas otorga a la respectiva corporación política administrativa.

¹² Archivo nº 010 del cuaderno 2 del expediente digital.

Señaló que justamente en la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas citada por los apelantes, se precisa que el inciso 4º del artículo 126 de la Constitución Política constituye una norma supra legal que configura un marco jurídico que sigue siendo la orientación para esos cuerpos colegiados en las elecciones que deben adoptar, en especial en lo referido a los principios que gobiernan este tipo de actuaciones, y a la exigencia de una convocatoria pública como medio que concrete los criterios de participación, transparencia y publicidad.

Concejo Municipal de Palestina

Intervino de manera extemporánea, según da cuenta constancia secretarial visible en el expediente¹³.

Municipio de Palestina

Guardó silencio.

Juliana Rodríguez Areyán¹⁴

Manifestó coadyuvar las razones de hecho y de derecho esgrimidas por el Municipio de Palestina y por el Consejo Municipal de Palestina.

Sostuvo que conforme a lo previsto por el artículo 37 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con el artículo 153 de la Ley 2200 de 2022, el procedimiento a aplicar para la elección de secretario del Concejo Municipal de Palestina, es el relacionado en el acuerdo que adoptó el nuevo reglamento interno de dicha corporación, teniendo en cuenta que la entidad territorial es de 6^a categoría.

Precisó que la reelección no es un acto reglado, como sí lo es una elección, puesto que la misma palabra establece que se reelege lo que está elegido, motivo que por lógica jurídica excluiría la necesidad de realizar convocatoria de demás participantes, puesto que generaría falsas expectativas a quienes entrarían a participar. Sobre el particular, citó apartes de concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Por lo anterior, solicitó revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, declarar la legalidad del acto de elección de la señora Juliana Rodríguez Areyán como secretaria del Concejo Municipal de Palestina para el período constitucional 2023.

¹³ Archivo nº 016 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁴ Archivo nº 009 del cuaderno 2 del expediente digital.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador 29 Judicial II para Asuntos Administrativos emitió concepto¹⁵, a través del cual solicitó desestimar los argumentos planteados en los recursos de apelación y, en su lugar, confirmar la providencia recurrida.

Inicialmente señaló que para el asunto bajo estudio existe una norma de especial relevancia, y es la contenida en el artículo 4 de la Constitución Política, que establece el principio de supremacía constitucional.

Luego, se refirió al inciso 4º del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2015, con base en el cual, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas debe estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Indicó que aun cuando este principio constitucional de la convocatoria pública que concreta otros valores y principios constitucionales no ha sido desarrollado formalmente en una norma de rango legal, ello no le resta su carácter de disposición superior.

Citó apartes de dos pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el tema, de los cuales extrajo que si bien los artículos 35 y 37 de la Ley 136 de 1994 le asignan al concejo municipal la función de elegir al secretario de la corporación, con la posibilidad de reelegirlo, deben interpretarse a partir de los parámetros del artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015, que modificó el artículo 126 de la Constitución, al ser de superior jerarquía y posterior. En ese sentido, acotó que hay un mandato constitucional, libre de excepción alguna, según el cual debe realizarse la respectiva convocatoria previa la elección de servidores en corporaciones públicas.

Descendiendo al caso concreto, manifestó que, tal como lo consideró el Juez de primera instancia, en el proceso de reelección de la señora Juliana Rodríguez Areyán como secretaria del Concejo Municipal de Palestina, se desconocieron mandatos constitucionales vigentes y de obligatorio acatamiento, esto es, se incurrió en un vicio de nulidad insaneable.

En efecto, adujo que hubo un desconocimiento flagrante de la directriz constitucional contenida en el inciso 4º del artículo 126 constitucional, en el sentido que la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones

¹⁵ Archivo nº 015 del cuaderno 2 del expediente digital.

públicas debe estar precedida de una convocatoria pública que permite concretar en estos procesos otros valores y principios de claro raigambre constitucional, como los de moralidad y publicidad (artículo 209), así como los de trasparencia y participación (artículo 40).

Aseguró que la falta de expedición de una ley que regule el mandato constitucional de convocatoria pública previa, no impide su reconocimiento y aplicación en los procesos de elección de secretarios de los concejos municipales de sexta categoría como es el caso del Municipio de Palestina, pues afirmar lo contrario equivaldría a negar una vigencia directa e inmediata del inciso 4º del artículo 126 de la Constitución Política, violando además de manera abierta el principio de supremacía constitucional y eficacia directa de la Constitución, conforme al artículo 4 ibidem.

Expuso que una lectura sistemática y finalista del parágrafo transitorio del artículo 153 de la Ley 2200 de 2022 con el artículo 126 de la Constitución Política, permite distinguir entre convocatoria pública previa y proceso de elección.

Explicó que el criterio de convocatoria pública previa se aplica a todos los procesos de elección de servidores públicos atribuidos a corporaciones públicas, conforme al inciso 4º del artículo 126 constitucional; mientras que el proceso de elección, salvo los concursos regulados por ley, debe reglamentarse en una ley, que mientras se expide se aplica por analogía lo establecido en la Ley 2200 de 2022. En ese sentido, señaló que la elección de los secretarios de los concejos municipales de entidades territoriales de 4^a, 5^a y 6^a categoría no desconoce el criterio de convocatoria pública previa, sin perjuicio de que, con el fin de preservar sus finanzas territoriales, no se aplique lo dispuesto en el parágrafo transitorio respecto del proceso de elección.

Afirmó que en su criterio, el principio constitucional de convocatoria pública previa es general para todos los procesos de elección de secretarios de los concejos municipales, y que lo que cambia es el procedimiento mismo de elección, que debe ser diferente para los municipios de 4^a, 5^a y 6^a categoría a los cuales no se les aplica por analogía lo establecido en el parágrafo transitorio del artículo 153 de la Ley 2200 de 2022.

Aclaró que, contrario a lo que afirman los recurrentes, adelantar una convocatoria pública previa no implica convertir el proceso de elección del secretario del concejo municipal en un concurso de méritos, pues claramente ese no es el espíritu de la norma y así lo advierte el Consejo de Estado en su jurisprudencia, ya que lo que se busca garantizar es que en tales procesos

existan unos estándares mínimos de trasparencia, publicidad y participación, que efectivamente no se dieron en la reelección de la señora Juliana Rodríguez Areyán como secretaria del Concejo Municipal de Palestina.

Finalmente sostuvo que con el proceso de reelección se violó además el propio reglamento municipal, pues éste señala que la elección de secretario debe hacerse dentro de los primeros diez días del año.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer de los recursos de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 21 de abril de 2023¹⁶, y allegado en la misma fecha al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹⁷.

Devolución expediente. Con auto del 24 de abril de 2023¹⁸, el Despacho devolvió el expediente al Juzgado de origen para que subsanara la posible irregularidad cometida frente a los recursos de apelación interpuestos y no concedidos. El 25 de abril de 2023¹⁹, el proceso pasó nuevamente a Despacho para resolver.

Admisión y alegatos. Por auto del 25 de abril de 2023²⁰ se admitieron los recursos de apelación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 292 del CPACA, para lo cual se ordenó poner a disposición de la parte contraria los memoriales de apelación, dejar el expediente en Secretaría para que las partes presentaran sus alegatos y enviar el expediente al Agente del Ministerio Público para efectos de que emitiera el respectivo concepto. Sólo la parte demandante y la vinculada, señora Juliana Rodríguez Areyán presentaron alegatos dentro del término concedido²¹. El Ministerio Público emitió concepto fiscal en esta oportunidad²².

Paso a Despacho para sentencia. El 15 de mayo de 2023 el proceso ingresó a Despacho para sentencia²³, la que se dicta en seguida, atendiendo lo previsto por el artículo 293 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

¹⁶ Archivo nº 001 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁷ Archivo nº 002 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁸ Archivo nº 003 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁹ Archivo nº 006 del cuaderno 2 del expediente digital.

²⁰ Archivo nº 007 del cuaderno 2 del expediente digital.

²¹ Archivos nº 010 y 009, respectivamente, del cuaderno 2 del expediente digital.

²² Archivo nº 015 del cuaderno 2 del expediente digital.

²³ Archivo nº 016 del cuaderno 2 del expediente digital.

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por el Municipio de Palestina y el Concejo Municipal de Palestina contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales que accedió a las pretensiones de la demanda.

Problema jurídico

La cuestión que debe resolverse en el *sub examine* se centra en dilucidar los siguientes interrogantes:

- *¿La elección y reelección de los secretarios generales de los concejos municipales pertenecientes a entidades territoriales de 6^a categoría, deben estar precedidas, en todos los casos, de una convocatoria pública?*
- *¿La aplicación del reglamento interno del Concejo Municipal de Palestina (Acuerdo 096 de 2012), en concordancia con el artículo 37 de la Ley 136 de 1994, prevalece sobre lo dispuesto por el artículo 126 de la Constitución Política, en punto a la exigencia de que la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas debe estar precedida de una convocatoria pública?*

Para despejar la cuestión planteada, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos debidamente acreditados; **ii)** marco normativo respecto de la elección de secretario general de los concejos municipales; y **iii)** examen del caso concreto.

1. Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

- a) Mediante Acuerdo n° 096 del 31 de agosto de 2012²⁴, el Concejo Municipal de Palestina adoptó el nuevo reglamento interno de la corporación, del cual se destacan las siguientes disposiciones:

ARTÍCULO 31. ELECCIÓN DE FUNCIONARIOS. Los Concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez (10) días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres (3) días de anticipación. En los casos de faltas absolutas, la elección podrá hacerse en cualquier período de sesiones ordinarias o extraordinarias que para el efecto convoque el Alcalde.

²⁴ Páginas 37 a 96 del archivo n° 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

Siempre que se haga una elección después de haberse iniciado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso. (Ley 136/94, art. 35).

ARTÍCULO 32. POSESIÓN DE FUNCIONARIOS. Los funcionarios elegidos por el Concejo tendrán un plazo de quince (15) días calendario para su respectiva posesión excepto en los casos de fuerza mayor en los cuales se prorrogará este término por quince (15) días más.

Ninguna autoridad podrá dar posesión a funcionarios elegidos por el Concejo que no acrediten las calidades exigidas para el cargo, o que estén incurso en las causales de inhabilidad que señalen la Constitución y la Ley, previa comprobación sumaria. El funcionario que contravenga lo dispuesto en este artículo, incurrirá en causal de mala conducta. (Ley 136/94, art. 36).

Se debe exigir la posesión como complemento para adquirir la plenitud de los derechos y obligaciones inherentes al cargo.

(...)

ARTÍCULO 35. SECRETARIO. El Concejo Municipal elegirá un Secretario, para un período de un año, reelegible a criterio de la Corporación y su primera elección se realizará en el primer período legal respectivo, esto en el mes de febrero del respectivo año.

En los municipios de las categorías especial deberán acreditar título profesional. En la categoría primera deberán haber terminado estudios universitarios o tener título de nivel tecnológico. En las demás categorías deberán acreditar título de bachiller o acreditar experiencia administrativa mínima de dos (2) años.

En casos de falta absoluta habrá nueva elección para el resto del período y las ausencias temporales las reglamentará el Concejo. (Ley 136/94, art. 37).

- b) De conformidad con el Decreto nº 116 del 20 de octubre de 2021²⁵, y atendiendo los criterios fijados por el artículo 6 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 2 de la Ley 617 de 2000, el alcalde del Municipio de Palestina determinó en categoría 6^a a dicha entidad territorial, para la vigencia fiscal 2022.
- c) A través de Oficio nº CM – 229 – 2021 del 29 de octubre de 2021²⁶, el presidente del Concejo Municipal de Palestina convocó a todas las instituciones de educación superior, públicas o privadas, para que presentaran propuesta técnica, en aras de suscribir contrato o convenio de colaboración, para la realización de la prueba de conocimientos de que

²⁵ Páginas 104 y 105 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶ Páginas 123 a 126 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

trata la Ley 1904 de 2018, dentro del procedimiento de elección de secretario general del concejo municipal para el período 2022.

- d) Mediante Resolución nº 017 del 9 de noviembre de 2021²⁷, el presidente del Concejo Municipal de Palestina solicitó a la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), información en relación con el trámite para adelantar proceso de elección de secretario general del concejo municipal mediante proceso de meritocracia, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1904 de 2018.
- e) Con Oficios nº CM – 237 – 2021 del 11 de noviembre de 2021²⁸ y nº CM – 238 – 2021 del 11 de noviembre de 2021²⁹, el presidente del Concejo Municipal de Palestina envió a las universidades de Manizales y de Caldas, copia de la resolución proferida por dicha corporación, a efectos de que se pronunciaran si estaban o no interesadas en realizar la prueba de conocimiento para la elección de secretario general del concejo municipal para el período 2022.
- f) Mediante oficio del 24 de noviembre de 2021³⁰, el rector de la Universidad de Caldas le manifestó al presidente del Concejo Municipal de Palestina que no era viable presentar propuesta por temas relacionados con la disponibilidad de docentes expertos en la materia y la oportunidad en el uso de las plataformas necesarias para el desarrollo del proceso.
- g) Por Resolución nº 018 del 26 de noviembre de 2021³¹, el presidente del Concejo Municipal de Palestina convocó nuevamente a todas las instituciones de educación superior, públicas o privadas, para que presentaran propuesta técnica, en aras de suscribir contrato o convenio de colaboración, para la realización de la prueba de conocimientos de que trata la Ley 1904 de 2018, dentro del procedimiento de elección de secretario general del concejo municipal para el período 2022.
- h) Con oficio del 13 de diciembre de 2021³², la directora técnica de procesos de selección de la ESAP le informó al presidente del Concejo Municipal de Palestina que la entidad no tenía previsto abrir ninguna convocatoria para la apertura y ejecución de concursos en lo que restaba del año, lo que no obstante para que el próximo año se definiera programación, pudiendo vincularse las entidades que así lo requirieran.

²⁷ Página 149 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁸ Página 151 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁹ Página 150 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁰ Página 152 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

³¹ Páginas 127 a 130 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

³² Página 153 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

- i) El 16 de diciembre de 2021, el presidente del Concejo Municipal de Palestina presentó proposición tendiente a que se realizara nombramiento transitorio no superior a 6 meses en el cargo de secretario general de la corporación, hasta tanto se pudiera adelantar y culminar la convocatoria pública de que trata la Ley 1904 de 2018³³. Lo anterior, por cuanto consideró que debía garantizarse el ejercicio de la función administrativa, máxime cuando dentro del concejo no existían funcionarios de carrera que permitieran acudir a la figura de encargo.
- j) Obra en el expediente la hoja de vida correspondiente a la señora Juliana Rodríguez Areyán³⁴.
- k) Según consta en el expediente, en sesión extraordinaria del 17 de diciembre de 2021, conforme al Acta nº 90, se realizó la designación transitoria para el cargo de secretario general del Concejo Municipal de Palestina³⁵.
- l) Con Resolución nº 023 de 30 de diciembre de 2021³⁶, el presidente del Concejo Municipal de Palestina designó de forma transitoria a la señora Juliana Rodríguez Areyán, como secretaria general del Concejo Municipal de Palestina, por un término no superior a 6 meses, correspondiente al período comprendido entre el 1º de enero de 2022 y el 30 de junio del mismo año. Lo anterior, con el fin de poder adelantar la convocatoria pública prevista por la Ley 1904 de 2018, de no afectar la prestación del servicio, y a la espera de que se sancionara la ley que establecería si la elección de secretario del concejo debía realizarse conforme a la Ley 1904 de 2018.
- m) Mediante Resolución nº 003 del 17 de febrero de 2022³⁷, la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Palestina convocó públicamente a todos los interesados en participar en el proceso de elección de secretario general de la corporación para el período restante del año 2022.
- n) Consta en el expediente que la citada convocatoria fue publicada no sólo en la página web de la Alcaldía del Municipio de Palestina³⁸, sino también en el recinto del Concejo Municipal³⁹.

³³ Página 155 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁴ Páginas 131 a 148 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁵ Página 156 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁶ Páginas 156 y 157 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁷ Páginas 192 a 200 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁸ Página 201 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁹ Páginas 202 y 203 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

- o) Por Resolución nº 004 del 17 de febrero de 2022⁴⁰, la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Palestina nombró una comisión accidental para conformar el comité evaluador para el proceso de elección de secretario general de la corporación.
- p) Según se advierte en el expediente, a la convocatoria pública para el cargo de secretario general del Concejo Municipal de Palestina sólo se inscribió la señora Juliana Rodríguez Areyán⁴¹.
- q) De conformidad con el informe sobre verificación y cumplimiento de requisitos de cada aspirante al cargo de secretario general del Concejo Municipal de Palestina, la señora Juliana Rodríguez Areyán cumplió los requisitos mínimos expresos en la convocatoria⁴².
- r) El 22 de febrero de 2022, el Concejo Municipal de Palestina expidió el listado definitivo de aspirantes admitidos y no admitidos a la convocatoria pública para el cargo de secretario general de dicha corporación, evidenciándose que sólo se encontraba la señora Juliana Rodríguez Areyán en calidad de admitida⁴³.
- s) El 22 de febrero de 2022, el presidente del Concejo Municipal de Palestina citó a los aspirantes que hubiesen resultado admitidos para la elección de secretario de la corporación⁴⁴.
- t) En Acta nº 16 de sesión ordinaria del 25 de febrero de 2022 del Concejo Municipal de Palestina⁴⁵, consta que se eligió a la señora Juliana Rodríguez Areyán como secretaria general del Concejo Municipal de Palestina, por el tiempo que restara del período constitucional.

En desarrollo de la discusión de este tema, se observa que se explicó lo siguiente en relación con el procedimiento adelantado:

***PRESIDENTE:** Bueno concejales como cada uno de nosotros sabemos que la convocatoria 03 de día 17 de febrero de 2022 se inicio (sic) este día entonces vamos a darle trámite al proceso, (...).*

(...)

⁴⁰ Páginas 190 y 191 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴¹ Página 184 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴² Páginas 185 y 186 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴³ Páginas 188 y 189 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁴ Página 183 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁵ Páginas 24 a 36 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

PRESIDENTE: Entonces como bien saben nosotros hicimos el procedimiento ceñidos a la norma vasados (sic) en el decreto (sic) 2200 del 08 de febrero donde Fenancon nos envía el comunicado donde nos dice que la ley 1904 fue derogada, el proceso se inicio (sic) en el día 17 donde se hizo todo lo pertinente, fue publicado en la gaceta de la administración municipal en la gaceta de nuestro concejo y por la página web de la administración municipal, el procedimiento se hizo y a este proceso solo (sic) se presento (sic) una persona la niña Juliana Areyan (sic) fue la única que presento (sic) su hoja de vida a la corporación, de hecho se nombró una comisión accidental para el estudio pertinente de las hojas de vida y atender las reclamaciones y como bien saben solo (sic) hubo una reclamación de un ciudadano que no estaba participando del proceso, entonces la convocatoria fue el 17 de febrero, es decir que hemos tenido transparencia en el proceso como bien saben todo lo hicimos basado a la norma según el articulo (sic) 35 del reglamento interno del concejo y la ley 136 del 1994 en el articulo (sic) 35 y la constitución política en el artículo 126, tiene la palabra la concejala Yenifer .

H.C YENIFER VALENCIA: Gracias señor presidente muy buenos días para todos yo si (sic) quiero añadirle como miembro de la mesa directiva del concejo y es que precisamente todo lo que usted mencionaba que quede todo claro en el acta, primero retomamos que recibimos el comunicado por parte de la federación nacional de concejos FENACON, donde nos mencionan que por medio del presente escrito nos permitimos informarles que el día 08 de febrero de la presente nulidad fue sancionado (sic) la ley 2200 del 2022 “por la cual se dictan normas pendientes a modernizar la organización en funcionamiento de los departamentos, en la cual se estableció.

“Artículo 153. Modifíquese el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, el cual quedará así:

Parágrafo transitorio. Mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente ley se aplicará por analogía. Para el caso de la elección de los secretarios de los concejos municipales de entidades territoriales de categorías 4a, 5a y 6a y con el fin de preservar sus finanzas territoriales, no se aplicará lo dispuesto en el presente parágrafo transitorio.

En virtud del artículo antes citado es de anotar que el procedimiento establecido de la ley 1904 del 2018 para elegir a los o las secretarias de las corporaciones, solo (sic) será predictable para los concejos municipales de categorías especiales 1ra, 2da,3ra esto con el fin de salvaguardar las finanzas de los cabildos de las demás categorías. Así las cosas, la elección de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas de categoría 4ta, 5ta y 6ta se regirá por lo establecido en el articulo (sic) 2 del acto administrativo del 2015, es decir una convocatoria pública, donde se respeten los principios de transparencia, publicidad equidad de género, participación ciudadana etc.”

Entonces retomo señor presidente, este documento ya había sido leído aquí en la corporación, pero quiero dejar claro que en base a este comunicado y a esta ley recientemente sancionada fue que el concejo municipal y la mesa directiva del año 2022 comienza con ese proceso de convocatoria donde usted bien mencionaba, otra vez de la resolución N°03 de febrero 17 de 2022, iniciamos con todo este proceso y las fechas son las siguientes donde nos dice primero la publicación de la convocatoria que fue el 17 de febrero 2022 se hace en la gaceta tanto del concejo municipal como en la alcaldía, la inscripción de los aspirantes que era uno de los requisitos debía ser personalmente el 17 de febrero 2022 hasta el 21 de febrero de 2022 en horario de oficina en el recinto del concejo y el día 21 de febrero solo (sic) hasta las 10:00 am, donde la publicación de números de aspirantes inscritos se realizaba el 21 de febrero de 2022 en la página también de la alcaldía, informe por parte de la comisión accidental, yo si (sic) le solicito señor presidente que al finalizar mi intervención se (sic) la comisión accidental la que se pronuncie y nos puedan contar ante el recinto como (sic) fue este proceso y que (sic) encontraron ellos, de la misma manera dice que informe por parte de la comisión accidental sobre verificación y cumplimiento con los requisitos de cada aspirante fecha 21 de febrero, la presunción y reclamaciones desde el 21 de febrero de 2022 por lo tanto es muy importante que también por favor nos den información concreta de la reclamación que usted mencionaba si se dio dentro de los términos legales que estableció esta resolución y dentro del horario y también la respuesta a las reclamaciones, también nos indica la convocatoria la publicación del listado de admitidos y no admitidos que se debía realizar el día 22 de febrero del 2022 en la página de la alcaldía y también en la gaceta del concejo municipal, todo esto a (sic) surgido señor presidente, esto es una información publica (sic) cualquier ciudadano pudo acercarse al recinto del concejo como revisar de manera actual la página de la alcaldía www.palestinacaldas.go.co y efectivamente allí se encuentra la información en las fechas pertinentes de acuerdo a la resolución y por ultimo (sic) elección en sesión de plenaria el 25 de febrero 2022 a las 9:00 am en el concejo municipal de palestina caldas, que efectivamente honorables concejales, es lo que estamos surgiendo el día de hoy para finalizar este proceso de la convocatoria de la elección de secretario en el recinto del concejo, por lo tanto señor presidente de la misma manera le solicito que sea usted la persona que nos mencione todo el proceso todo lo que ha sucedido mediante los documentos existentes y si es necesario que también la secretaría haga lectura de ellos para que quede todo claro y que quede en el acta de la sesión del día de hoy, esa era toda mi intervención señor presidente queda claro que el concejo municipal garantiza la convocatoria de acuerdo al cronograma de acuerdo con la resolución 03 todo se surtió de acuerdo a como quedo (sic) estipulado por la mesa directiva y estamos culminando hoy este proceso dictado precisamente por la ley 2200 del 2022 y recordar también que precisamente no se había podido terminar este proceso esperando la sanción de esta ley y es por esto que la mesa directiva del año anterior no pudo surtir esta convocatoria y no pudo realizar la elección de secretaria por lo tanto nos surtió a nosotros como la mesa directiva de esta vigencia.

H.C ERIBERTO (sic) HENAO: Buenos días para todos, yo soy integrante de la comisión que esta (sic) compuesta por el honorable concejal Sandro, honorable concejal Julio Cesar (sic), el día 21 a las 10:00 am estuvimos aquí presentes para

darle revisión a las hojas de vida que se presentaron en la convocatoria que se hizo desde 17 hasta el 21 después de las 10:00 am revisamos la única hoja de vida que entro (sic) que fue de la niña Juliana Rodriguez (sic) Areyan (sic) revisamos todos los pasos a seguir y vimos que cumplía con todos los requisitos, no encontramos ninguna hoja de vida más, entonces procedimos a calificarla y darle el visto bueno cumplimos con los horarios, muchas gracias presidente.

H.C JULIO CESAR (sic) SOTO: *Buenos días honorables concejales, es para argumentar todo el proceso, que se hizo la convocatoria de obligación, se hizo inscripción de aspirantes, la comisión accidental realizo (sic) la verificación de requisitos mínimos y de hecho todo el proceso como lo dice de control interno del concejo municipal, igual hay unos asesores que están a nivel nacional y ellos sacan varias conclusiones, la primera conclusión es que los concejos municipales de categoría 4ta, 5ta y 6ta no están obligados aplicar (sic) por anualidad el procedimiento establecido en la ley 1904 de 2018 para la reelección del secretario general, segunda conclusión los concejos municipales de categoría 4ta, 5ta y 6ta para la elección de secretario general aplicaran (sic) el procedimiento dispuesto en el reglamento interno y en la resolución que para tales fines expida la mesa directiva para reglamentar la convocatoria pública, tercera conclusión los concejos municipales de categoría 4ta, 5ta y 6ta para la elección de secretario general deberá incluir en el acto administrativo de convocatoria las disposiciones que permitan cumplir los principios establecidos en el articulo (sic) 126, principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de méritos para su elección, estoy viendo que estamos llevando todo conforme a la ley y a lo que los asesores nos dicen, igualmente los miembros de la comisión accidental, hicieron el informe y nada mas (sic) presentaron una hoja de vida con base en lo entregado revisamos todos los documentos y todo esta (sic) en regla como lo dice la ley, eso era todo muchas gracias.*

H.C SANDRO CARDONA: *Gracias presidente yo como integrante de la comisión accidental, la verdad yo si (sic) estaba muy inquieto porque solamente se presento (sic) una sola aspirante pero también pregunte (sic) y estuve atento y el concejo publico (sic) en la gaceta del concejo, en la página de la alcaldía, entonces se hizo una convocatoria transparente que no se hayan presentado mas (sic) pues ya no es problema de nosotros, nosotros lo que hicimos fue revisar la hoja de vida que cumpliera con los requisitos mínimos poder aceptar esta hoja de vida, entonces la verdad todo se ha hecho transparente, ya explicaron la norma, la concejala Yenifer también ya explico (sic) bien como (sic) es el concejal Julio Cesar (sic) también ya miro (sic) y acabo (sic) de decir que las normas se están cumpliendo, entonces yo creo que ya es hora que lo ponga en consideración la elección de secretario y que todo quede en el acta todo claro.*

(...)

PRESIDENTE: *Buenos concejales yo solo (sic) quiero agregar algo en la intervención de la concejala segunda vicepresidente Yenifer ella nos cita la resolución 003 y nos hace lectura de la ley 2200 del 08 de febrero de 2022 donde*

fenacon (sic) nos envía el documento y nos habla del parágrafo transitorio este parágrafo también quedo (sic) citado en la resolución 003 que dice así “que mientras el congreso de la república regula las demás elecciones de los servidores públicos atribuidos a las corporaciones públicas conforme a lo establecido en el inciso cuarto del articulo (sic) 126 de la constitución política la presente ley se aplica por analogía para el caso de la elección de secretario de concejos municipales de entidades territoriales de categorías 4ta,5ta y 6ta y con el fin de preservar sus finanzas territoriales no se aplica lo dispuesto en el presente parágrafo transitorio”. (...)

(...)

- u) El mismo 25 de febrero de 2022, la señora Juliana Rodríguez Areyán se posesionó como secretaria general del Concejo Municipal de Palestina⁴⁶, por el tiempo que restara del período constitucional. Se indicó que quien se posesionaba había sido elegida en sesión ordinaria de la fecha, previa convocatoria pública realizada mediante Resolución nº 003 del 17 de febrero de 2022.
- v) Según consta en acta de sesión ordinaria del 15 de noviembre de 2022 del Concejo Municipal de Palestina⁴⁷, la reelección de la secretaria de dicha corporación pública para el período comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2023, fue incluida en el orden del día, con ocasión de la proposición que al respecto hizo el concejal Sandro de Jesús Cardona el 2 de noviembre de 2022 y que fue aprobada por plenaria.
- w) Tal como se observa en el acta referida⁴⁸, al poner en consideración de los concejales del Municipio de Palestina el tema de reelección de la secretaria, el presidente de la corporación manifestó no estar de acuerdo, ya que el procedimiento no le quedaba claro y consideró que debieron haber hecho una convocatoria pública, como en otras oportunidades, teniendo en cuenta que el reglamento interno no está por encima de la Constitución Política. Por su parte, el concejal Sandro de Jesús Cardona refirió que su propuesta estaba bien argumentada, ya que el reglamento interno los faculta para reelegir al secretario.
- x) La reelección de la secretaria del Concejo Municipal de Palestina fue aprobada por mayoría⁴⁹, así: 7 concejales votaron afirmativamente (Sandro de Jesús Cardona, Martha Coronado Pulido, Gloria Elena Restrepo, Jorge Luis Vásquez Giraldo, Luis Felipe Arrubla, Leidy Johana Vergara Franco y Eriberto Henao Manrique), uno votó en sentido contrario (Jorge Iván

⁴⁶ Páginas 22 y 23 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁷ Páginas 9 a 13 del archivo nº 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁸ Páginas 9 a 13 del archivo nº 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁹ Páginas 9 a 13 del archivo nº 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

Valencia), otro se abstuvo de votar para no incurrir en un conflicto de intereses (Albino Meza Henao), y los dos restantes no votaron por no encontrarse en el recinto del concejo (Yenifer Vanesa Valencia y Julio César Soto Gallego). Se indicó que la posesión surtiría efectos a partir del 1º de enero de 2023 y hasta el 31 de diciembre del mismo año.

- y) Mediante concepto del 13 de diciembre de 2022⁵⁰, el Departamento Administrativo de la Función Pública resolvió consulta elevada por el Concejo Municipal de Muzo (Boyacá), relacionada con la reelección de quien fungía como secretario general de la corporación. Al respecto, dicha entidad sostuvo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 136 de 1994, el secretario del concejo municipal corresponde a un empleo de período fijo, el cual debe ser elegido para un período de un año, reelegible a criterio de la corporación; por lo que si ésta, en ejercicio de su autonomía, decide reelegirlo, puede hacerlo sin necesidad de adelantar el procedimiento de la Ley 1904 de 2018.

2. Marco normativo respecto de la elección de secretario general de los concejos municipales

De conformidad con el artículo 312 de la Constitución Política, modificado por el artículo 5 del Acto Legislativo 1 de 2007, “[e]n cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. (...).”.

Dentro de las funciones de los concejos municipales, se encuentra la de elegir a los demás funcionarios que la ley determine (numeral 8 del artículo 313 de la Constitución Política).

Atendiendo lo previsto por los artículos 35 y 37 de la Ley 136 de 1994, los secretarios generales de los concejos municipales hacen parte de los funcionarios que tales corporaciones públicas se encuentran en potestad de elegir:

ARTÍCULO 35. ELECCIÓN DE FUNCIONARIOS. Los concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación. En los casos de faltas absolutas, la elección podrá hacerse en cualquier período de sesiones ordinarias o extraordinarias que para el efecto convoque el alcalde.

⁵⁰ Páginas 97 a 103 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

Siempre que se haga una elección después de haberse iniciado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso.

(...)

ARTÍCULO 37. SECRETARIO. *El Concejo Municipal elegirá un secretario para un período de un año, reelegible a criterio de la corporación y su primera elección se realizará en el primer período legal respectivo.*

En los municipios de las categorías especial deberán acreditar título profesional. En la categoría primera deberán haber terminado estudios universitarios o tener título de nivel tecnológico. En las demás categorías deberán acreditar título de bachiller o acreditar experiencia administrativa mínima de dos años.

En casos de falta absoluta habrá nueva elección para el resto del período y las ausencias temporales las reglamentará el Concejo. (Líneas fuera de texto).

Tal como lo ha señalado el Consejo de Estado⁵¹, de la norma transcrita se desprende lo siguiente:

- i) La elección del secretario general es atribuida directamente a los concejos municipales, a través de sus plenarias.
- ii) El secretario debe ser elegido para un período de un año.
- iii) Dependiendo de la categorización de los municipios en el país, existen diferentes calidades y requisitos para acceder a dicho empleo.
- iv) Las faltas absolutas dan lugar a una nueva designación por el tiempo que faltare, teniendo en cuenta el rasgo característico de los períodos institucionales.
- v) Las faltas temporales deben ser reglamentadas por el propio concejo municipal, que para el caso concreto del Concejo Municipal de Palestina⁵², serán suplidas por un secretario ad-hoc que podrá ser un concejal, por un empleado público de la administración central, o por vinculación en calidad de prestación de servicios por el tiempo que dure la ausencia.
- vi) El artículo 37 de la Ley 136 de 1994 no contempla un procedimiento para la elección de los secretarios generales, de manera que no es norma

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Magistrada Ponente: Dra. Rocío Araújo Oñate. Sentencia del 14 de julio de 2022. Radicación: 05001-23-33-000-2021-02010-02.

⁵² Página 57 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

especial en esta materia.

- vii) Del texto literal de la norma se extrae que los concejos tienen la facultad de reelegir al secretario, como una manifestación irrestricta de su autonomía. Tal facultad quedó igualmente expresa en el reglamento interno del Concejo Municipal de Palestina⁵³.

No obstante lo anterior, en reciente sentencia del 14 de julio de 2022⁵⁴, el Consejo de Estado explicó que como el artículo 37 de la Ley 136 de 1994 no contempló ningún trámite o procedimiento para la elección, en un primer momento la escogencia de secretario se reguló directamente por los concejos sin límite aparente alguno; circunstancia que se atenuó con el artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2015, tal como se analizará en seguida.

El artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015, previó que: *“Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección”*.

Es con fundamento en lo anterior que se entiende que la amplia facultad atribuida a los concejos municipales para la elección y reelección de secretario general conforme a la Ley 136 de 1994, quedó supeditada a lo establecido por el inciso 4º del artículo 126 de la Constitución Política, esto es, a una convocatoria pública reglada por la ley, ceñida a los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito.

Como es sabido, a la fecha, no existe ley que regule la convocatoria pública para realizar la elección de secretarios de concejos municipales. Sin embargo, y aun cuando la Ley 1904 de 2018 establece las reglas de la convocatoria pública para la designación del Contralor General de la República, por disposición expresa del parágrafo transitorio original del artículo 12 de la mencionada ley⁵⁵, tal norma es aplicable por analogía a otras elecciones asignadas a las corporaciones públicas, hasta tanto se expida la normativa

⁵³ Página 55 del archivo nº 011 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Magistrada Ponente: Dra. Rocío Araújo Oñate. Sentencia del 14 de julio de 2022. Radicación número: 05001-23-33-000-2021-02010-02.

⁵⁵ **“PARÁGRAFO TRANSITORIO.** Mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente ley se aplicará por analogía”.

especial para éstas.

En ese sentido, en principio, la convocatoria pública para la elección de secretario general de concejos municipales debe realizarse atendiendo los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley 1904 de 2018, y garantizando los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Sobre este punto, el Consejo de Estado ha precisado que⁵⁶, como la aplicación de la Ley 1904 de 2018 se hace por analogía, los concejos municipales cuentan con un margen de autonomía para determinar la forma en la que adelantarán la convocatoria de secretario general, teniendo en cuenta sus realidades económicas y sociales. En efecto, en este sentido en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, se indicó que “(...) *en la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018, los Concejos Municipales deben tener en cuenta la categoría y la complejidad de los municipios, para efectuar la elección del Secretario de la corporación, de forma que, con observancia de los plazos fijados por dicha ley, adapten el procedimiento establecido en la misma, a las condiciones sociales y económicas del municipio, con la finalidad de que su aplicación sea eficaz, ágil y oportuna*”⁵⁷.

Así mismo, el Alto Tribunal en lo Contencioso⁵⁸ ha señalado que ese margen de autonomía para realizar la elección de secretario general, tampoco puede significar arbitrariedad y, en todo caso, implica que la designación debe estar precedida de una convocatoria pública, que no se asimila a un concurso de méritos, la cual, a su vez, deberá estar guiada y permeada por los principios constitucionales, toda vez que estos tienen aplicación directa⁵⁹.

En este punto, es necesario reseñar lo siguiente en relación con la vigencia de la Ley 1904 de 2018. El artículo 336 de la Ley 1955 de 2019, con la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, derogó expresamente el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018. Con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019, la Corte Constitucional declaró en sentencia C-133 de 2021,

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Dr. Pedro Pablo Vanegas Gil. Auto del 13 de abril de 2023. Radicación número: 68001-23-33-000-2022-00674-01.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Dr. Édgar González López. Concepto del 11 de diciembre de 2018. Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00234-00(2406).

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Dr. Pedro Pablo Vanegas Gil. Auto del 13 de abril de 2023. Radicación número: 68001-23-33-000-2022-00674-01.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Dr. Pedro Pablo Vanegas Gil. Auto del 7 de diciembre de 2022. Radicación número: 05001-23-33-000-2022-01220-01.

la inexequibilidad de dicha norma por vulneración de los principios de consecutividad e identidad flexible, como quiera que la derogatoria del parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 no fue materia de debate durante el trámite legislativo de la Ley 1955 de 2019. Así pues, la inconstitucionalidad del artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 generó la reviviscencia del parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018.

Ahora bien, el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 fue modificado por el artículo 153 de la Ley 2200 de 2022, en los siguientes términos: *“Mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente ley se aplicará por analogía. Para el caso de la elección de los secretarios de los concejos municipales de entidades territoriales de categorías 4a, 5a y 6a y con el fin de preservar sus finanzas territoriales, no se aplicará lo dispuesto en el presente parágrafo transitorio”* (líneas fuera de texto).

3. Examen del caso concreto

Con fundamento en el análisis normativo realizado, la Sala de Decisión considera que, en la medida en que el Concejo Municipal de Palestina pertenece a una entidad territorial de sexta categoría, no se encuentra obligado legalmente a aplicar el procedimiento previsto por la Ley 1904 de 2018, pues existe una norma posterior que expresamente lo exime, con el fin de preservar sus finanzas.

Ahora bien, lo anterior no implica en modo alguno lo que pretende la parte recurrente, pues si bien el Concejo Municipal de Palestina no está supeditado al estricto procedimiento señalado por la Ley 1904 de 2018, lo cierto es que, conforme a lo previsto por el inciso 4º del artículo 126 de la Constitución Política, sí tiene el deber constitucional de adelantar una convocatoria pública para la elección del secretario general de la corporación, entendida como “(...) *un acto a través del cual se inicia un proceso selectivo abierto a la población en general, en el cual desde el principio y de manera expresa se especifican ciertas reglas y condiciones de participación*”⁶⁰, con la cual se garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Para este Tribunal no cabe duda de que la improcedencia de aplicar analógicamente la Ley 1904 de 2018 para el caso concreto del Concejo

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Magistrada Ponente: Dra. Rocío Araújo Oñate. Sentencia del 23 de marzo de 2017. Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00219-01.

Municipal de Palestina, sumada a la inexistencia de normativa especial que regule de manera expresa la materia, no da lugar a que se acuda al artículo 37 de la Ley 136 de 1994, desconociendo no sólo que dicha norma no contempla un trámite de elección, sino que el inciso 4º del artículo 126 de la Constitución Política exige que esa clase de designaciones estén precedidas de una convocatoria pública.

De hecho, tal como quedó reseñado en el acápite de hechos acreditados, con anterioridad a la designación que ahora se discute, el Concejo Municipal de Palestina adelantó una convocatoria pública para la elección de secretario general que, si bien no cumplía exactamente los requisitos contemplados en la Ley 1904 de 2018, sí respetó los principios señalados en el artículo 126 de la Constitución Política.

Situación diferente se observa para el período 2023, pues el Concejo Municipal de Palestina no realizó una nueva convocatoria pública para la designación de secretario general, sino que acudió a la figura de la reelección, conforme al artículo 37 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con su reglamento interno.

Al respecto, en providencia del 10 de febrero de 2022⁶¹, el Consejo de Estado consideró que “*(...) las convocatorias públicas para la designación de los secretarios generales de los concejos municipales deben efectuarse en todos los casos, incluso cuando se pretende la reelección de los ciudadanos que ostentan tal calidad*” (líneas fuera de texto). Lo anterior se afirmó con fundamento en lo siguiente:

127. La convocatoria es entonces uno de los presupuestos de validez del procedimiento de elección del secretario y sus implicaciones se extienden incluso a los casos en los que se pretende la reelección del funcionario que viene ostentando el cargo. Ello, por cuanto, en este estadio inicial del proceso, se encuentra demostrado que:

a. Desde una perspectiva gramatical, la reelección ha sido comprendida por la jurisprudencia de esta Sala como una nueva elección, en la que se escoge por segunda vez y de manera consecutiva a un servidor⁶².

En ese sentido, ostentando el estatus de una elección, su desarrollo –el de la

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Magistrada Ponente: Dra. Rocío Araújo Oñate. Auto del 10 de febrero de 2022. Radicación número: 05001-23-33-000-2021-02010-01.

⁶² Cita de cita: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 08001-23-31-000-2004-01427-02. M.P. Darío Quiñones Pinilla. Sentencia del 22 de junio de 2006: “*La palabra reelegir, significa volver a elegir, es decir elegir por segunda vez de manera consecutiva, es así, que para que se configure el fenómeno de la reelección se requiere: i) que la misma persona sea elegida en períodos consecutivos para la misma dignidad ii) que efectivamente haya continuidad en el ejercicio del cargo en los períodos consecutivos.*”

reelección – deberá estar gobernado por los preceptos del parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, que exigen siempre la puesta en marcha de una convocatoria.

Es decir que, aunque se permita la reelección del secretario general del concejo municipal, el procedimiento para ello deberá estar mediado por las indicaciones ofrecidas en el artículo 12 ejusdem.

b. Desde un criterio de especialidad, se tiene que el parágrafo transitorio al que se alude contempla los presupuestos básicos para la escogencia del secretario, presentándose como una norma adjetiva especial que no se ve reemplazada por los mandatos del artículo 37 de la Ley 136 de 1994.

De esta manera, mientras el artículo 37 permite la reelección del secretario general de los concejos municipales, el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 contempla los parámetros que se deben seguir en ese propósito, ante la ausencia de regulación legal en la Ley 136 de 1994.

Así las cosas, la Ley 1904 de 2018 es norma especial en punto del trámite de escogencia del secretario de los cabildos.

c. Desde un punto de vista teleológico, exceptuar la reelección de la cuerda procedural estructurada en el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 conllevaría un flagrante desconocimiento de los postulados que alimentan dicha disposición, relacionados con la participación ciudadana, el mérito, la transparencia y la publicidad, a las voces del inciso 4º del artículo 126 constitucional.

Lo anterior significa que, en esta fase inicial del proceso, permitir la reelección de los secretarios sin la existencia de convocatorias previas, supondría desconocer que en todos los casos su escogencia debe resultar de un procedimiento democrático⁶³, en el que pueda implicarse la ciudadanía a través de la postulación de candidaturas, la presentación de pruebas y entrevistas y, en general, estableciendo los controles sociales necesarios. (Línea y negrilla son del texto).

La anterior argumentación se reiteró por el Consejo de Estado en la sentencia del 14 de julio de 2022⁶⁴, en la que además precisó que como la elección del secretario general ocurre anualmente, los concejos municipales deben lanzar convocatorias individuales para cada período, sin que los procedimientos públicos realizados en el pasado puedan suplir dicha obligación, como

⁶³ Cita de cita: La democracia más allá de las elecciones por voto popular. Ver, en ese sentido: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2015-00016-00. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sentencia del 8 de septiembre de 2016.

⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Magistrada Ponente: Dra. Rocío Araújo Oñate. Sentencia del 14 de julio de 2022. Radicación número: 05001-23-33-000-2021-02010-02.

pretendió hacerse en este asunto.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que la elección de la señora Juliana Rodríguez Areyán para el período 2023, se apartó igualmente del término establecido en el artículo 35 de la Ley 136 de 1994, pues la misma no se realizó en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación del período constitucional, sino en el mes de noviembre del año inmediatamente anterior.

Finalmente es necesario señalar que, contrario a lo manifestado por la parte recurrente, la sentencia del 10 de marzo de 2021⁶⁵, dictada por este Tribunal en segunda instancia y con la cual se negó la pretensión de nulidad de elección del secretario general del Concejo Municipal de Neira, no guarda relación en lo absoluto con el asunto aquí debatido, pues allí no sólo hubo convocatoria pública previa a la designación, sino que además se analizó si aquella debía tener criterios propios de un concurso de méritos, pese a que se trata de figuras diferentes, y si la elección se había dado en plenaria. En todo caso, la referida providencia dejó claro lo siguiente:

Al margen de la derogatoria de la disposición normativa que permitía aplicar el procedimiento previsto en la Ley 1904/18 a la elección de los servidores a cargo de las corporaciones públicas territoriales, y en ausencia de un dispositivo legal que materialice los postulados esbozados en el canon 126 constitucional, inciso 4°, esta norma suprallegal configura un marco jurídico que sigue siendo la orientación para esos cuerpos colegiados en las elecciones que deban adoptar, en especial en lo referido a los principios que gobiernan este tipo de actuaciones, y a la exigencia de una convocatoria pública como medio que concreta los criterios de participación, transparencia y publicidad.

Nótese que lo exigido por la carta fundamental es que las decisiones electorales en este ámbito se hallen precedidas de una convocatoria pública, institución que si bien se asemeja a otras como el concurso de méritos en cuanto ambas propenden por ampliar las posibilidades de participación y acceso a los cargos públicos, difieren en la rigidez y el limitado marco discrecional que la primera de ellas otorga a la respectiva corporación política administrativa.

Conclusión

Por todo lo expuesto, esta Sala de Decisión considera que la realización de una convocatoria pública para la elección del secretario general del Concejo Municipal de Palestina para el período 2023, era un requisito indispensable

⁶⁵ Tribunal Administrativo de Caldas. Sala Cuarta de Decisión. Magistrado Ponente: Dr. Augusto Morales Valencia. Sentencia del 10 de marzo de 2021. Radicación número: 17001-33-33-004-2020-00030-02.

para salvaguardar los principios constitucionales de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección, que se pretendieron garantizar con la modificación que el Acto Legislativo 2 de 2015 introdujo al artículo 126 de la Constitución Política.

En ese orden de ideas, el Tribunal considera que el acto declarativo de la elección de la señora Juliana Rodríguez Areyán como secretaria general del Concejo Municipal de Palestina para el período 2023, transgrede lo previsto por el inciso 4º del artículo 126 de la Constitución Política, en tanto, si bien por la categoría de la entidad territorial dicha corporación no tenía el deber de seguir el procedimiento previsto en la Ley 1904 de 2018, sí le era exigible adelantar una convocatoria pública en los términos constitucionales previstos. Adicionalmente, el Concejo Municipal de Palestina no debió acudir a la figura de la reelección, pues, como se vio, ésta entraña una nueva elección que debe estar sujeta a las reglas correspondientes y, además, al hacer uso de ella, se atentaría contra los principios constitucionales que justamente se pretendieron garantizar con el Acto Legislativo 2 de 2015.

En ese sentido, el Tribunal concuerda con la declaratoria de nulidad del acto de elección y, por ello, confirmará la sentencia de primera instancia.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no procede condena en costas en este asunto, por tratarse de un proceso en el que se ventila un interés público.

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

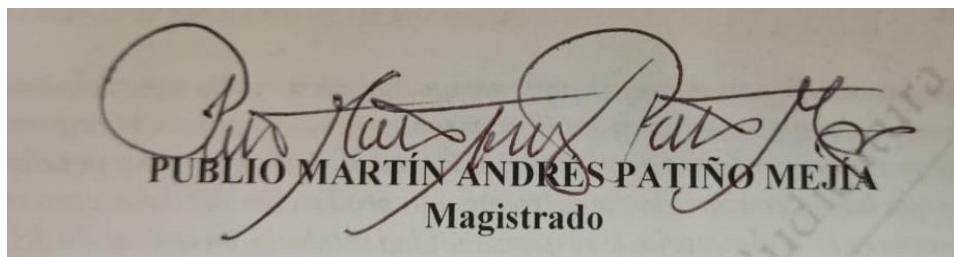
Primero. CONFÍRMASE la sentencia del treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad electoral promovido por el señor Iván Muñoz Cárdenas contra el Municipio de Palestina y el Concejo Municipal de Palestina, y al cual se vinculó a la señora Juliana Rodríguez Areyán.

Segundo. SIN COSTAS, por expresa disposición legal.

Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 289 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



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Ausente con permiso

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
<u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u>
No. 091
FECHA: 31/05/2023



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 061

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Acción:	Reparación Directa
Radicación:	17001-33-39-008-2016-00125-02
Demandantes:	José Leonardo Rendón Quiceno y otros
Demandado:	Servicios Especiales de Salud
Llamada en	
Garantía:	La Previsora S.A. Compañía de Seguros

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº022 del 26 de mayo de 2023

Manizales, veintiséis (26) 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)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de reparación directa promovido por el señor José Leonardo Rendón Quiceno y otros contra Servicios Especiales de Salud², y al cual se llamó en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

LA DEMANDA

Pretensiones

En ejercicio del medio de control interpuesto el 12 de abril de 2016³, la parte demandante solicitó lo siguiente⁴:

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, SES.

³ Página 2 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴ Páginas 14 y 15 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

1. Que se declare administrativamente responsable a la entidad accionada, por la muerte de la señora Julia Rosa Uribe Marín, ocurrida el 15 de febrero de 2014, con ocasión de una falla en la prestación del servicio médico.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la parte demandada al pago de los siguientes perjuicios a favor de cada uno de los demandantes, en la siguiente proporción:

DEMANDANTE	CALIDAD EN QUE CONCURRE	PERJUICIOS MORALES (s.m.l.m.v.)	PERJUICIOS FISIOLÓGICOS (s.m.l.m.v.)	PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD (s.m.l.m.v.)
José Leonardo Rendón Quiceno	Esposo	100	100	100
Marta Cecilia Rendón Uribe	Hija	100	50	50
José Leopoldo Uribe Marín	Hermano	100	50	50

3. Que se actualice la condena de conformidad con lo establecido en el artículo 138 del CPACA.

Hechos

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los supuestos de hecho⁵ que, en resumen, indica la Sala:

1. La señora Julia Rosa Uribe Marín nació el 30 de octubre de 1953 en Risaralda (Caldas).
2. El 26 de diciembre de 1976, la señora Julia Rosa Uribe Marín contrajo matrimonio con el señor José Leonardo Rendón Quiceno. De dicha unión nació la señora Marta Cecilia Rendón Uribe el 2 de octubre de 1977.
3. Los padres de la señora Julia Rosa Uribe Marín concibieron igualmente al señor José Leopoldo Uribe Marín, quien nació el 23 de septiembre de 1944.

⁵ Páginas 8 a 14 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

4. El 27 de diciembre de 2013, la señora Julia Rosa Uribe Marín fue remitida del hospital local de Risaralda a SES, con impresión diagnóstica de hernia inguinal encarcelada.
5. El mismo 27 de diciembre de 2013 a las 10:42 p.m., la señora Julia Rosa Uribe Marín fue intervenida quirúrgicamente en SES.
6. El 30 de diciembre de 2013 a las 11:42 a.m., se consignó en la historia clínica de la señora Julia Rosa Uribe Marín que ésta había presentado un episodio de emesis de características fecaloïdes, razón por la cual se ordenó pasar sonda nasogástrica, así como realizar radiografía de abdomen de pie y prueba de electrolitos. Se consideró que podía ser un ileo adinámico.
7. El 31 de diciembre de 2013 a las 9:30 a.m., la paciente fue valorada por cirujano general, quien consideró que posiblemente tenía un cuadro de obstrucción intestinal versus "ILESO" (sic)⁶. Por lo anterior, solicitó una Tomografía Axial Computarizada (TAC)⁷ abdominal contrastada.
8. Entre el 27 de diciembre de 2013 y el 14 de enero de 2014, la señora Julia Rosa Uribe Marín fue intervenida quirúrgicamente en tres ocasiones.
9. El 5 de febrero de 2014 a la 1:59 p.m., se registró en la historia clínica que la paciente tenía pésima evolución, que se requería valoración urgente por cirujano de turno para posible programación de drenaje quirúrgico.
10. En la misma fecha y hora referida, se indicó en la historia clínica que no había sido posible realizar totalmente el drenaje de sus colecciones, y que la paciente estaba en malas condiciones generales y tenía mal pronóstico.
11. Para el 10 de febrero de 2014 a las 6:05 p.m., se documentó que la paciente tenía una estancia prolongada después de realización de cirugía de hernia crural encarcelada, y múltiples intervenciones hasta bloqueo completo de cavidad abdominal, presentando en la actualidad sepsis de origen abdominal con colección, la cual no había podido intervenirse de forma percutánea.
12. El 11 de febrero de 2014 a las 5:06 p.m., la paciente fue intervenida quirúrgicamente para quitar foco intraabdominal.

⁶ Página 10 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷ En adelante, TAC.

13. El 14 (sic) de febrero de 2014 a las 2:00 a.m., la paciente fallece pese al intento de reanimación.

Fundamentos de derecho

Como fundamentos de derecho la parte actora invocó el contenido de las siguientes disposiciones⁸: Constitución Política: artículo 90; CPACA; y demás normas complementarias.

Manifestó que en este caso se presentó una falla en el servicio por el retardo y la ineficiencia en la prestación del servicio de salud a la señora Julia Rosa Uribe Marín, lo que desencadenó el deceso de ésta.

Sostuvo que la falla en el servicio por parte de SES se evidencia específicamente en las siguientes circunstancias:

1. Demora en el drenaje de unas colecciones abdominales debidamente diagnosticadas:

Indicó que pese a que las colecciones fueron debidamente diagnosticadas el 30 de enero de 2014, el procedimiento de drenaje no se efectuó si no hasta el 3 de febrero de 2014; lo que mermó ostensiblemente la posibilidad de que la señora Julia Rosa Uribe Marín pudiera recuperar su salud.

Refirió que una vez detectadas las colecciones, éstas tuvieron cuatro días para coagularse; situación que obviamente impidió su extracción de forma percutánea a través de un drenaje.

Afirmó que de haberse realizado el procedimiento de drenaje percutáneo una vez se detectaron las colecciones, las probabilidades de que éstas se solidificaran hubieran sido mucho menores y, así mismo, las probabilidades de que la paciente hubiera sobrevivido al diagnóstico habrían aumentado en igual proporción.

2. Demora en extraer las colecciones de forma quirúrgica una vez se determinó que no podían extraerse por medio de drenaje:

Precisó que una vez se llevó a cabo el procedimiento para intentar extraer las colecciones abdominales, se evidenció que no podía hacerse

⁸ Páginas 15 a 21 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

por ese medio, por lo que se planteó la posibilidad de hacerlo quirúrgicamente.

Indicó que pese a que para el 3 de febrero de 2014 ya se había determinado que las colecciones abdominales estaban inflamando el hígado y debían extraerse por cirugía, ésta sólo se realizó el 11 de febrero de 2014; transcurriendo 8 días desde que se intentó el drenaje y 12 días desde el diagnóstico de presencia de colecciones.

Expuso que la señora Julia Rosa Uribe Marín pasó 12 días con sangre acumulada y putrefacta en su abdomen, lo que evidencia una disminución ostensible de la posibilidad de recuperarse, pues tal como lo señaló la especialidad de infectología, si no se quitaba el foco intraabdominal, la paciente no iba a responder al tratamiento.

3. Transfusión de plaquetas que no son del mismo RH de la paciente en estado crítico:

Alegó que no obstante que la señora Julia Rosa Uribe Marín se encontraba en estado crítico, le fueron transfundidas unas plaquetas que si bien correspondían con su grupo sanguíneo, no lo hacían respecto del RH, lo que generaba complicaciones tales como anemia y problemas pulmonares; todo lo cual fue determinante en la muerte de la paciente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representada y dentro del término legal correspondiente, la entidad accionada contestó la demanda⁹ de la manera que se indica a continuación:

Se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto consideró que no se encuentran acreditados los elementos estructurales que permitan imputarle responsabilidad a la entidad por la muerte de la señora Julia Rosa Uribe Marín; y que por lo contrario, sí está probado que la entidad brindó suficiente, oportuna, diligente y cuidadosa atención a la paciente durante su ingreso y permanencia en la institución hospitalaria, suministrándole todos los medios disponibles, tal como se advierte en la historia clínica.

Sostuvo que la parte actora sólo trajo a colación apartes incompletos de la historia clínica que descontextualizan la situación en la que se encontraba la señora Julia Rosa Uribe Marín y la atención brindada por SES; razón por la

⁹ Páginas 3 a 43 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

cual la entidad hizo referencia a todo el proceso de atención en salud.

Con base en ese recuento de la historia clínica, SES adujo que le prestó a la señora Julia Rosa Uribe Marín toda la atención médica y diagnóstica indispensable de acuerdo con su estado de salud, haciendo uso de los recursos humanos y científicos calificados disponibles, de manera oportuna, diligente y humana.

Expuso que no tiene asidero médico ni científico la supuesta demora en el drenaje y extracción quirúrgica de las colecciones abdominales, en la que funda la responsabilidad que pretende endilgarle a la entidad.

Afirmó que no está demostrada la existencia de una relación de causalidad entre la atención de las patologías de la paciente y la consecuencia final.

Propuso como medios exceptivos, los que denominó: "**AUSENCIA DE NEXO CAUSAL**", en el entendimiento que el desenlace de la paciente no obedeció a mala praxis ni mucho menos a algún tipo de demora en el drenaje y extracción quirúrgica de unas colecciones abdominales, sino a la evolución de la enfermedad; "**AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA INSTITUCION (sic)**", en tanto la discrecionalidad científica en cuanto a las atenciones brindadas a la paciente estuvo a cargo de los cirujanos generales contratados por SES; "**EXONERACION (sic) DE RESPONSABILIDAD POR ADVERTENCIA DE LOS RIESGOS PREVISTOS – CONSENTIMIENTO INFORMADO**", por cuanto en reiteradas oportunidades, tanto la paciente como sus familiares fueron informados de los riesgos de los procedimientos a los que debía someterse la señora Julia Rosa Uribe Marín, y éstos fueron aceptados, tal como consta en la historia clínica; "**EXCESIVA TASACION (sic) DE PERJUICIOS**", en la medida en que éstos no guardan relación con los parámetros establecidos por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014; y "**(...) GENERICA (sic)**", en relación con todo hecho que se llegue a acreditar en el proceso y que constituya una excepción.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

SES llamó en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros¹⁰, con fundamento en la póliza de responsabilidad civil nº 1002508, con vigencia entre el 30 de abril de 2015 y el 30 de abril de 2016.

¹⁰ Páginas 2 a 5 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

Con auto del 14 de julio de 2017¹¹, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales admitió el llamamiento en garantía formulado por SES.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

La Previsora S.A. Compañía de Seguros se pronunció frente a la demanda instaurada así como en relación con el llamamiento formulado por SES¹², de la siguiente manera.

En relación con los hechos de la demanda, la aseguradora indicó que no le constaba ninguno de ellos, por lo que debían ser probados.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, pues consideró que existen claros eximentes de responsabilidad que exoneran a SES de la obligación indemnizatoria y, por lo tanto, a la aseguradora.

Coadyuvó las excepciones de fondo formuladas por SES y, además, propuso las siguientes: "*LA INEXISTENCIA DE RELACION (sic) DE CAUSA A EFECTO ENTRE LOS ACTOS DEL EQUIPO MÉDICO, ES DECIR, EL SERVICIO PRESTDO POR EL SES SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD, Y EL FALLECIMIENTO DE LA SEÑORA JULIA ROSA URIBE MARÍN (sic)*", teniendo en cuenta que SES ni su equipo médico ocasionaron daño a la paciente que hubiera dado lugar al fallecimiento de ésta; "*INEXISTENCIA DE OMISION (sic) POR PARTE DEL SES SERVICIOS ESPECIALES DE SALUD – HOSPITAL DE CALDAS*", en tanto no hay prueba fehaciente que permita atribuir el deceso de la señora Julia Rosa Uribe Marín a una eventual conducta omisiva del personal médico o de enfermería de SES; "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION (sic) DE INDEMNIZAR POR AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD*", por cuanto no se vislumbra ninguna anomalía o falla médica de la cual pueda deducirse responsabilidad por parte de la entidad; "*FALTA DE LOS PRESUPUESTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD EN NUESTRA LEGISLACION (sic). EL ACTO MEDICO (sic)*", como quiera que, de un lado, el comportamiento activo o pasivo de la entidad demandada no violó el deber de asistencia y cuidados propios de los médicos y de una institución hospitalaria, y de otra parte, el daño se originó por una situación netamente accidental y de ninguna manera en acciones u omisiones de carácter médico; "*(...) COBRO EXCESIVO DE LOS PERJUICIOS MORALES Y DAÑO A LA VIDA EN*

¹¹ Páginas 37 a 39 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹² Páginas 50 a 68 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

RELACION (sic). **NO PERJUICIOS POR PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD**”, ya que los perjuicios morales superan los límites previstos por la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado para esos eventos; los perjuicios fisiológicos sólo los puede reclamar la víctima que sufre una afectación de su integridad funcional o fisiológica y que le genera la pérdida de la capacidad de realizar las actividades normales de cualquier ser humano y, con ello, de gozar y disfrutar de la vida; y es improcedente indemnizar la pérdida de oportunidad como un perjuicio independiente y por fuera del concepto de perjuicios materiales, inmateriales y daño a la salud; y “(...) **GENERIC** (sic)”, en la medida en que se demuestre dentro del proceso los hechos que la configuren.

En relación con el llamamiento en garantía, la aseguradora formuló los siguientes medios exceptivos: **“SUJECION** (sic) **DE LAS PARTES AL CONTRATO DE SEGURO Y A LAS NORMAS LEGALES QUE LO REGULAN”**, ya que la responsabilidad que le pueda incumbir a la aseguradora está limitada por el contrato de seguro celebrado, y debe examinarse exclusivamente a la luz del contrato de seguro y las normas que regulan ese vínculo contractual, esto es, atendiendo la vigencia, valores asegurados, límites de la indemnización y, en general, las condiciones generales y particulares de la póliza; **“INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN AL NO EXISTIR RESPONSABILIDAD IMPUTABLE AL ASEGURADO”**, de conformidad con las excepciones de fondo formuladas contra la demanda presentada; **“LIMITE** (sic) **DE COBERTURA EN CUANTO AL PAGO DE INDEMNIZACIONES POR DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES”**, dado que en el eventual caso de una condena, el valor máximo a indemnizar por parte de la llamada en garantía por perjuicios extrapatrimoniales sería de \$200'000.000, descontando el deducible del 10% del valor de la pérdida, mínimo 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes; **“LIMITE** (sic) **DE AMPARO ASEGURADO BAJO LA PÓLIZA OBJETO DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA”**, dado que en el evento hipotético de una condena, la aseguradora sólo responde hasta concurrencia de la suma asegurada; **“DEDUCIBLE A CARGO DEL ASEGURADO”**, que para el caso corresponde al 10% del valor de la pérdida, mínimo 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y debe ser asumido por SES; y “(...) **GENÉRICA**”, en relación con cualquier otra excepción que resultare acreditada en el proceso conforme lo prevé el artículo 282 del Código General del Proceso (CGP)¹³.

LA SENTENCIA APELADA

¹³ En adelante, CGP.

El 5 de marzo de 2020, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia¹⁴, a través de la cual: **i)** declaró probadas las excepciones de *ausencia de nexo causal* y *ausencia de responsabilidad de la institución*, propuestas por SES; **ii)** negó las pretensiones de la demanda; y **iii)** condenó en costas a la parte accionante. Lo anterior, de conformidad con las siguientes consideraciones.

Inicialmente, la Juez *a quo* precisó que en materia de responsabilidad médica, deben estar acreditados todos los elementos que la configuran, esto es, daño, calidad de la actividad médica y nexo de causalidad entre ésta y aquél, sin que resulte imperativo subsumir el asunto en los tradicionales regímenes de responsabilidad.

Teniendo en cuenta lo anterior y en relación con el primer presupuesto, señaló que el daño alegado se encuentra configurado, como quiera que existe prueba de que el 15 de febrero de 2014, la señora Julia Rosa Uribe Marín falleció.

Frente a la imputación de dicho daño y luego de hacer alusión detallada a todo el proceso de atención en salud brindado a la señora Julia Rosa Uribe Marín por SES, en conjunto con las declaraciones rendidas, la Juez *a quo* consideró que no le asiste responsabilidad a la entidad demandada en los hechos que se le atribuyen, toda vez que: **i)** los antecedentes de la paciente fueron determinantes en las complicaciones luego de los procedimientos realizados; **ii)** el diagnóstico de ingreso de hernia inguinal encarcelada es un orificio en la pared abdominal hacia el exterior que todavía es mortal en este siglo; **iii)** las complicaciones se produjeron por la misma patología, pues ésta desencadenó una serie de reacciones del propio organismo a las intervenciones quirúrgicas, sumada a la gravedad de la enfermedad; **iv)** desde el momento de ingreso a la institución, se le practicaron a la paciente todos los exámenes, cirugías y demás procedimientos que correspondían con la enfermedad que tenía; y fue atendida por un equipo médico interdisciplinario; esto es, la atención brindada fue oportuna, tal como se extrae de las declaraciones recibidas y de la historia clínica; **v)** no es cierto que las colecciones abdominales no se drenaran, ya que sí fueron objeto de dicho procedimiento, excepto en las colecciones formadas detrás de las asas intestinales, las cuales tenían que ser realizadas a través de cirugía abierta según decisión de la junta médica; **vi)** las afirmaciones de la parte actora en cuanto a la supuesta demora para realizar drenaje de las colecciones abdominales y a las consecuencias de ello, carecen no sólo de base científica alguna sino que además desdicen de lo considerado por los mismos médicos que atendieron a la paciente y quienes manifestaron la imposibilidad de

¹⁴ Páginas 98 a 127 del archivo nº 07 del cuaderno 1 del expediente digital.

efectuar el procedimiento ante el riesgo que ello implicaba; **vii)** la parte demandante tampoco demostró que el supuesto error en la transfusión de plaquetas hubiera incidido en el fallecimiento de la paciente y, de hecho, según uno de los médicos que declaró en este asunto, no existía riesgo de usar plaquetas de RH diferente; **viii)** cada uno de los procedimientos realizados a la paciente fueron autorizados por la misma y por sus familiares; y **ix)** tampoco se demostró que hubiese existido una pérdida de oportunidad.

Finalmente condenó en costas a la parte accionante, por considerar que se evidenció actividad del abogado de la entidad accionada. Fijó agencias en derecho por valor de \$4'000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo* y actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia¹⁵, de la siguiente manera.

Expuso que el disenso con la providencia tiene que ver con los aspectos que se indican a continuación:

1. Indebida formulación del problema jurídico:

Sostuvo que la falta de pertinencia del problema jurídico puede determinar un enfoque errado en el análisis de las pruebas y, como consecuencia de ello, la emisión de un fallo que no guarda relación directa con los argumentos de la parte demandante.

En efecto, indicó que un problema jurídico más pertinente hubiera sido aquel en el que se cuestione si SES es administrativamente responsable por el fallecimiento de la señora Julia Rosa Uribe Marín por la supuesta demora en el drenaje de unas colecciones abdominales.

Añadió que aunque este cargo no permite por sí mismo la revocatoria del fallo apelado, sí es necesario tenerlo presente en el contexto del principio de congruencia de la ley procesal.

2. Indebido análisis de la imputación del daño:

Refirió que la Juez de primera instancia partió el análisis de la imputación desde el punto de vista de la diligencia debida y no de otros

¹⁵ Páginas 133 a 168 del archivo nº 07 del cuaderno 1 del expediente digital.

enfoques más probados y usados en materia de responsabilidad médica como es la *lex artis*.

Manifestó que la sentencia no puede basarse en un concepto etéreo como el usado en este caso.

3. Confirmación de las alegaciones:

Adujo que aunque la Juez *a quo* encuentra acreditada la demora en el drenaje de unas colecciones abdominales debidamente diagnosticadas, lo cierto es que no advierte falla alguna y declara de forma incongruente la ausencia de responsabilidad de la entidad.

Afirmó que en la demanda no se sostuvo que el drenaje de las colecciones no se hubiera llevado a cabo, sino que hubo una demora injustificada en el mismo, que ocasionó la merma de las posibilidades de mejor diagnóstico o de eventualmente recuperación de la salud.

Reiteró que sí hubo demora en el drenaje de colecciones, ya que éstas se diagnosticaron el 30 de enero de 2014 y el procedimiento de drenaje sólo se hizo el 3 de febrero de 2014.

Manifestó que en la demanda no se busca la responsabilidad de la administración por el origen de la hernia crural encarcelada que presentaba la paciente, sino por la demora en el tratamiento de las colecciones o abscesos abdominales posteriores a la cirugía para corregir la hernia; de manera que es inconducente la prueba aportada por un testigo, relacionada con dicha patología.

Expuso que si bien uno de los testigos refirió que no hubo demora, lo cierto es que para realizar tal afirmación no sólo no tuvo en cuenta el tiempo transcurrido desde el diagnóstico hasta cuando se intentó la extracción, sino que tampoco hizo referencia alguna a la *lex artis* relacionada con el tiempo que debe transcurrir entre el diagnóstico de una colección y el procedimiento de extracción, sea por drenaje o por vía quirúrgica, lo que impide determinar si se actuó con prontitud o no.

4. *Lex artis* en el manejo de las colecciones:

Consideró que si la Juez de primera instancia desconocía cuál es el tratamiento de las colecciones y cuáles son las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que debe brindarse el mismo, carecen entonces de sustento los argumentos que declararon la ausencia de responsabilidad

administrativa de la entidad accionada.

Señaló que la *lex artis* para el tratamiento de las colecciones fue aportado por la parte demandante en la etapa de alegaciones; de manera que no es cierto que no se hubiera demostrado la demora alegada en este caso.

Precisó que en ninguna de las etapas procesales se ha aseverado que la realización de los drenajes hubiera garantizado la vida de la paciente; pero sí se ha sostenido que la demora en el tratamiento de las colecciones mermó ostensiblemente las posibilidades de mejor diagnóstico y/o de sobrevivir.

5. Análisis probatorio – la sana crítica:

Refirió que, contrario a lo manifestado en el fallo de primera instancia, la Juez no usó la sana crítica para valorar el material probatorio, pues el testigo que aseguró que no hubo demora, no sólo no tuvo en cuenta el tiempo transcurrido desde el diagnóstico hasta cuando se intentó la extracción, sino que tampoco hizo referencia alguna a la *lex artis* relacionada con el tiempo que debe transcurrir entre el diagnóstico de una colección y el procedimiento de extracción, sea por drenaje o por vía quirúrgica, lo que impide determinar si se actuó con prontitud o no

Refirió que la sana crítica no se sustenta en el solo hecho que se presente contradicción entre las partes o en la calificación que se haga del testigo de acuerdo con su perfil profesional.

Consideró que ya que no se le pudo dar respuesta a través de la *lex artis* a la pregunta de si hubo demora por haber transcurrido 97 horas entre el diagnóstico de las colecciones abdominales y su primer intento de drenaje, desde un punto de vista lógico, científico y de la experiencia de la sana crítica, sí es posible responder afirmativamente.

Sostuvo que el actuar tardío de la entidad demandada tuvo dos consecuencias: permitir que se coagulara la colección y llevar a la paciente a una intervención quirúrgica que no estaba en capacidad de soportar y de la cual no pudo recuperarse.

6. Carga dinámica de la prueba e iniciativa probatoria:

Manifestó que tratándose de responsabilidad médica, la prueba reina es la historia clínica, la cual se aportó desde la demanda, lo que implica

que no puede hablarse de carencia de elementos materiales de prueba.

Estimó que si la Juez, como directora del proceso, consideraba que faltaban elementos de prueba, tenía no sólo el deber sino la potestad de hacer uso de herramientas tales como la carga dinámica de la prueba, sobre la que se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C-086 de 2016, o la iniciativa probatoria a través de una prueba de oficio, ya que la finalidad del proceso administrativo no es darle la razón a una de las partes sino encontrar la verdad.

7. Pérdida de oportunidad:

Aseguró que en este caso pudo no haberse configurado la responsabilidad de la entidad por la muerte de la señora Julia Rosa Uribe Marín, pero sí la pérdida de oportunidad de ésta de la posibilidad de sobrevida.

8. Demora en la extracción quirúrgica de las colecciones:

Reiteró que transcurrieron 12 días desde que las colecciones fueron diagnosticadas hasta que se trajeron quirúrgicamente; hecho que disminuyó de manera ostensible la posibilidad de recuperación.

9. Transfusión de plaquetas con RH diferente al de la paciente:

Recalcó que el hecho de haber transfundido plaquetas con RH diferente, produjo consecuencias y complicaciones que desencadenaron en la muerte de la señora Julia Rosa Uribe Marín.

10. Condena en costas:

Expuso que el solo hecho que la entidad demandada otorgara poder no constituye prueba que acredite costas que, según pronunciamientos del Consejo de Estado, tienen que estar debidamente probadas.

11. Imputación al Estado:

Finalmente adujo que en este caso se reúnen los tres elementos que permiten imputar responsabilidad a SES por el fallecimiento de la señora Julia Rosa Uribe Marín, por la falla en el servicio de salud que no sólo le restó posibilidades de vida a la paciente, sino que además le produjo la muerte.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante

Guardó silencio.

SES¹⁶

Solicitó confirmar el fallo apelado con similares argumentos a los expuestos en la contestación de la demanda, consistentes en que se demostró que SES brindó a la señora Julia Rosa Uribe Marín toda la atención médica y diagnóstica indispensable de acuerdo con los cuadros clínicos que presentaba, haciendo uso de los recursos humanos y científicos calificados disponibles, siendo de este modo la atención oportuna, diligente, ante todo humana y con el cuidado permitido por las condiciones específicas del caso concreto.

La Previsora S.A. Compañía de Seguros¹⁷

Intervino para solicitar que se confirme la providencia recurrida, en tanto está demostrado que la atención brindada a la señora Julia Rosa Uribe Marín fue oportuna, eficiente y profesional, y que además no hay una relación de causalidad entre los actos médicos realizados y el fallecimiento de la paciente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad procesal.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 15 de diciembre de 2020¹⁸, y allegado el 22 de febrero de 2021 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹⁹.

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 instancia²⁰. Dentro del

¹⁶ Archivo nº 07 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁷ Archivo nº 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁸ Archivo nº 01 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁹ Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

²⁰ Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

término otorgado, sólo la parte demandada y la llamada en garantía alegaron de conclusión²¹. 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 sentencia²², 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquél fue formulado.

Problema jurídico

La cuestión que debe resolverse en el *sub examine* se centra en determinar lo siguiente:

- *¿La muerte de la señora Julia Rosa Uribe Marín es jurídicamente imputable a SES?*
- *En caso negativo, ¿la entidad demandada le restó a la señora Julia Rosa Uribe Marín la oportunidad de acceder al tratamiento que su patología requería y que le hubiese permitido mejorar sus condiciones de salud e incluso sobrevivir?*
- *En caso de que se configure responsabilidad, ya sea por la muerte o por la supuesta pérdida de oportunidad, ¿se encuentran acreditados los perjuicios solicitados en la demanda?*
- *De ser así lo anterior, ¿La Previsora S.A. Compañía de Seguros está obligada a asumir el valor de una eventual condena?*
- *¿Procede en el caso concreto la condena en costas impuesta por el Juzgado de primera instancia?*

Para despejar los interrogantes planteados, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** elementos generales de responsabilidad del Estado; **ii)** régimen

²¹ Archivos nº 05 y 07 del cuaderno 2 del expediente digital.

²² Archivo nº 08 del cuaderno 2 del expediente digital.

de responsabilidad aplicable en los eventos de falla en la prestación del servicio médico; **iii)** responsabilidad por pérdida de la oportunidad de mejoramiento de las condiciones de salud y conservación de la vida del paciente; **iv)** hechos probados; **v)** acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad en el caso concreto; y **vi)** condena en costas en primera instancia.

1. Elementos generales de la responsabilidad

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

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

Atendiendo el título de imputación aplicable en cada caso, se constatará la existencia de los siguientes elementos que estructuran la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones; aspectos éstos que conviene dilucidar a manera de exordio.

La jurisprudencia y la doctrina, a partir de las sucesivas reformas constitucionales y legales que se han dado en Colombia, han señalado que para deducir la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones, deben reunirse tres condiciones:

Como primer elemento de la responsabilidad pública, el *daño o perjuicio* por el cual se reclama la indemnización debe tener la característica de ser resarcible, indemnizable, teniendo en cuenta que no todos lo son; algunos perjuicios no son resarcibles por parte de quien los ocasiona, como sucede cuando la persona que los padece está obligada a asumir las consecuencias en virtud del mandato legal o constitucional, impuesto en función del interés general, cuando éste prima sobre el interés individual.

El *hecho de la administración* se concreta en una actuación u omisión de los agentes del Estado, cuando obran u omiten obrar en ejercicio de sus funciones públicas, es decir, en representación de la administración, salvo cuando se configura lo que en la doctrina y jurisprudencia se conoce como la *falta personal del agente*, caso en el cual, responde el empleado total o parcialmente por los perjuicios derivados del hecho.

Finalmente entre la acción u omisión y el perjuicio debe mediar una *relación de causalidad*, lo cual impone al actor el deber de demostrar que el perjuicio provino exactamente de las actuaciones u omisiones de la administración, con un nexo de causa a efecto, el que se rompe, como también lo ha dicho la jurisprudencia, cuando se prueba una causa extraña a la administración en la producción del daño, como la culpa de la propia víctima, el hecho de un tercero o una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito.

Por regla general, corresponde a la parte demandante la comprobación plena de los hechos de su demanda, en los términos del artículo 167 del CGP, es decir, de los tres elementos que permiten deducir la responsabilidad.

2. Régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de falla en la prestación del servicio médico

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la Administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico "*venite ad factum, iura novit curia*" (dame los hechos, el Juez dará el Derecho), que significa que en materia de acciones de reparación directa se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por el actor o los sujetos procesales²³.

Las imputaciones jurídicas realizadas contra la parte demandada aluden en general a la falla en la prestación del servicio de salud que requería la señora Julia Rosa Uribe Marín y que a la postre, supuestamente, condujo a su fallecimiento. Lo anterior, como quiera que hubo, en criterio de los demandantes: **i)** demora en el drenaje de unas colecciones abdominales debidamente diagnosticadas; **ii)** demora en extraer las colecciones de forma

²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Radicación número: 47001-23-31-000-1995-03986-01(16413).

quirúrgica una vez se determinó que no podían extraerse por medio de drenaje; y **iii)** error en la transfusión de plaquetas que no eran del mismo RH de la paciente en estado crítico. Se estimó además que lo anterior disminuyó ostensiblemente la posibilidad de que la señora Julia Rosa Uribe Marín pudiera recuperar su salud e incluso fue determinante en la muerte de la misma.

Tratándose de un asunto relacionado con una supuesta falla médica, se aplica, en principio, el título o régimen de imputación por falla probada, por virtud del cual corresponde a la parte demandante demostrar los tres elementos que integran la responsabilidad del Estado, conforme lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁴.

Dicho título de imputación opera, como lo ha señalado el Máximo Tribunal Administrativo, no sólo respecto de los daños indemnizables derivados de la muerte o de las lesiones corporales causadas, sino que también comprende “*(...) los que se constituyen por la vulneración del derecho a ser informado; por la lesión del derecho a la seguridad y protección dentro del centro médico hospitalario y, como en este caso, por lesión del derecho a recibir atención oportuna y eficaz*”²⁵.

Ahora bien, respecto de la falla probada en la prestación del servicio médico y hospitalario fundada en la “*lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz*”, se produce como efecto de la vulneración al derecho constitucional a la salud, especialmente en lo que hace referencia al principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual se estudia así por la jurisprudencia constitucional²⁶:

La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es oportuna cuando la persona lo recibe en el

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 28 de abril de 2011. Radicación número: 47001-23-31-000-1994-03766-01(19963). En dicha providencia, se indicó: “*La Sección Tercera del Consejo de Estado ha consolidado una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, en virtud de la cual aquella es de naturaleza subjetiva, advirtiendo que es la falla probada del servicio el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad estatal por la actividad médica hospitalaria, de suerte que se exige acreditar la falla propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre aquella y éste. En relación con la carga de la prueba del nexo causal, se ha dicho que corresponde al demandante, pero dicha exigencia se modera mediante la aceptación de la prueba indirecta de este elemento de la responsabilidad, a través de indicios, al tiempo que no se requiere certeza en la determinación de la causa, sino que se admite la acreditación de una causa probable*”.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 7 de octubre de 2009. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-04809-01(35656).

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-104 de 2010.

momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada.

La misma Corporación señaló:

Se considera por tanto que hay un daño, cuando se produce un dolor intenso, cuando se padece la incertidumbre y cuando se vive una larga e injustificada espera, en relación con la prestación de servicios médicos, la aplicación de medicamentos o la ejecución de procedimientos que no llegan o que se realizan de manera tardía o incomoda.

“Al respecto cabe destacar que el derecho a la salud de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

-Debe ser integral:

“(…) la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente²⁷ o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”²⁸.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha manifestado en torno a dicha falla que, *“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización - más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel*

²⁷ Cita de cita: En este sentido se ha pronunciado la Corporación, entre otras, en la sentencia T- 136 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa

²⁸ Corte Constitucional, sentencias T- 1059 de 2006; T- 062 de 2006; T- 730 de 2007; T- 536 de 2007; T- 421 de 2007.

deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)”²⁹.

Así pues, procede resolver la cuestión en estudio con base en el régimen de falla probada del servicio, conforme al cual deben acreditarse por la parte actora los presupuestos que permitan endilgar responsabilidad a la parte accionada.

3. Responsabilidad por pérdida de oportunidad de mejoramiento de las condiciones de salud y conservación de la vida del paciente

La parte actora alegó que en el presente asunto se configura responsabilidad de la entidad demandada no sólo por la muerte en sí misma sino también por pérdida de oportunidad de sobrevida, de recuperación o de mejoramiento de las condiciones de salud de la señora Julia Rosa Uribe Marín.

En relación con la pérdida de oportunidad o pérdida de chance, el Consejo de Estado ha indicado³⁰ que aquella “*(...) se configura en todos aquellos casos en los que una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial. Dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio a 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 resarcimiento³¹.*”.

Ha señalado igualmente el Alto Tribunal³² que “*A pesar de las diversas teorías empleadas para explicar la pérdida de oportunidad, recientemente esta Subsección se*

²⁹ Cita de cita: Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 8 de agosto de 2018. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00774-01(45138).

³¹ Cita de cita: Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B.

ha pronunciado en el sentido de considerar que la postura que mejor se ajusta a dicho concepto es aquella que la concibe como un daño derivado de la lesión a una expectativa legítima³³, diferente de los demás daños que se le pueden infligir a una persona, como lo son, entre otros, la muerte (vida) o afectación a la integridad física, por lo que así como se estructura el proceso de atribución de estos últimos en un caso determinado, también se debe analizar la imputación de un daño derivado de una vulneración a una expectativa legítima en todos los perjuicios que de ella se puedan colegir, cuya naturaleza y magnitud varía en función del interés amputado y reclamado.”.

La jurisprudencia del Consejo de Estado³⁴ ha previsto como elementos de la pérdida de oportunidad, los siguientes: **i)** falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; **ii)** certeza de la existencia de una oportunidad; y **iii)** certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.

4. Hechos acreditados

En aras de establecer si los elementos del régimen de responsabilidad aplicable en este asunto se encuentran configurados, procede esta Sala de Decisión a reseñar preliminarmente las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos que dieron origen a esta demanda y que se encuentran acreditados en el expediente.

Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 8 de agosto de 2018. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00774-01(45138).

³³ Cita de cita: Esta Subsección en decisión reciente señaló que es posible aplicar la teoría de la pérdida de oportunidad a casos donde se vulneren expectativas legítimas: “El modo de reparación de daños antijurídicos derivados de vulneraciones a expectativas legítimas se debe enmarcar dentro de los parámetros de la oportunidad perdida, siguiendo la premisa conocida del derecho de daños que circumscribe la indemnización de los perjuicios al daño, “solo el daño y nada más que el daño” a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y no contrariar las reglas de la institución jurídica de la responsabilidad estatal: “el daño es la medida del resarcimiento”(...). //10.2.8.2.1. Teniendo en consideración que el daño se origina por la amputación de una expectativa legítima a la consolidación de un derecho, bien sea, en tratándose de una aspiración de obtener un beneficio o una ganancia -polo positivo-, o bien cuando la víctima tenía la aspiración de evitar o mitigar un perjuicio y, como consecuencia de la abstención de un tercero, dicho curso causal dañoso no fue interrumpido -polo negativo-, se debe declarar la responsabilidad del Estado y reparar dicha frustración de la expectativa legítima dentro de los presupuestos de la teoría de la pérdida de oportunidad cuyo monto dependerá de la mayor o menor probabilidad y cercanía de su ocurrencia”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 31 de agosto de 2015, rad. 22637, con ponencia de quien proyecta el presente fallo.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Sentencia del 8 de agosto de 2018. Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00774-01(45138).

a) Atención en salud brindada a la señora Julia Rosa Uribe Marín por parte de Servicios Especiales de Salud

De conformidad con la historia clínica de la señora Julia Rosa Uribe Marín en SES³⁵, aquella recibió atención médica de la manera que a continuación se detalla *in extenso*:

- El 27 de diciembre de 2013 a la 1:50 p.m., la señora Julia Rosa Uribe Marín ingresó a SES remitida del hospital local de Risaralda (Caldas), con impresión diagnóstica de hernia inguinal encarcelada³⁶. Se indicó que la paciente había consultado inicialmente ya que luego de realizar un esfuerzo físico de rutina en su casa y consumo de alimentos, presentó intenso dolor tipo cólico abdominal de localización preferente en hemiabdomen inferior, asociado a episodio emético y protrusión de hernia inguinal ya conocida. Se dejó constancia de que no tenía paraclínicos, y de que presentaba diuresis y deposición normales.

La señora Julia Rosa Uribe Marín fue atendida por médico general, quien realizó examen físico, encontrando lo siguiente³⁷:

(...)	(...)	(...)
Corazón:	Normal	<i>Ruidos cardiacos, rítmicos sin soplos</i>
Pulmonar:	Normal	<i>RUIDOS SIMETRICOS (sic) RESPIRACION (sic) SIBILANTE</i>
Abdomen:	Normal	<i>Abdomen blando, depresible, sin masas ni megalias. SE DOCUMENTA DEFENTO (sic) HERNIARIO DE TAMAÑO NO ESTIMADO A NIVEL INGUINAL LADO DERECHO CON CONTENIDO DURO DOLOROSO NO REDUCTIBLE POSIBLEMENTE DE ASAS INTESTINALES. NO CIANOSIS AL MOMENTO DE VALORACION (sic) EN PIEL ADYACENTE</i>

Dentro de los antecedentes de la paciente, se consignó que ésta presentaba asma e hipertensión arterial, que había sido intervenida quirúrgicamente en dos ocasiones por herniorrafía inguinal bilateral sin malla, y que era alérgica a la penicilina y al ibuprofeno³⁸.

³⁵ Archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁶ Página 1 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁷ Páginas 1 y 2 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁸ Página 2 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

Luego de la revisión anterior, el médico indicó que se trataba de un “*DEFECTO HERNIARIO RECIDIVANTE NO REDUCTIBLE CON DOLOR Y CLINICA (sic) DE ENCARCELACION (sic)*”³⁹, que requería manejo y valoración especializada, por lo que ordenó hospitalizar, tomar paraclínicos, realizar electrocardiograma, radiografía de tórax, valoración por cirugía general, terapia respiratoria y control de signos vitales. Emitió como diagnóstico el de “*HERNIA INGUINAL UNILATERAL O NO ESPECIFICADA, CON OBSTRUCCION (sic), SIN GANGRENA*”⁴⁰.

- Consta que a las 4:05 p.m., la paciente fue valorada por cirugía general; especialidad que consideró necesario realizar una herniorrafía inguinal derecha, previa la valoración por anestesiología, debido al trastorno respiratorio presentado durante la remisión⁴¹. Se observa que se acotó que la conducta propuesta, riesgos y beneficios habían sido comentados a la paciente y a su familia, siendo aquella aceptada.
- El mismo 27 de diciembre de 2013 a las 10:42 p.m., la señora Julia Rosa Uribe Marín fue sometida a la intervención quirúrgica señalada⁴², encontrando lo siguiente: “*HERNIA CRURAL DERECHA ENCARCERADA (sic) CON SUFRIMIENTO DE ASA INTESTINAL . (sic) ABUNDANTE LIQUIDO (sic) SANGINOLENTO DE MAL OLOR EN EL LECHO DE LA HERNIA. SEGMENTO DE ILEON (sic) DISTAL ESTRANGULADO CON DILATACION (sic) PROXIMAL DEL INESTINO POR OBSTRUCCION (sic) SECUNDARIA . (sic) GANGRENA DE APROX. 10 CM . (sic) CIEGO DESLIZADO EN EL SACO HERNIARIO*”.
- Luego de la cirugía, se ordenó trasladar a piso a la paciente, suministrarle oxígeno permanente a tres litros por minuto, medicamentos y terapia respiratoria⁴³.
- El 28 de diciembre de 2013 a las 2:38 a.m., la señora Julia Rosa Uribe Marín fue valorada por medicina general, encontrándola en buen estado general, por lo cual dispuso continuar el manejo médico iniciado en quirófano y ordenó la realización de exámenes⁴⁴.

³⁹ Página 2 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁰ Página 2 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴¹ Página 5 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴² Página 7 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴³ Página 8 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁴ Página 9 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- A las 10:47 a.m., la paciente fue valorada por cirugía general, encontrándola con evolución postquirúrgica satisfactoria⁴⁵.
- Medicina general valoró nuevamente a la señora Julia Rosa Uribe Marín a las 11:56 a.m., anotando que ésta se encontraba en aceptables condiciones generales, y ordenó la realización de otros exámenes y continuar con manejo iniciado por cirugía general⁴⁶.
- A la 1:24 p.m. se le realizó a la paciente terapia respiratoria⁴⁷.
- El 29 de diciembre de 2013 a las 11:34 a.m., la paciente fue valorada por medicina general, anotándose lo siguiente: "*PACIENTE EN POP (sic) DIA (sic) 2 DE HERNIORRAFIA (sic) CRURAL DETRECHA (sic) CON ISQUEMIA DE INTESTINO Y RESECCION (sic) DE SEGMENTO DEL MISMO, DESDE AYER CON LESION (sic) ERITEMATOSA EN MUSLO DERECHO LEVE DOLOR, CON LEUCOCITOS NORMALES SIN NEUTROFILIA PERO PCR (sic) ELEVADA, POR INDICACION (sic) DE CIRUGIA (sic) GENERAL SE DEBE INICIAR VIA (sic) ORAL Y ANTIBIOTICOTERAPIA CON CEFAZOLINA PENSANDO EN UNA CELULITIS DEL MUSLO ASOCIADO A LA CIRUGIA (sic), ADEMÁS (sic) CON DESATURACION (sic) PERSISTENTE Y ANTECEDENTES DE EPOC SOLICITO GASES ARTERIALES Y NUEVO CONTROL DE REACTANTES DE FASE AGUDA, ADEMÁS (sic) MEDIDAS LOCALES EN MUSLO DERECHO, SE DECIDE SUSPENDER HIDROMORFONA POR RETENCION (sic) URINARIA Y CONTROL DEL DOLOR*"⁴⁸.
- A las 12:38 p.m., especialista en cirugía general evaluó a la paciente y anotó que ésta tenía adecuada evolución, que presentaba celulitis inguinocrural derecha, por lo que se inició antibioticoterapia, debiendo valorarse según progresión de la lesión⁴⁹.
- Siendo la 1:28 p.m., se le realizó a la paciente terapia respiratoria⁵⁰.
- El 30 de diciembre de 2013 a las 10:39 a.m., la paciente fue valorada por cirugía general, la cual encontró que aquella tenía buena evolución, que la herida quirúrgica estaba sana, y que toleraba la dieta líquida, razón por la cual resolvió iniciar dieta blanda⁵¹.

⁴⁵ Página 9 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁶ Página 12 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁷ Página 14 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁸ Página 16 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁹ Página 20 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁰ Página 21 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵¹ Página 22 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- A las 10:59 a.m., medicina general evaluó a la paciente y determinó adicionar manejo con otro antibiótico como coadyuvante para mejoría precoz de la infección que presentaba⁵².
- Siendo las 11:07 a.m., medicina general modificó la dosificación del nuevo antibiótico⁵³.
- A las 11:20 a.m., se registró que el personal de enfermería hizo llamado a medicina general informando que la paciente había presentado episodio de emesis posterior a la ingestión de té en la mañana, y que la emesis era de características fecaloïdes. Al acudir el médico de turno, ordenó pasar sonda nasogástrica, restringir la vía oral y solicitó radiografía de abdomen de pie y electrolitos. Consideró que posiblemente se trataba de un íleo adinámico, quedando pendiente de redefinir conducta a seguir según reportes⁵⁴.
- Siendo la 1:24 p.m. se le realizó a la paciente terapia respiratoria⁵⁵.
- Consta que a las 4:53 p.m., medicina general consignó que por la sonda nasogástrica la paciente había drenado 600 cc de material fecaloïde; que la radiografía no mostraba gas distal, pero sí niveles hidroaéreos y distensión de asas; que al comentarla con cirugía general se había indicado manejo médico, reposición hidroelectrolítica y nueva radiografía de abdomen en seis horas⁵⁶.
- El 31 de diciembre de 2013 a las 3:35 a.m., medicina general revisó a la paciente, quien se encontraba con menor malestar pero aún con náuseas. Refirió el médico de turno que no encontraba lesiones alrededor de la herida sugestivas de gangrena o infección, y que la nueva radiografía mostraba menos niveles hidroaéreos en comparación con la primera, por lo que cirugía general debía determinar conducta⁵⁷.
- A las 8:38 a.m., cirugía general ordenó la realización de una TAC abdominal con doble contraste⁵⁸.

⁵² Página 23 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵³ Página 27 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁴ Página 28 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁵ Página 29 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁶ Páginas 30 y 31 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁷ Página 33 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁸ Página 34 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- Siendo las 9:30 a.m., la paciente fue valorada por medicina general, la que encontró que aquella presentaba hipocalémia 5%, por lo que solicitó la realización de exámenes adicionales⁵⁹.
- A las 12:40 p.m. se le realizó a la paciente terapia respiratoria⁶⁰.
- Cirugía general nuevamente valoró a la paciente a la 1:08 p.m., anotando que ésta se encontraba taquicárdica, muy distendida, con mala tolerancia oral y con abundante drenaje por sonda nasogástrica. Por lo anterior, ordenó control de líquidos, reiteró la necesidad de TAC abdominal y pélvica, y dispuso sentar a la paciente y deambular con ella en cuarto, con igual manejo⁶¹.
- El 1º de enero de 2014 a las 12:35 p.m., se le realizó a la paciente terapia respiratoria⁶².
- Siendo la 1:38 p.m., medicina general valoró a la paciente, indicando que tenía una alta sospecha de un cuadro obstructivo intestinal versus íleo. Añadió el médico de turno que aquella se encontraba en manejo con sonda nasogástrica, la cual drenaba material fecaloide; y que se estaba a la espera del reporte de TAC realizada. Ordenó paraclínicos de control⁶³.
- A las 2:19 p.m., cirugía general solicitó programar laparotomía exploradora ante el diagnóstico confirmado de obstrucción intestinal⁶⁴.
- La especialidad de cirugía general consignó a las 4:39 p.m., que de acuerdo con TAC, existía gran distensión gástrica, asas delgadas distendidas y edematosas, con zona de transición en íleon distal, con posible hallazgo de nuevamente una hernia en región inguinal derecha. Se anotó que ante la posibilidad de fallo de la anastomosis, torsión mesentérica, u otra, se requería nueva exploración quirúrgica, la cual había sido comentada a la paciente y a la familia, quienes aceptaron el procedimiento, previo al cual se administró anticoagulante, lo que hacía necesaria la espera de al menos 8 horas antes de realizar la intervención⁶⁵.

⁵⁹ Páginas 35 y 36 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁰ Página 39 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶¹ Página 40 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶² Página 45 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶³ Páginas 46 y 47 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁴ Página 49 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁵ Página 50 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- Siendo las 11:17 p.m., la paciente fue intervenida quirúrgicamente, hallando: “*DISTENSION (sic) DEL INTESTINO DELGADO, ANASTOMOSIS DE INTESTINO DELGADO A 10 CM DE LA VALVULA (sic) ILEOCECAL. INFLAMACION (sic) DEL APENDICE (sic) CECAL POR VECINDAD, APENDICE (sic) GRUESO Y CORTO DE MESO ANCHO. ACODAMIENTO DEL INTESTINO A NIVEL DE LA ANASTOMOSIS*”⁶⁶.
- El 2 de enero de 2014 a las 3:09 a.m., la paciente fue evaluada por medicina general, la cual la encontró con sonda nasogástrica a libre drenaje fecaloide, sin sangrado evidente y estable hemodinámicamente, por lo cual ordenó continuar manejo analgésico según lo previsto por anestesiología⁶⁷.
- A las 11:36 a.m., medicina general valoró a la paciente, anotando que ésta se encontraba “*EN POP DE HERNIORRAFIA (sic) CRURAL CON SUFRIMIENTO DE ASA QUE PRESENTO (sic) EVOLUCION (sic) TORPIDA (sic) REQUIRIENDO EL DIA (sic) DE AYER NUEVA EXPLORACION (sic) QUIRURGICA (sic) CON HALLAZGO DE APENDICITIS AGUDA POR LO CUAL SE REALIZO (sic) APENDICECTOMIA (sic) SE ENCUENTRA EL DIA (sic) DE HOY CON PERSISTENCIA DE HIPOCALIEMIA (sic), SIN SIGNOS DE DIFICULTAD RESPIRATORIA PERO CON DESATURACION (sic) SE AJUSTA TERAPIA CON APORTE DE LEV, REPOSICION (sic) DE POTASIO Y CONTINUARA (sic) VIGILANCIA DE SU ESTADO GENERAL, (sic) CON CONTROL PARACLINICO (sic) EL DIA (sic) DE MAÑANA*”⁶⁸.
- A las 12:43 p.m. se le realizó fisioterapia a la paciente⁶⁹.
- Cirugía general valoró a la paciente a las 2:13 p.m., dejando anotación de que ésta estaba siendo manejada por obstrucción intestinal, por lo cual se había realizado resección de anastomosis antigua y se había hecho una nueva anastomosis ileocolónica. Ordenó aumentar el aporte de líquidos y solicitó exámenes⁷⁰.
- A las 2:16 p.m. y a las 6:27 p.m., se le realizó a la paciente terapia respiratoria⁷¹.

⁶⁶ Página 53 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁷ Páginas 55 y 56 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁸ Página 58 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶⁹ Página 60 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷⁰ Página 61 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷¹ Páginas 62 y 63 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- El 3 de enero de 2014 a las 8:13 a.m., la paciente fue evaluada por medicina general, la cual informó que la hipocalcemia había sido resuelta, pero que presentaba ahora hiponatremia y descenso de los niveles de hemoglobina, razón por la cual se indicó que cirugía general había considerado necesario transfundir tres unidades de concentrado globular, aumentar aporte de líquidos endovenosos y manejo en unidad de cuidados intermedios⁷².
- A las 8:15 a.m. se diligenció la solicitud y consentimiento informado para la transfusión de sangre y hemoderivados⁷³.
- Siendo las 12:01 p.m., medicina general consignó en la historia clínica que el jefe de la unidad de cuidados intermedios había aceptado el traslado de la paciente y sugerido adelantar realización de TAC de abdomen contrastado ante sospecha de colección intraabdominal⁷⁴.
- A las 2:12 p.m. y a las 3:53 p.m., se le realizó a la paciente terapia respiratoria y fisioterapia, respectivamente⁷⁵.
- La paciente ingresó a la unidad de cuidados intermedios a las 9:57 p.m., dejándose la siguiente anotación: *"PACIENTE DE 60 AÑOS, CON ANTECEDENTES DESCRITOS, INGRESÓ POR URGENCIAS HACE 7 DIAS (sic) REMITIDA DE RISARALDA POR CUADRO DE DOLOR ABDOMINAL Y SOSPECHA DE HERNIA INGUINAL ENCARCERADA (sic), LLEVADA A CIRUGIA (sic) INCIAL (sic) DONDE ENCUENTRAN HERNIA CRURAL DERECHA ENCARCERADA (sic) CON SUFRIMIENTO DE ASA INTESTINAL, ABUNDANTE LIQUIDO (sic) SANGUINOLENTO DE MAL OLOR EN LECHO DE LA HERNIA, SEGMENTO DE ILEON (sic) DISTAL ESTRANGULADO CON DILATACION (sic) PROXIMAL DEL INTESTINO POR OBSTRUCCION (sic) SECUNDARIA, GANGRENA DE APROXIMADAMENTE 10CM, CIEGO DESLIZADO EN EL SACO HERNIARIO, HACEN RESECCION (sic) DE INTESTINO DELGADO Y ANASTOMOSIS TT, CIERRAN FASCIA Y DEJAN PIEL ABIERTA Y EMPAQUETADA, POSTERIOR TRASLADO A PISOS CON EVOLUCION (sic) TORPIDA (sic), PRESENCIA DE EMESIS DE CARACTERISTICAS (sic) FECALOIDES Y SIRS (sic) POR LO QUE ES NUEVAMENTE INTERVENIDA HACE 2 DIAS (sic), ENCUENTRAN DISTENSION (sic) DE INTESTINO*

⁷² Páginas 65, 66 y 71 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷³ Páginas 68 a 70 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷⁴ Página 72 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷⁵ Páginas 73 y 75 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

DELGADO, ANASTOMOSIS A 10CM DE LA VALVULA (sic) ILEOCECAL, INFLAMACION (sic) DEL APENDICE (sic) CECAL POR VECINDAD, APENDICE (sic) GRUESO Y CORTO, DE MESO ANCHO, ACODAMIENTO DEL INTESTINO A NIVEL DE LA ANASTOMOSIS, DIHESCENCIA (sic) DE LA ANASTOMOSIS AL MOVILIZARLA POR LO QUE DESMANTELAN ESTA (sic) Y CIERRAN MUÑON (sic), HACEN RESECCION (sic) DE LA ANASTOMOSIS Y REALIZAN NUEVA ANASTOMOSIS DE ILEON (sic) A COLON ASCENDENTE, HACEN APENDICECTOMIA , (sic) LAVADO DE CAVIDAD, CIERRE DE FASCIA Y PIEL, DEJAN HERIDA DE HERNIORRAFIA (sic) EMPAQUETADA- EL DIA (sic) DE HOY EN REGULARES CONDICIONES, CON PERSISTENCIA DE LOS SIRS (sic) ADEMÁS (sic) DE SX (sic) ANEMICO (sic) E HIPERNATREMIA POR LO QUE CONSIDERAN MANEJO EN LA UNIDAD, INGRESA CON TRANSFUSION (sic) DE SANGRE SIN COMPLICACIONES HASTA EL MOMENTO, SE PASA CATETER CENTRAL SUBCLAVIO PARA MEDICION (sic) DE PVC (sic) Y REANIMACION (sic) POR METAS, CON ESTABILIDAD CLINICA (sic) Y HEMODINAMICA (sic), CON SNG (sic) LA CUAL ES PRODUCTIVA, PARACLINICOS (sic) DE HOY CON FUNCION (sic) RENAL SIN ALTERACIONES AL IGUAL QUE PRUEBAS DE COAGULACION (sic), CH (sic) CON LEUCOCITOSIS Y NEUTROFILIA, Hb (sic) POR DEBAJO DE METAS PARA PACIENTE SEPTICO (sic), NO TROMBOCITOPENIA, PCR (sic) ALTA- SE DEJA MANEJO MEDICO (sic) Y SE HACE ORDEN DE HEMOCULTIVOS, PROCALCTONINA Y PARACLINICOS (sic) DE CONTROL”⁷⁶.

- El 4 de enero de 2014 a las 11:45 a.m., la paciente fue valorada por cirugía general, encontrándola con muy buena evolución, ya que había mejorado la diuresis corta advertida, el drenaje por la sonda nasogástrica era escaso y ya había hecho deposición, por lo cual ordenó sentarla, retirar sonda, iniciar dieta líquida y continuar vigilando líquidos⁷⁷.
- A las 12:04 p.m. y a las 12:13 p.m., se le realizó a la paciente terapia respiratoria y fisioterapia, respectivamente⁷⁸.
- La paciente fue valorada por intensivista a las 5:10 p.m., el cual luego de recibir reporte de imágenes diagnósticas y de paracénicos, señaló: “(...) *EL DIA (sic) DE HOY PACIENTE EN ESTABLES CONDICIONES GENERALES, DISMINUCION (sic) DE DOLOR (sic) ABDOMINAL,*

⁷⁶ Páginas 76 a 78 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷⁷ Página 83 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷⁸ Páginas 84 y 85 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

CON PERISTALTISMO PRESNETE (sic) AUQNUE (sic) DISMINUIDO. CIFRAS TESNIONALES (sic) CONTROLADAS TENDIENTES A LA ALTA, CON TAQUICARDIA. BUEN GASTO URINARIO Y BALANCE NEUTRO. CONTROL METABOLICO (sic) EN METAS. PARACLINICOS (sic) CON AZOADOS NORMALES PERSISTE SIRS (sic) EN ASCENSO, CON ELEVACION (sic) DE HB (sic) POST TRANSFUSION (sic), ESTAN (sic) PENDIENTES PROCALCITONINA Y PCR. (sic) TAC DE ABDOMEN TOMADO AYER REPORTO (sic) CAMBIOS SIGNIFICATIVOS DISMINUCIÓN EN LA DISTRIBUCIÓN GÁSTRICA , (sic) PERSISTENCIA DE DILATACIÓN DE ASAS DE INTESTINO DELGADO AUNQUE MENOS EVIDENTE QUE EN EL ESTUDIO ANTERIOR, ESCASA CANTIDAD DE LIQUIDO (sic) LIBRE EN LA CAVIDAD ABDOMINAL ,NO (sic) SE DEFINE LA PRESENCIA CLARA DE COLECCIONES INTRAABDOMINALES EN LA ACTUALIDAD, IMÁGEN (sic) COMPATIBLE CON HERNIA INGUINAL DERECHA CON CONTENIDO DENSO EN SU INTERIOR, AUNQUE SE HA MODIFICADO LIGERAMENTE DE TAMAÑO CON RESPECTO AL ESTUDIO ANTERIOR, (sic) .LIGERO (sic) AUMENTO DE LIQUIDO (sic) PLEURAL CON RESPECTO A ESTUDIO PREVIO (DERRAME). EDEMA DIFUSO DE LOS TEJIDOS BLANDOS DE LA PARED ABDOMINAL TAMBIÉN DE MANERA MAS (sic) LLAMATIVA QUE EN ESTUDIO PREVIO. EN ROND AOCN (sic) CIRUGIA (sic) GENERAL SE DECID EINICIO (sic) D EDIETA (sic) LIQUIDA (sic) Y RETIRO DE SONDA NASOGASTRICA (sic) PARA PROBAR TOLERANCIA A LA VIA (sic) ORAL. POR AHORA SE AJUSATAN (sic) ANTIHIPERTENSIVOS Y SE CONTINUA (sic) VIGILANCIA ESTRICITA EN ESTA UNIDAD, ALTO RIESGO DE COMPLICACIONES GI. (sic) SS (sic) GASES AHORA PARA VALORAR CONTINUIDAD DE SOLUCION (sic) AL MEDIO Y POTASIO”⁷⁹.

- A las 7:14 p.m., la paciente fue valorada nuevamente por intensivista, quien consideró continuar vigilancia médica y de respuesta inflamatoria⁸⁰.
- El 5 de enero de 2014 a las 12:30 p.m. y a las 12:54 p.m., se le realizó a la paciente terapia respiratoria y fisioterapia, respectivamente⁸¹.
- A las 4:47 p.m., la paciente fue evaluada por intensivista, quien señaló, entre otros aspectos, que no se presentaban colecciones intraabdominales y que se continuaba con manejo antibiótico

⁷⁹ Páginas 86 y 87 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸⁰ Páginas 92 y 93 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸¹ Páginas 95 y 97 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

establecido por síndrome de respuesta inflamatoria sistémica por paracísticos y el alto riesgo de traslocación bacteriana y sobreinfección por larga estancia hospitalaria. Se dejó constancia que en ronda con cirugía general se decidió avanzar en dieta licuada y continuar manejo en sala general⁸².

- El 6 de enero de 2014 a las 12:17 p.m., la paciente ingresó a hospitalización, dejándose la siguiente anotación: “*TOMOGRAFÍA DE ABDOMEN DE CONTROL SIN COLECCIONES INTRAABDOMINALES, HERNIA INGUINAL DERECHA CON CONTENIDO DENSO EN SU INTERIOR, DERRAME PLEURAL Y EDEMA DIFUSO DE LOS TEJIDOS BLANDOS. POR ESTABILIDAD CLÍNICA Y HEMODINÁMICA SE DECIDE TRASLADO A ESTE SERVICIO PARA CONTINUAR SEGUIMIENTO POR CIRUGÍA GENERAL. EN EL MOMENTO SE ENCUENTRA ESTABLE HEMODINÁMICAMENTE, CON MODULACIÓN DE LOS MARCADORES DE RESPUESTA INFLAMATORIA SISTÉMICA. SE DECIDE CONTINUAR IGUAL MANEJO MÉDICO*”⁸³.
- A las 12:26 p.m., se le realizó a la paciente terapia respiratoria⁸⁴.
- El 7 de enero de 2014 a las 9:45 a.m., medicina general valoró a la paciente, reiterando que la tomografía de abdomen de control realizada el 4 de enero de 2014 no evidenciaba colecciones intraabdominales, y señalando que se encontraba en manejo para hipocalcemia. Ordenó el retiro de la sonda vesical y solicitó examen para confirmar si tenía cuadro asmático o EPOC⁸⁵.
- A las 11:46 a.m. y a las 12:34 p.m., se le realizó a la paciente fisioterapia y terapia respiratoria, respectivamente⁸⁶.
- Siendo las 2:09 p.m., cirugía general valoró a la paciente, encontrando que hasta el momento tenía una evolución acorde con su patología⁸⁷.
- El 8 de enero de 2014 a las 11:15 a.m., medicina general evaluó a la paciente, indicando que la misma presentaba taquicardia, pero que toleraba la vía oral, sin distensión ni emesis. Ordenó la realización de

⁸² Páginas 98 y 99 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸³ Páginas 101 a 103 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸⁴ Página 110 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸⁵ Páginas 111 y 112 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸⁶ Páginas 114 y 115 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸⁷ Página 116 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

exámenes, ajustó medicación, solicitó electrocardiograma e insistió en que debía sentarse⁸⁸.

- A las 12:57 p.m., a las 6:09 p.m. y a las 6:15 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, terapia respiratoria, fisioterapia y nuevamente terapia respiratoria⁸⁹.
- En valoración hecha por cirugía general a las 2:34 p.m., se indicó que la paciente se encontraba tolerando bien la vía oral, que ya había hecho deposición y que presentaba mejoría clínica⁹⁰.
- Siendo las 7:02 p.m., la paciente refirió sentir masa dura en región pélvica debajo de herida quirúrgica, por lo que medicina general ordenó la realización de una ecografía de tejidos blandos de abdomen y pelvis, para luego comentar su resultado con cirugía general a fin de determinar conducta⁹¹.
- El 9 de enero de 2014 a las 12:37 p.m., a las 3:37 p.m. y a las 5:19 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, terapia respiratoria, fisioterapia y nuevamente terapia respiratoria⁹².
- A las 2:05 p.m., medicina general valoró a la paciente e indicó que la finalidad de la ecografía de tejidos blandos de abdomen y pelvis era para descartar colección de pared⁹³.
- El 10 de enero de 2014 a las 10:45 a.m. y a las 12:37 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria⁹⁴.
- Siendo las 11:02 a.m., medicina general valoró a la paciente, encontrando que la misma estaba estable hemodinámicamente y que toleraba vía oral. Señaló que en el día anterior se había observado secreción serosa a través de herida medial de laparotomía, por lo cual cirugía general indicó retirar puntos distales y solicitó ecografía de pared abdominal para descartar colecciones; examen que todavía estaba pendiente. Anotó que en ronda con el cirujano de turno, se

⁸⁸ Páginas 120 y 121 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸⁹ Páginas 123, 126 y 127 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹⁰ Página 124 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹¹ Página 128 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹² Páginas 129, 133 y 134 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹³ Páginas 130 y 131 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹⁴ Páginas 135 y 141 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

decidió continuar curaciones diarias, sentar a la paciente, continuar dieta blanda, vigilar tolerancia, y realizar exámenes⁹⁵.

- A las 12:34 p.m., cirugía general consignó que en el día anterior, se había observado en la paciente un hematoma en la herida, razón por la cual solicitó que ésta se abriera para drenar el hematoma, lo cual se realizó en la citada fecha y hora, y que se valorara por el grupo de curaciones⁹⁶.
- El 11 de enero de 2014 a las 11:33 a.m., en la valoración hecha por medicina general, se refirió que aunque la paciente se encontraba estable hemodinámicamente, no era procedente dar salida como lo consideró el cirujano general⁹⁷, toda vez que aquella no toleraba desmonte de oxígeno, y en la radiografía de tórax realizada se observaba un leve derrame pleural bilateral, así como congestión parahiliar bilateral, cefalización de flujo, sin aparente consolidación. En ese sentido, ordenó exámenes, ajustó dosis de medicamentos y solicitó valoración por medicina interna⁹⁸.
- A las 12:24 p.m. y a las 12:49 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria⁹⁹.
- El 12 de enero de 2014 a las 12:43 a.m. y a la 1:10 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, terapia respiratoria y fisioterapia¹⁰⁰.
- La valoración por medicina interna se llevó a cabo a la 1:05 p.m., en la cual se consideró que el resultado de la espirometría era compatible con proceso obstructivo. Estimó además que era susceptible de ordenar oxígeno domiciliario las 24 horas. Por lo demás, ajustó medicación¹⁰¹.
- El 13 de enero de 2014 a las 11:28 a.m., la paciente fue revisada nuevamente por medicina interna, indicando que por dicha especialidad se daba de alta y continuaba el manejo por cirugía general¹⁰².

⁹⁵ Páginas 136 y 137 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹⁶ Página 140 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹⁷ Página 148 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹⁸ Páginas 143 y 144 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹⁹ Páginas 146 y 147 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰⁰ Páginas 152 y 155 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰¹ Páginas 153 y 154 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰² Páginas 158 y 159 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- A las 12:25 a.m. y a la 6:13 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria¹⁰³.
- Medicina general solicitó la realización de una ecografía de tejidos blandos a la 1:07 p.m.¹⁰⁴.
- El 14 de enero de 2014 a las 9:52 a.m., la especialidad de cirugía general ordenó la realización de exámenes¹⁰⁵.
- Siendo las 9:56 a.m., cirugía general solicitó la programación de una laparotomía exploratoria urgente por diagnóstico de abdomen agudo¹⁰⁶.
- A las 10:15 a.m., medicina general dejó observación en el sentido que ante la inminencia de cirugía de urgencia, el cirujano había considerado necesario transfundir dos unidades de concentrado globular y reservar dos unidades más¹⁰⁷.
- Siendo las 10:16 a.m. se diligenció la solicitud y consentimiento informado para la transfusión de sangre y hemoderivados¹⁰⁸.
- Medicina general cambió a las 10:29 a.m., la orden de radiografía de tórax por una radiografía portátil¹⁰⁹.
- A las 10:43 a.m., medicina general anotó que la paciente se encontraba en regular estado de salud, que presentaba dolor abdominal, escalofríos y salida de material fecaloide por la herida en cavidad abdominal, por lo que sospechó de la presencia de una fistula y, en ese sentido fue que cirugía general programó una laparotomía de urgencia¹¹⁰.
- Siendo las 12:01 p.m., la 1:03 p.m. y las 6:00 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia, terapia respiratoria y nuevamente fisioterapia¹¹¹.

¹⁰³ Páginas 160 y 162 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰⁴ Página 161 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰⁵ Páginas 163 y 164 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰⁶ Página 165 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰⁷ Página 166 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰⁸ Páginas 167 a 169 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰⁹ Página 170 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹⁰ Páginas 171, 172 y 179 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹¹ Páginas 176, 177 y 181 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- A las 7:12 p.m., se le transfundió la primera unidad de concentrado globular previo al traslado a quirófano¹¹².
- La paciente fue sometida a la laparotomía exploradora a las 7:24 p.m., encontrando lo siguiente “*Dehiscencia de anastomosis ileo-colónica*”, “*Adherencias firmes a pared abdominal e interasas*” y “*En relación con anastomosis ileocolónica se encuentra asas firmemente adheridas con fuerte proceso inflamatorio*”¹¹³. Luego de la intervención, se ordenó traslado de la paciente a unidad de cuidados intermedios y la colocación de sonda nasogástrica a libre drenaje, entre otras conductas.
- La paciente ingresó a la unidad de cuidados intermedios a las 9:51 p.m., donde señalaron lo siguiente: “*AL COMPENSARSE EL ESTADO DE SEPSIS SE PASA NUEVAMENTE EL 05.01.14 A SALA GENERAL, ALLI (sic) SIGUE MANEJO POR CIRUGIA (sic) GENERAL Y MEDICINA INTERNA, LUEGO COMIENZAN TRAMITE (sic) DE O2 DOMICILIARIO, PERO EN LOS ULTIMOS (sic) 3 DIAS (sic) COMIENZA A DETERIORARSE, FIEBRE, ESCALOFRIO (sic), OBSERVAN DISTENSION (sic) ABDOMINAL, SALIDA DE MATERIA FECAL POR LA HERIDA, SOSPECHA FISTULA (sic) INTESTINAL, ES PROGRAMADA PARA CX NUEVAMENTE, ORDENAN TRANSFUNDIR 2 UNIDADES DE CONCENTRADO GLOBULAR, RESERVAN DOS MAS (sic), LLEVAN A QUIROFANO, REALIZAN LAPAROTOMIA (sic) EXPLORADORA, COLECTOMIA (sic) SUBTOTAL QUE INCLUYE HEMICOLECTOMIA (sic) O ILEOCOLECTOMIA (sic), OMENTECTOMIA (sic) PARCIAL, LISIS DE ADHERENCIAS PERITONEALES, LAVADO PERITONEAL DIAGNOSTICA (sic), REPORTAN HALLAZGOS DEHISCENCIA DE ANASTOMOSIS ILEO-COLONICA (sic), ADHERENCIAS FIRMES A PARED ABDOMINAL E INTERASAS, EN RELACION (sic) CON LA ANASTOMOSIS ILEOCOLONICA (sic) SE ENCUENTRA ASAS FIRMEMENTE ADHERIDAS CON FUERTE PROCESO INFLAMATORIO, LIBERAN ADHERENCIAS DE EPIPLON (sic) MAYOR E INTERASAS DE INTESTINO DELGADO LOGRANDO IDENTIFICAR FILTRACION (sic) DE ANASTOMOSIS A PARED ABDOMINAL, REFIEREN NO HABER PERITONITIS FECAL, DURANTE LA LIBERACION (sic) SE PRODUCE RUPTURA DE INTESTINO DELGADO LA CUAL REPARAN APROXIMADAMENTE 1.2 MTS DEL TREITZ, ADEMÁS (sic) MULTIPLES (sic) DESGARROS EN SEROSA INTESTINAL. SECCION (sic) DE MESENTERIO DE ILEON (sic) TERMINAL, MESOCOLON DEL ASCENDENTE Y*

¹¹² Página 182 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹³ Páginas 183 a 185 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

TRANSVERSO CON LIGASURE. SECCION (sic) DE COLON TRANSVERSO E ILEON (sic) TERMINAL, OMENTECTOMIA (sic) DE EPIPLON (sic) MAYOR, EXTIRPACION (sic) DE SACO HERNIARIO INGUINAL, LAVADO DE CAVIDAD Y REVISIONES DE HEMOSTASIA, DEJAN BOLSA DE VIAFLEX ENTRE PARED ABDOMINAL Y ASAS INTESTINALES Y UNA SEGUNDA BOLSA FIJA A PARED ABDOMINAL, CONTEO COMPLETO DE COMPRESAS Y DE INSTRUMENTAL, SANGRADO TRANSOPERATORIO CALCULADO DE 300 CC. LOS EXTREMOS INTESTINALES SECCIONADOS QUEDAN ABANDONADOS EN CAVIDAD PERITONEAL PARA UNA SEGUNDA REVISION (sic) QUIRURGICA (sic) EN 48 HORAS Y ASI (sic) DETERMINAR NECESIDAD DE NUEVAS RESECCIONES INTESTINALES Y REALIZAR OSTOMIAS (sic), DECIDEN TRASLADAR A ESTA UNIDAD PARA CONTINUAR MANEJO MEDICO (sic), MONITORIZACION (sic), SOPORTE NUTRICIONAL PARENTERAL GUIADO POR NUTRICION (sic), PREPARANDO PARA PROXIMA (sic) REVISION (sic) EN 48 HORAS. NO REPORTAN COMPLICACIONES INTRA O POSTOPERATORIAS. MANEJAN DOLOR CON HIDROMORFONA, TRANSFUNDIERON UNA UNIDAD DE CONCENTRADO GLOBULAR INTRAOPERATORIAMENTE. NO RELATAN OTRAS ALTERACIONES”¹¹⁴.

- El 15 de enero de 2014 a las 12:33 p.m., el intensivista valoró a la paciente en su segundo día en la unidad de cuidados intermedios, indicando que se encontraba en aparente buen estado, con dolor controlado en reposo, mucosas hidratadas, sin disnea ni dificultad al respirar. Anotó que el cuadro hemático mostraba leucos elevados y reactantes de fase aguda con desviación a la izquierda, que la prueba PCR había salido en aumento, que la función renal y hepática estaba normal, que el fósforo se encontraba elevado y la albumina muy baja, por todo lo cual decidió continuar aporte hídrico y antibióticos, ajustó electrolitos y nutrición parenteral total, y consideró que debía continuar manejo en dicha unidad por las múltiples complicaciones abdominales y riesgo de sepsis¹¹⁵.
- A las 2:36 p.m., la paciente fue valorada por cirugía general, quien refirió que estaba pendiente la recuperación de la paciente para ser llevada a nueva cirugía a una posible anastomosis¹¹⁶.

¹¹⁴ Páginas 187 y 188 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹⁵ Páginas 199 y 200 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹⁶ Página 203 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- La paciente fue atendida por el servicio de nutrición a las 3:03 p.m.¹¹⁷.
- Siendo las 3:28 p.m., las 4:54 p.m. y las 6:22 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, terapia respiratoria, fisioterapia y nuevamente terapia respiratoria¹¹⁸.
- En valoración realizada a las 7:00 p.m., el intensivista manifestó que debía definirse claramente si había sepsis severa para escalar manejo antibiótico. Por lo pronto, ordenó examen de procalcitonina y continuar manejo con diurético y líquidos endovenosos, al tiempo que estimó no aconsejable un cambio de antibiótico¹¹⁹.
- El 16 de enero de 2014 a las 9:20 a.m., la especialidad de cirugía general solicitó la programación de un lavado peritoneal terapéutico¹²⁰.
- En valoración por intensivista a la 1:07 p.m., se ordenó continuar igual manejo¹²¹.
- Siendo la 1:12 p.m. se diligenció la solicitud y consentimiento informado para la transfusión de sangre y hemoderivados¹²².
- A la 1:16 p.m., cirugía general valoró a la paciente, informando que la paciente estaba en moderada respuesta inflamatoria, y que se encontraba pendiente el lavado peritoneal en las próximas 48 horas¹²³.
- Siendo la 1:42 p.m., las 2:02 p.m. y las 5:12 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria¹²⁴.
- En evaluación realizada por intensivista a las 5:13 p.m., se anotó que la paciente se encontraba en aparentes regulares condiciones generales, consciente, orientada globalmente, afebril, hidratada, pálida, tranquila, alerta y comunicativa, sin signos de dificultad respiratoria, simetría facial, mucosas húmedas rosadas, sonda nasogástrica con drenaje bilioso, cuello móvil, sin ingurgitación yugular, tórax simétrico, catéter subclavio izquierdo, cardiopulmonar con ruidos cardíacos ritmicos sin soplos, campos pulmonares con murmullo vesicular disminuido en

¹¹⁷ Página 204 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹⁸ Páginas 207, 208 y 211 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹¹⁹ Páginas 212 y 213 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹²⁰ Página 215 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹²¹ Páginas 216 y 217 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹²² Páginas 220 a 223 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹²³ Página 224 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹²⁴ Páginas 225 a 227 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

forma global sin ruidos agregados, abdomen globoso blando, fajado, blando, depresible, dolor a la palpación perilesional, peristaltismo disminuido pero presente. Agregó haber advertido campo impregnado de material serohemático, sonda vesical a cystoflo con salida de orina clara, zona de eccema y eritema por dermatitis amoniacial, extremidades móviles, sin edemas con perfusión distal normal, neurológico sin déficit, no signos de focalización¹²⁵.

- A la paciente le fue realizado lavado peritoneal a las 10:13 p.m., hallando lo siguiente: *"LIQUIDO (sic) PERITONEAL TURBIO CON ABUNDANTES MEMBRANAS FIBRINOPURULENTAS (sic) ALGUNOS COAGULOS (sic) EN CAVIDAD, SIN SANGRADO ACTIVO MESENTERIO EDEMATIZADO Y ASAS INTESTINALES DISTENDIDAS, BIEN PERFUNDIDAS EL SEGMENTO DISTAL (COLON TRANSVERSO) QUEDA EN CAVIDAD"*¹²⁶.
- El 17 de enero de 2014 a la 1:01 a.m., la paciente ingresó nuevamente a la unidad de cuidados intermedios¹²⁷.
- A las 4:51 a.m., se consignó que la paciente se encontraba muy álgica, razón por la cual se iniciaba infusión de analgesia¹²⁸.
- Siendo las 11:49 a.m., cirugía general dejó anotado que se programaba nueva revisión en 24 horas; y que mientras ello se daba, se corregirían pruebas de coagulación, se haría una nueva transfusión y se trataría de estabilizar a la paciente desde el punto de vista hemodinámico para poder ser llevada nuevamente a cirugía¹²⁹.
- A las 11:50 a.m., cirugía general solicitó programación para un lavado peritoneal terapéutico¹³⁰.
- En valoración por intensivista realizada a las 12:01 p.m., se señaló que en la segunda revisión quirúrgica llevada a cabo el día anterior, se había hallado líquido peritoneal turbio con abundantes membranas fibrinopurulentas, algunos coágulos en cavidad, sin sangrado activo, el mesenterio edematizado y las asas intestinales distendidas bien perfundidas. Anotó que mostraba niveles de hemoglobina por debajo del rango de seguridad, por lo que ordenaba la transfusión de tres

¹²⁵ Páginas 228 y 229 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹²⁶ Página 231 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹²⁷ Página 233 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹²⁸ Página 235 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹²⁹ Página 236 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³⁰ Página 237 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

unidades de sangre. Consideró que por el momento la paciente tenía alto riesgo de complicaciones hemodinámicas, infecciosas y cardiovasculares y, en ese entendimiento, debía continuar manejo en la unidad¹³¹.

- Siendo las 12:02 p.m. se diligenció la solicitud y consentimiento informado para la transfusión de sangre y hemoderivados¹³².
- A la 1:05 p.m. y a la 1:24 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria¹³³.
- Al evaluar la paciente el intensivista a las 5:47 p.m., le adicionó medicamento al manejo y solicitó paraclínicos para definir escalar manejo antibiótico¹³⁴.
- A las 6:05 p.m. se le realizó a la paciente terapia respiratoria¹³⁵.
- El 18 de enero de 2014 a la 1:18 p.m. y a la 1:53 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria¹³⁶.
- A las 2:03 p.m., el intensivista dejó constancia en la historia clínica de que la familia de la paciente había contratado un psicólogo particular, al cual se le informó que la familia preguntaba muy poco por el estado, evolución y pronóstico de aquella, recomendando mayor contacto con los médicos para estar mejor informados¹³⁷.
- Siendo las 2:55 p.m., se diligenció la solicitud y consentimiento informado para la transfusión de sangre y hemoderivados¹³⁸.
- En nueva revisión por medicina intensiva a las 6:48 p.m., se consignó que la paciente estaba pendiente de realizarle un nuevo lavado en esa fecha; que en el reporte de enfermería se había clasificado la herida quirúrgica como muy sucia, de secreción verdosa y fétida. Indicó que la paciente presentaba respuesta inflamatoria sistémica clínica y paraclínica, con riesgo severo de sepsis severa, en manejo antibiótico de amplio espectro, nutrición enteral bien tolerada, alto riesgo de falla

¹³¹ Páginas 238 a 240 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³² Páginas 243 a 245 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³³ Páginas 247 y 248 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³⁴ Páginas 250 y 251 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³⁵ Página 253 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³⁶ Páginas 256 y 257 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³⁷ Páginas 258 a 260 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³⁸ Páginas 262 a 265 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

ventilatoria por sepsis y síndrome de fracaso multiorgánico, y pronóstico reservado¹³⁹.

- El 19 de enero de 2014 a las 12:01 a.m., medicina general formuló medicamento a la paciente para que pudiera conciliar el sueño¹⁴⁰.
- A las 9:36 a.m., la paciente fue valorada por medicina intensiva, la cual indicó que debía escalonarse antibiótico por pobre respuesta clínica y paraclínica y que le había solicitado a cirugía general definir fecha y hora del nuevo lavado quirúrgico. Se acotó que se encontraba en regular estado general, que preocupaba su situación, que debía seguir manejo estrecho en la unidad, que tenía alto riesgo de ser llevada a UCI a ventilación mecánica y para continuar soportes allá y que tenía pronóstico reservado¹⁴¹.
- Siendo la 1:18 p.m., se le realizó a la paciente terapia respiratoria¹⁴².
- En nota de evolución médica diligenciada a las 5:17 p.m. por intensivista, se consignó que la paciente presentaba una mala respuesta, aunque se estaba estabilizando la respuesta inflamatoria sistémica. Añadió que se escalonaba antibiótico y se agregaba otro medicamento, quedando pendiente del lavado en la tarde para continuar monitoreo y manejo en la unidad de cuidados intermedios¹⁴³.
- Siendo las 6:45 p.m., la paciente fue sometida a un lavado peritoneal postquirúrgico, hallando lo siguiente “*Abdomen en proceso de bloqueo*”, “*Moderada cantidad de membranas de fibrina*” y “*Colección subhepatica (sic) de aspecto hemático (sic), no fetido (sic)*”¹⁴⁴.
- A las 8:21 p.m., la paciente regresó a la unidad de cuidados intermedios¹⁴⁵.
- El 20 de enero de 2014 a las 11:49 a.m., medicina intensiva refirió que en ronda con cirugía general se había decidido iniciar dieta líquida, ajustar diurético y líquidos endovenosos, ya que la evolución de la paciente no

¹³⁹ Páginas 267 y 268 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁴⁰ Página 269 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁴¹ Páginas 271 a 273 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁴² Página 277 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁴³ Páginas 279 y 280 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁴⁴ Página 283 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁴⁵ Página 285 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

había sido satisfactoria. Mencionó que sería trasladada a sala general al lograrse compensación integral y así evitar el reingreso¹⁴⁶.

- La paciente fue atendida por el servicio de nutrición a las 12:38 p.m.¹⁴⁷.
- A la 1:07 p.m. y a la 1:41 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, terapia respiratoria y fisioterapia¹⁴⁸.
- La especialidad de cirugía general valoró a la paciente a las 3:28 p.m., y ordenó cerrar la sonda nasogástrica para reinicio de la dieta líquida, y continuar con manejo antibiótico de base¹⁴⁹.
- En valoración hecha por medicina intensiva a las 8:04 p.m., se anotó que se había evidenciado la presencia de E. Coli en cultivo de líquido abdominal, por lo cual ordenó iniciar manejo con ertapenem, aislar y continuar manejo con vancomicina y metronidazol, y suspendió meropenem¹⁵⁰.
- El 21 de enero de 2014 a las 9:55 a.m., en la nota de evolución de la especialidad de medicina intensiva, se consignó que se continuaba dieta líquida y que se iniciaba manejo con nuevos medicamentos. Consta que se ordenaron estudios de control, que estaba pendiente nueva revisión por cirugía tras disminuir distensión de asas, y que se reiteró el alto riesgo de complicaciones infecciosas y hemodinámicas, por lo cual debía continuar en la unidad de cuidados intermedios¹⁵¹.
- A las 11:37 a.m. se llevó a cabo la evaluación por cirugía general, especialidad que señaló que hasta el momento la paciente tenía evolución de acuerdo con su patología, que debido al cultivo de E. Coli, se pensaba posiblemente programar para el día siguiente una revisión en quirófano¹⁵².
- Siendo las 11:39 a.m. y la 1:02 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria¹⁵³.

¹⁴⁶ Páginas 291 a 293 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁴⁷ Página 295 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁴⁸ Páginas 298 y 299 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁴⁹ Página 300 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵⁰ Páginas 301 y 302 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵¹ Páginas 309 a 311 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵² Página 313 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵³ Páginas 314 y 315 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- En la nota de evolución médica de la unidad de cuidados intermedios hecha a las 6:13 p.m., se observa que se suspendió medicamento, que se continuó con dieta líquida y sedante, y que se encontraba pendiente nueva revisión por cirugía general para definir cierre de abdomen según hallazgos¹⁵⁴.
- A las 6:35 p.m. se le realizó a la paciente terapia respiratoria¹⁵⁵.
- El 22 de enero de 2014 a las 10:06 a.m., en la nota de evolución de la especialidad de medicina intensiva, se consignó que en revisión con cirujano de turno, se advirtió nuevo sangrado en cavidad abdominal sin ser posible determinar el sitio de origen¹⁵⁶.
- La paciente fue valorada por cirugía general a las 11:38 a.m., indicando que estaba presentando salida de material de tipo hemático por la bolsa de viaflex, con coágulos a través de ésta, requiriendo entonces ser comentada con cirujano de turno¹⁵⁷.
- A la 1:00 p.m., cirugía general solicitó programación de lavado peritoneal terapéutico por fístula del intestino¹⁵⁸.
- Siendo las 2:33 p.m. y las 5:21 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, terapia respiratoria y fisioterapia¹⁵⁹.
- A las 5:38 p.m., la paciente fue sometida a un lavado peritoneal postquirúrgico, hallando lo siguiente “*Gran coagulo (sic) en flanco e hipocondrio izquierdo el cual se extiende hasta la línea media del abdomen. No se reconoce sangrado mecánico activo*”, “*Cavidad abdominal con bloqueo en un (sic) porción central*” y “*No se identifican colecciones o signos macroscopicos (sic) de peritonitis activa*”¹⁶⁰.
- La paciente regresó a la unidad de cuidados intermedios a las 6:57 p.m., en donde se reseñó que se había practicado lavado por coágulo en cavidad sin encontrar sitio de sangrado activo, que no había signos de proceso infeccioso abdominal activo, por lo que se continuaba manejo establecido¹⁶¹.

¹⁵⁴ Páginas 316 y 317 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵⁵ Página 319 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵⁶ Páginas 321 y 322 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵⁷ Página 325 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵⁸ Páginas 326 y 327 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵⁹ Páginas 328 y 329 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁶⁰ Página 330 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁶¹ Páginas 332 y 333 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- El 23 de enero de 2014 a las 12:31 p.m. y las 2:03 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria¹⁶².
- La paciente fue atendida por el servicio de nutrición a la 1:18 p.m.¹⁶³.
- En nota de evolución médica hecha a las 2:11 p.m. por medicina intensiva, se señaló que la paciente se encontraba actualmente con abdomen abierto en manejo por peritonitis terciaria por germen BLEE, y que continuaba con respuesta inflamatoria sistémica clínica y paraclínica. Se ordenó cambio de invasivos con protocolo de los mismos hemos y cultivo de punta de catéter. Se refirió que según descripción quirúrgica no había colecciones infecciosas en la cavidad. Se indicó que la paciente tenía un porcentaje de mortalidad del 25%, y que debía ser transfundida¹⁶⁴.
- La especialidad de cirugía general valoró a la paciente a las 3:15 p.m., consignando que el día anterior se había drenado un hematoma que estaba entorpeciendo la evolución postquirúrgica, luego de lo cual tenía mejor evolución¹⁶⁵.
- Siendo las 3:33 p.m., se diligenció la solicitud y consentimiento informado para la transfusión de sangre y hemoderivados¹⁶⁶.
- La paciente fue nuevamente evaluada por intensivista a las 5:07 p.m., quien reiteró conducta de rastreo de patología infecciosa¹⁶⁷.
- A las 6:47 p.m. se le realizó a la paciente terapia respiratoria¹⁶⁸.
- El 24 de enero de 2014 a las 8:18 a.m., la paciente fue evaluada por medicina intensiva, la que reiteró nota hecha el día anterior, y adicionó que estaba siendo bien tolerado el procedimiento¹⁶⁹.
- A la 1:40 p.m. y las 2:03 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria¹⁷⁰.

¹⁶² Páginas 337 y 341 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁶³ Página 338 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁶⁴ Páginas 342 a 344 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁶⁵ Página 346 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁶⁶ Páginas 347 a 350 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁶⁷ Páginas 351 y 352 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁶⁸ Página 353 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁶⁹ Páginas 358 a 360 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁷⁰ Páginas 362 y 363 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- Siendo las 3:35 p.m., medicina intensiva valoró a la paciente, consignando que tenía un balance hídrico muy positivo, que todavía estaban pendientes los resultados del rastreo infeccioso, y que seguía con alto porcentaje de mortalidad y pronóstico reservado¹⁷¹.
- A las 5:40 p.m. se le realizó a la paciente terapia respiratoria¹⁷².
- El 25 de enero de 2014 a las 12:06 p.m., medicina intensiva anotó en la historia clínica que hasta el momento el rastreo del proceso infeccioso era negativo, que la paciente se encontraba estable clínica y hemodinámicamente, pero con alto riesgo de complicaciones infecciosas, hemodinámicas y cardiovasculares. Ordenó transfusión de dos unidades de sangre¹⁷³.
- Siendo las 12:07 p.m., se diligenció la solicitud y consentimiento informado para la transfusión de sangre y hemoderivados¹⁷⁴.
- A las 12:16 p.m. se le realizó a la paciente terapia respiratoria¹⁷⁵.
- En nota de evolución de las 6:48 p.m. por parte de medicina intensiva, se señaló que la paciente se encontraba en tratamiento antibiótico por alto riesgo de infección micótica por las múltiples intervenciones quirúrgicas, que la transfusión de sangre se había realizado sin complicaciones, y que durante el día había mostrado estabilidad clínica y hemodinámica, pero con alto riesgo de complicaciones¹⁷⁶.
- El 26 de enero de 2014 a las 10:19 a.m., en revisión hecha por cirugía general, se manifestó que la paciente había drenado 400 cc por sonda nasogástrica, que no existían signos de irritación peritoneal, que las asas tenían buen color sin secreción purulenta ni intestinal, que no se observaban otros cambios agudos, y que ante la persistencia de hipocalcemia mayor del 15% se insistía en la reposición y reinicio de la nutrición parenteral¹⁷⁷.

¹⁷¹ Páginas 364 y 365 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁷² Página 366 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁷³ Páginas 369 a 371 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁷⁴ Páginas 374 a 376 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁷⁵ Página 377 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁷⁶ Páginas 378 y 379 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁷⁷ Página 383 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- A las 12:37 p.m. y las 2:23 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, terapia respiratoria y fisioterapia¹⁷⁸.
- Medicina intensiva valoró a la paciente a las 6:21 p.m., y reiteró nota hecha el 25 de enero a las 12:06 p.m., añadiendo que se reiniciaba nutrición parenteral por orden de cirugía¹⁷⁹.
- A las 7:59 p.m., medicina intensiva nuevamente revisó a la paciente y refirió que la evaluación era estacionaria, que debían corregirse causas de íleo para determinar si ameritaba nuevas intervenciones por cirugía general. Por lo demás, ordenó continuar manejo propuesto en evolución principal¹⁸⁰.
- El 27 de enero de 2014 a las 10:47 a.m., cirugía general valoró a la paciente, indicando que ésta se encontraba en aceptables condiciones generales de salud, que por la sonda nasogástrica había drenado 250 cc, que las asas intestinales estaban bien perfundidas, que no se observaba sangrado activo, por lo cual consideró iniciar dieta líquida clara fraccionada para estímulo enteral y continuar con la corrección de la hipocalemia¹⁸¹.
- La paciente fue atendida por el servicio de nutrición a las 11:43 a.m.¹⁸².
- A la 1:02 p.m. se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria¹⁸³.
- En nota de evolución médica hecha a las 6:08 p.m. en la unidad de cuidados intermedios, se anotó que la paciente se encontraba decaída, un poco pálida, con dolor abdominal parcialmente modulado, con herida quirúrgica en fosa ilíaca derecha sana, con la bolsa viaflex desprendida parcialmente de pared abdominal y con secreción de aspecto hematopurulento. Agregó que la dieta líquida en poca cantidad había sido tolerada, aunque con leve distensión posterior, que persistía la taquicardia, que los paracínicos mostraban elevación de reactantes de fase aguda, que la anemia no presentaba grandes cambios, que radiografía de tórax mostraba derrame pleural bilateral. Solicitó valoración por cirugía general¹⁸⁴.

¹⁷⁸ Páginas 384 y 385 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁷⁹ Páginas 387 y 388 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸⁰ Páginas 390 y 391 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸¹ Página 393 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸² Página 394 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸³ Páginas 397 y 398 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸⁴ Páginas 399 y 400 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- A las 7:11 p.m., medicina intensiva consignó en la historia clínica que la paciente presentaba dolor abdominal modulado, y que debía continuar manejo en la unidad de cuidados intermedios¹⁸⁵.
- El 28 de enero de 2014 a las 7:35 a.m., cirugía general solicitó programación para lavado peritoneal terapéutico¹⁸⁶.
- A las 7:54 a.m., cirugía general consignó en la historia clínica que a la paciente se le había cultivado un E. Coli multirresistente, que la bolsa de viaflex estaba parcialmente desprendida con secreción hemopurulenta, por lo que se hacía necesaria la revisión por cirugía¹⁸⁷.
- Medicina intensiva valoró a la paciente a las 10:34 a.m., informando que la paciente tenía sepsis de origen abdominal por E. Coli, que tenía síndrome anémico y desequilibrio electrolítico, que tenía asas semipálidas con secreción abundante amarilla, con sonda nasogástrica productiva, con taquicardia constante y con paraclínicos que mostraban ascensos de leucos. Indicó que en ronda con cirugía general se había decidido programar nueva revisión quirúrgica y lavado. Acotó que tenía altísimo riesgo de complicaciones infecciosas y cardiovasculares¹⁸⁸.
- A las 5:42 p.m., la paciente fue nuevamente revisada por medicina intensiva, la cual refirió que según evolución y hallazgos intraoperatorios debía pensarse en TAC abdominal. Acotó haber iniciado antidepresivo¹⁸⁹.
- A las 6:17 p.m. se le realizó a la paciente terapia respiratoria¹⁹⁰.
- El 29 de enero de 2014 a las 7:52 a.m., cirugía general anotó en la historia clínica que de la bolsa de viaflex que estaba desprendida parcialmente se evidenciaba salida de secreción purulenta. Se recordó que la paciente tenía pendiente la revisión en cirugía¹⁹¹.
- Siendo las 12:06 p.m., medicina intensiva revisó el estado de la paciente, y consignó que se encontraba pendiente de nuevo lavado, que se

¹⁸⁵ Páginas 402 y 403 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸⁶ Página 405 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸⁷ Página 406 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸⁸ Páginas 407 y 408 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸⁹ Páginas 411 y 412 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹⁰ Página 414 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹¹ Página 418 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

consideraba necesario realizar un TAC de abdomen para descartar la presencia de colecciones¹⁹².

- A las 12:26 p.m. y a la 1:33 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, terapia respiratoria y fisioterapia¹⁹³.
- En nueva valoración hecha a las 5:15 p.m. por medicina intensiva, se reiteró lo expuesto en anotación anterior¹⁹⁴.
- En ronda de infectología, se consignó en la historia clínica a las 5:56 p.m., que la paciente continuaba con signos de respuesta inflamatoria, por lo cual proponía que se llevara a revisión quirúrgica y se tomara nuevo cultivo, y sugirió también la realización de un TAC de abdomen contrastado para definir conducta de antibióticos¹⁹⁵.
- El 30 de enero de 2014 a las 9:48 a.m., medicina intensiva revisó a la paciente y decidió retirar bolsa de viaflex por ser posiblemente la causa del síndrome de respuesta inflamatoria sistémica; señaló además que se encontraba pendiente el reporte de TAC de abdomen para descartar abscesos¹⁹⁶.
- Siendo las 11:56 a.m., la paciente fue sometida al nuevo lavado peritoneal terapéutico, hallando: "*ABDOMEN BLOQUEADO, CON FIBRINA RECUBRIENDO LAS ASAS, LAS CUALES LUCEN LEVEMENTE DISTENDIDAS, BIEN PERFUNDIDAS Y EUTÉRMICAS, SIN COLECCIONES*"¹⁹⁷. Luego del procedimiento, se ordenó traslado a unidad de cuidados intermedios y se consideró que era posible manejar con drenaje percutáneo la colección hemática posterior así como la colección inguinal derecha, observadas en las imágenes y reporte de TAC de abdomen, ya que no eran susceptibles de abordaje quirúrgico por las características de abdomen bloqueado¹⁹⁸.
- A las 12:38 p.m. y a la 6:15 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria¹⁹⁹.
- La paciente fue atendida por psicóloga²⁰⁰.

¹⁹² Páginas 419 a 421 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹³ Páginas 423 y 424 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹⁴ Páginas 427 y 428 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹⁵ Página 430 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹⁶ Páginas 433 y 434 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹⁷ Página 436 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹⁸ Página 437 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹⁹ Páginas 441 y 447 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- En valoración hecha por medicina intensiva a las 6:02 p.m., se narró que según TAC, existían hematomas y colección en región inguinocrural, por lo cual solicitó drenaje guiado por eco, así como nuevo cultivo de secreción fibrinopurulenta. Se acotó que el abdomen estaba completamente bloqueado²⁰¹
- El 31 de enero de 2014 a las 11:09 a.m., medicina intensiva revisó a la paciente, anotando que ya se había ordenado drenar los abscesos de manera percutánea, y que era necesario transfundir dos unidades de concentrado globular²⁰².
- A las 12:52 p.m., a las 2:10 p.m. y a las 4:17 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, terapia respiratoria, fisioterapia y nuevamente terapia respiratoria²⁰³.
- Siendo las 3:11 p.m. se diligenció la solicitud y consentimiento informado para la transfusión de sangre y hemoderivados²⁰⁴.
- En nueva valoración hecha por medicina intensiva a las 3:38 p.m., se indicó que se encontraba pendiente la punción guiada por eco de las colecciones intraabdominales, que ya se había realizado la transfusión, y que continuaba en cubrimiento antibiótico²⁰⁵.
- El 1º de febrero de 2014 a las 12:11 p.m., medicina intensiva valoró el estado de la paciente, refiriendo que se encontraba pendiente el drenaje percutáneo y el cultivo de las colecciones, que del cultivo de cavidad tomado el 30 de enero de 2014 se mostraba una pseudomonas aeruginosa, por lo que se inició manejo antibiótico para ello y se comentó a infectología²⁰⁶.
- A las 12:23 p.m., se le realizó a la paciente terapia respiratoria²⁰⁷.
- Siendo la 1:13 p.m., cirugía general evaluó a la paciente y refirió que se había definido realizar drenaje percutáneo guiado por imagenología de

²⁰⁰ Página 442 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰¹ Páginas 444 y 445 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰² Páginas 449 a 451 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰³ Páginas 453, 454 y 462 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰⁴ Páginas 455 a 458 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰⁵ Páginas 459 y 460 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰⁶ Páginas 465 y 466 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰⁷ Página 471 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

las colecciones documentadas. Acotó que había disminución en los drenajes por la sonda nasogástrica²⁰⁸.

- En valoración hecha a las 6:11 p.m. por medicina intensiva, se consignó que se encontraba pendiente el drenaje y cultivos de las colecciones, y que ya había habido valoración por infectología en relación con la pseudomonas aeruginosa multirresistente hallada en el cultivo²⁰⁹.
- El 2 de febrero de 2014 a las 12:26 p.m. y a las 12:34 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, terapia respiratoria y fisioterapia²¹⁰.
- En revisión realizada por medicina intensiva a la 1:17 p.m., se refirió que se encontraba pendiente el drenaje y cultivos de las colecciones y solicitó interconsulta con dermatología, debido a la presencia de rash pruriginoso²¹¹.
- Siendo las 7:58 p.m., medicina intensiva nuevamente valoró a la paciente y consignó que todavía estaba pendiente el drenaje y cultivos de las colecciones²¹².
- El 3 de febrero de 2014 a las 12:56 p.m. y a la 1:16 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria²¹³.
- En nota de evolución médica diligenciada a las 6:01 p.m. por medicina intensiva, se narró que la paciente se encontraba decaída, desorientada, con menor producción por sonda nasogástrica, distendida, con dolor abdominal controlado y con reacción dermatológica sin mejoría. Se anotó que en la fecha se había realizado drenaje y que estaba pendiente el reporte del mismo²¹⁴.
- Siendo las 7:03 p.m., medicina intensiva nuevamente revisó a la paciente, dejando constancia del procedimiento de drenaje realizado sin complicaciones, así: “*INSERCIÓN (sic) DE CATETER (sic) DE DRENAJE EN CAVIDAD PERITONEAL Y PUNCION (sic) – ASPIRACIÓN (sic) DE COLECCION (sic) EN REGION (sic) INGUINAL DERECHA. INDICACION: (sic) COLECCIONES POSQUIURGICAS. INFORME: (sic) La evaluación ecográfica preliminar*

²⁰⁸ Página 472 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰⁹ Páginas 474 y 475 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²¹⁰ Páginas 477 y 478 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²¹¹ Páginas 479 a 482 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²¹² Páginas 483 y 484 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²¹³ Páginas 487 y 488 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²¹⁴ Páginas 489 a 491 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

demuestra colección en la gotera paracólica alta derecha, adyacente al lóbulo hepático derecho, la cual aparentemente ha disminuido en tamaño si se compara con la TAC. También existe colección en la región inguinal derecha también de menor tamaño y con múltiples membranas y ecos internos (compleja).Asepsia (sic) con clorhexidina e infiltración con lidocaina.Bajo (sic) guía ecográfica (sic) directa y utilizándose (sic) técnica (sic) de Seldinger se avanza catéter (sic) de drenaje multipropósito (sic) 10F hasta el interior de la colección (sic) en la cavidad abdominal y se obtiene 25 cc de líquido de color oscuro, de olor fétido, el cual se envía en tubos de ensayo para estudios de laboratorio.Se (sic) fija el catéter a la piel con seda 2-0 y se conecta a equipo de venoclisis a través de llave de tres vías dejándose a libre drenaje.Posteriormente (sic) y utilizándose aguja 18G se punciona la colección inguinal derecha, obteniéndose muy escasa cantidad de líquido también oscuro y de alta densidad, por lo cual no se puede aspirar en su totalidad.La (sic) paciente toleró (sic) el procedimiento y no se presentaron complicaciones inmediatas.CONCLUSION:INSERCIÓN (sic) DE CATÉTER (sic) DE DRENAJE EN CAVIDAD PERITONEAL Y PUNCION-ASPIRACIÓN (sic) DE COLECCIÓN (sic) INGUINAL DERECHA BAJO GUIA (sic) ECOGRAFICA (sic) SIN COMPLICACIONES.RECOMENDACIONES:- (sic) Dejar el catéter (sic) a libre drenaje.- Se puede irrigar con 10 cc de solución salina cada 8 horas recuperando.- Las colecciones son de muy difícil aspiración y drenaje por vía percutánea dada su naturaleza densa y compleja.- Enviar la muestra a laboratorio con sus respectivas órdenes, especialmente gram y cultivo para descartar sobreinfección.- Retirar el catéter (sic) en caso de no presentarse un funcionamiento adecuado.- Continuar manejo por médico tratante.mls (sic)"²¹⁵. Acotó el intensivista que por ahora se esperarían estudios.

- El 4 de febrero de 2014 a las 11:59 a.m. y a las 3:43 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria²¹⁶.
- A las 12:35 p.m., la paciente fue valorada por dermatología, la cual consideró que aquella tenía una reacción cutánea a los medicamentos, por lo que ordenó continuar manejo con hidrocortisona IV y en crema²¹⁷.
- Siendo las 12:42 p.m., medicina intensiva consignó que ya se había llevado a drenaje de las colecciones, que actualmente estaba drenando pero debía definirse drenaje de colección subcapsular hepática²¹⁸.

²¹⁵ Páginas 494 a 496 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²¹⁶ Páginas 499 y 506 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²¹⁷ Página 500 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²¹⁸ Páginas 501 y 502 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- La especialidad de cirugía general evaluó a la paciente a la 1:34 p.m., y explicó que aunque fue llevada a drenaje percutáneo, sólo se pudo drenar una de las colecciones, por lo que se encontraban pendientes de que las otras colecciones se reabsorbieran o disminuyeran con el nuevo esquema de antibiótico²¹⁹.
- A las 3:43 p.m. y a las 6:24 p.m., se le realizó a la paciente terapia respiratoria²²⁰.
- En nota de evolución de medicina intensiva de las 4:18 p.m., se consignó que al comentar la paciente con otro médico, éste informó que la colección hemática estaba aparentemente infectada, por cuanto la sangre era oscura y fétida, y que además, era una sola colección que se comunicaba entre sí y se veía en casi todo el abdomen. Por lo anterior, el citado galeno consideró que debía continuar lavado el dren para facilitar drenaje, y que podía usarse un trombolítico para tratar de retirar la mayor parte del hematoma que estaba infectado²²¹.
- El 5 de febrero de 2014 a las 12:33 a.m., a las 4:14 p.m. y a las 4:31 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, terapia respiratoria y fisioterapia²²².
- A las 12:57 p.m., medicina intensiva refirió que al plantear a radiología la posibilidad de drenar la colección subhepática, se había aclarado que por la localización no era susceptible de ese tipo de manejo. Por lo anterior, anotó que se comentó tal condición al cirujano de turno, y que se estaba a la espera de junta quirúrgica para nuevo procedimiento²²³.
- Siendo la 1:59 p.m., cirugía general aclaró que la colección intraabdominal comenzaba a nivel subhepático y se extendía en todo el hemiabdomen derecho hasta el hipocondrio izquierdo. Precisó que radiología consideraba que no podía drenarse de forma percutánea. Por lo anterior, se consignó que ante la pésima evolución de la paciente, quien continuaba anemizando, se requería valoración urgente por cirujano de turno para posible programación de drenaje quirúrgico²²⁴.

²¹⁹ Página 505 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²²⁰ Páginas 506 y 511 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²²¹ Páginas 507 y 508 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²²² Páginas 513, 521 y 522 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²²³ Páginas 514 a 516 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²²⁴ Página 519 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- A las 4:56 p.m., medicina intensiva anotó que al valorar la paciente con cirujano de turno en relación con las colecciones abdominales que no habían podido drenarse vía percutánea, aquel había referido que por vía abdominal abierta no había forma de acceder a cavidad, debido a presencia de abdomen congelado y alto riesgo de fístula intestinal. Acotó que el cirujano indicó que hablaría nuevamente con radiología intervencionista para revalorar drenaje percutáneo²²⁵.
- Siendo las 5:01 p.m., medicina intensiva reiteró la anotación hecha anteriormente²²⁶.
- El 6 de febrero de 2014 a las 11:12 a.m., la paciente fue revisada por medicina intensiva, quien manifestó que persistía respuesta inflamatoria, taquicardia y deterioro cognitivo, y que se estaba a la espera de la decisión de la junta quirúrgica en relación con realizar un nuevo procedimiento para drenar la colección²²⁷.
- Siendo las 11:25 a.m., medicina intensiva reiteró la anotación hecha anteriormente²²⁸.
- A las 12:46 p.m., a la 1:28 p.m. y a las 6:40 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria²²⁹.
- La paciente fue atendida por el servicio de nutrición a las 5:38 p.m.²³⁰.
- En nota de evolución hecha a las 5:45 p.m. por medicina intensiva, se indicó que ahora la paciente presentaba problemas de hipernatremia, que ya estaba en manejo, y que el síndrome urticariforme de origen farmacológico también podía deberse a una entidad infecciosa. Calificó a la paciente como en estado crítico²³¹.
- El 7 de febrero de 2014 a las 12:37 p.m., la paciente fue revisada por cirugía general, quien señaló que aquella se encontraba en muy malas condiciones generales, que por el dren abdominal se encontraba drenando líquido hemático oscuro, y que tenía mal pronóstico²³².

²²⁵ Páginas 523 y 524 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²²⁶ Páginas 526 y 527 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²²⁷ Páginas 531 a 533 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²²⁸ Páginas 536 a 538 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²²⁹ Páginas 541, 542 y 550 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³⁰ Página 543 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³¹ Páginas 547 y 548 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³² Página 552 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- A las 12:43 p.m., a la 1:51 p.m. y a las 6:33 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria²³³.
- La paciente fue atendida por el servicio de nutrición a las 2:02 p.m.²³⁴.
- Siendo las 3:33 p.m., medicina intensiva valoró a la paciente y explicó que por radiología había sido imposible drenar la colección, y que por parte de cirugía general no existía manejo quirúrgico abierto por abdomen bloqueado en último lavado y alta probabilidad de fistulación. Acotó que la paciente estaba en malas condiciones, que la urticaria no presentaba mejoría y que la taquicardia estaba en aumento. Consideró que la paciente estaba en catástrofe abdominal²³⁵.
- A las 6:20 p.m., en revisión hecha por medicina intensiva se refirió que la paciente estaba en franco deterioro a pesar de todas las medidas terapéuticas instauradas, debiéndose ordenar la colocación de máscara por posible falla ventilatoria. Se acotó que las lesiones dérmicas progresaban sin control y que se había comentado con UCI para manejo con ventilación²³⁶.
- En nueva revisión hecha por medicina intensiva a las 8:54 p.m., se encontró leve mejoría del estado general de la paciente, y quedó pendiente la decisión de posible paso a UCI luego de obtener el resultado de pruebas de gases arteriales y venosos²³⁷.
- Siendo las 10:39 p.m., medicina intensiva ordenó cambio de catéter y cultivo de la punta. Dado que los gases mostraron severa hipoperfusión tisular, además de hipotensión, se decidió colocar bolo de LEV e iniciar apoyo vasopresor²³⁸. Se ordenó además la realización de una radiografía de tórax²³⁹.
- El 8 de febrero de 2014 a las 9:59 p.m., medicina intensiva solicitó concepto a infectología por probable RAM con manifestación cutánea²⁴⁰.

²³³ Páginas 553, 554 y 565 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³⁴ Página 555 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³⁵ Páginas 557 a 559 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³⁶ Páginas 562 y 563 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³⁷ Páginas 566 y 567 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³⁸ Páginas 570 y 571 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³⁹ Página 574 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁴⁰ Páginas 576 y 577 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- A las 10:09 a.m., en revisión de medicina intensiva, se consignó que el pronóstico de la paciente era ensombrecedor por el delicado estado general, por el abdomen bloqueado que no permitía nuevas intervenciones profundas y por respuesta inflamatoria estacionaria. Se señaló que en ronda con cirugía general se había dispuesto control con TAC abdominal²⁴¹.
- Siendo las 10:16 a.m., medicina intensiva anotó que luego de comentar la paciente con nefrología, se comenzaría la nefroprotección, ya que era muy probable que terminara requiriendo hemodiálisis. Se anotó que el TAC de abdomen se dejaba para realizar al día siguiente por el riesgo actual de nefropatía por contraste²⁴².
- En revisión hecha a las 11:21 a.m. por cirugía general, se indicó que la paciente se encontraba en manejo antibiótico, que se realizaría TAC de colección que no pudo drenarse en forma percutánea, para definir la pertinencia de realizar un nuevo procedimiento quirúrgico de demolición para desmontar la colección²⁴³.
- A las 12:54 p.m. y a la 1:16 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria²⁴⁴.
- En nota de evolución de medicina intensiva hecha a las 5:39 p.m., se consignó que la paciente seguía en estado crítico, en manejo y monitoreo estrecho, con pronóstico reservado, y que estaban a la espera tanto del TAC abdominal como del concepto de infectología para escalonamiento antibiótico²⁴⁵.
- El 9 de febrero de 2014 a las 10:32 a.m., medicina intensiva refirió que debido a la baja hemoglobina era necesario transfundir. Ordenó nuevos cultivos. Comentó la paciente con UCI nuevamente para un posible traslado, y con la especialidad de nefrología. Se anotó que se había explicado a los familiares la mala progresión del caso, con 40% de probabilidad de muerte. Indicó que se hablaría con cirugía para la posibilidad de revisión de la cavidad²⁴⁶.

²⁴¹ Páginas 578 a 580 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁴² Página 583 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁴³ Página 584 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁴⁴ Páginas 585 y 586 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁴⁵ Páginas 588 y 589 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁴⁶ Páginas 595 a 597 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- Siendo las 10:38 a.m. se diligenció la solicitud y consentimiento informado para la transfusión de sangre y hemoderivados²⁴⁷.
- A la 1:51 p.m. se le realizó a la paciente terapia respiratoria²⁴⁸.
- En nota de evolución médica hecha a las 7:03 p.m. por medicina intensiva, se indicó que se encontraba pendiente el concepto de infectología y la valoración por nefrología. Se señaló que continuaba con manejo vasopresor, que los hemocultivos habían salido negativos, y que estaba pendiente el estudio y rastreo infeccioso en orina. Se afirmó que cirugía general quedó de valorar a la paciente para definir nueva revisión quirúrgica. Se reiteró que se encontraba en alto riesgo de llegar a hemodiálisis, con puntaje de mortalidad elevada. Finalmente se anotó que se había comentado la paciente con radiología, especialidad que realizaría el día siguiente una eco para drenaje de derrame pleural bilateral²⁴⁹.
- El 10 de febrero de 2014 a las 8:58 a.m., la paciente fue atendida por el servicio de nutrición²⁵⁰.
- A las 12:41 p.m. y a las 4:19 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, terapia respiratoria y fisioterapia²⁵¹.
- En valoración hecha por cirugía general a las 2:32 p.m., se anotó que el plan consistía en proponer a la familia de la paciente llevar a ésta a cirugía de demolición del síndrome de adherencia severo que tenía en el abdomen, con el fin de drenar las colecciones y manejar de forma diferente el abdomen, pero con altísimos riesgos de perforaciones, de fistulas y de muerte²⁵².
- Siendo las 3:28 p.m., medicina intensiva reportó que se encontraban a la espera de la autorización que diera la familia de la paciente para intervenir a ésta quirúrgicamente e intentar drenaje de colección²⁵³.
- En nota de evolución dejada por medicina intensivista a las 6:05 p.m., se indicó que todavía no había sido autorizado por los familiares de la paciente, intentar demoler el síndrome adherencial severo²⁵⁴.

²⁴⁷ Páginas 601 a 604 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁴⁸ Página 606 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁴⁹ Páginas 607 y 608 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵⁰ Página 613 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵¹ Páginas 614 y 622 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵² Página 616 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵³ Páginas 617 a 620 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- El 11 de febrero de 2014 a las 9:20 a.m., cirugía general solicitó la programación de una laparotomía exploratoria²⁵⁵.
- A las 12:29 p.m., cirugía general valoró a la paciente, encontrándola en mejores condiciones desde el punto de vista general, por verla más consciente y activa. Se indicó que se había retirado bolsa de viaflex, evidenciando secreción purulenta a ese nivel. Se señaló que la paciente ya estaba programada para cirugía, ya que infectología consideró que si no se quitaba el foco intraabdominal, la paciente no respondería al tratamiento²⁵⁶.
- A las 12:44 p.m. y a las 2:50 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria²⁵⁷.
- En valoración hecha a las 12:46 p.m. por medicina intensiva, se encontró a la paciente en malas condiciones generales, decaída, somnolienta, con escasa mejoría del síndrome urticariforme, con las asas visibles un poco pálidas, con secreción purulenta, taquicardia persistente. Se indicó que se reservaría cama en UCI y concentrado globular. Finalmente se refirió que se esperaba la realización de la cirugía, pese al alto riesgo de complicaciones múltiples, pero con la certeza de que era necesario drenar la colección y liberar el síndrome adherencial²⁵⁸.
- Siendo las 12:49 p.m. se diligenció la solicitud y consentimiento informado para la transfusión de sangre y hemoderivados²⁵⁹.
- A las 5:06 p.m., la paciente fue sometida a una laparotomía exploradora, hallando lo siguiente: *"CAVIDAD PERITONEAL COMPLETAMENTE BLOQUEADA, AL REALIZAR DEMOLICION (sic) PARCIAL SE OBSERVA HIGADO (sic) FRIABLE CON PROCESO INFLAMATORIO MODERADO, PRESENCIA DE MULTIPLES (sic) ADHERENCIAS ENTRE EL BLOQUE INTESTINAL Y EL PARENQUIMA (sic) HEPÁTICO, SE ENCUENTRA COLECCION (sic) CONSISTENTE EN COÁGULOS DE VIEJA DATA SOBREINFECTADOS, DE LO CUAL SE TOMA MUESTRA, EN ESPACIO SUBHEPATICOS (sic) HACIA CARA POSTERIOR CON*

²⁵⁴ Páginas 623 y 624 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵⁵ Página 627 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵⁶ Página 628 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵⁷ Páginas 629 y 639 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵⁸ Páginas 630 a 632 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵⁹ Páginas 635 a 638 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

EXTENSION (sic) A HEMIABDOMEN IZQUIERDO, POR UN SURCO PRESENTE EN ESPACION (sic) SUBHEPÁTICO, CON TRAYECTO POR DEBAJO DEL ESTÓMAGO Y LUEGO POSTERIOR A ESTE (sic), QUE RESPETA EL RETROPERITONEO Y SE LLEGA A UBICAR EN LA TRANSCAVIDAD DE LOS EPIPLONES- NO PERFORA HASTA RETROPERITONEO”²⁶⁰. Se propuso revisión en 48 horas.

- La especialidad de anestesiología consignó en la historia clínica de la paciente a las 6:52 p.m., lo siguiente: “DURANTE EL INTRAOPERATORIO REQUIRIO (sic) SOPORTE VASOPRESOR BASADO EN NOREPINEFRINA Y DOPAMINA, SE INICIO (sic) TRANSFUSION (sic) DE CONCENTRADO GLOBULAR. SE INTENTO (sic) EXTUBACION (sic) OROTRAQUEAL LA CUAL NO FUE EXITOSA POR LO CUAL SE REINTUBA PARA TRASLADO A UCI. SE COMIENZA A APRECIAR SANGRADO CADA VEZ MAYOR A TRAVES (sic) DE BOLSA DE VIAFLEX POR LO CUAL SE CONSIDERA REANIMACION (sic) HEMOSTATICA (sic) CON 4 UNIDADES DE PLASMA FRESCO CONGELADO Y UNA UNIDAD DE PLAQUETAS POR AFERESIS (sic), MAS (sic) ACIDO (sic) TRANEXAMICO (sic). SE TRASLADARA (sic) A UCI CUANDO HAYA DISPONIBILIDAD DE CAMA. LA PACIENTE TIENE MAL PRONOSTICO (sic) EL CUAL YA FUE EXPLICADO CLARAMENTE A LOS FAMILIARES”²⁶¹.
- A las 9:05 p.m., cirugía deja la siguiente anotación: “paciente en POP inmediato en muy malas condiciones - hipotension (sic) marcadamente (sic) taquicardia severa - compresas con abundante material serohematico (sic) y menor cantidad en coagulos (sic) - algunos coagulos (sic) bajo el viaflex. La descripción (sic) habla de drenaje de colección (sic) infectada en hipocondrio derecho y paciente presenta rash sugestivo de cutis marmorea (sic) - muy mal pronóstico . (sic) Se da orden de transfundir plasma. Paciente hiperdinámica (sic) - hipotensa . (sic) anémica (sic) en POP de drenaje de colección (sic) infectada”²⁶².
- El 12 de febrero de 2014 a la 1:26 a.m., la paciente ingresó a UCI, en donde se dejó la siguiente nota: “CIRUGIA (sic) DECIDE LLEVAR A REVISION (sic) QUIRURGICA (sic) EL DÍA DE HOY CON TODOS LOS RIESGOS , (sic) REALIZAN DEMOLICION (sic) PARCIAL DE ABDOMEN BLOQUEADO , (sic) SE ACCDE A ESPACIO (sic) SUBHEPATICO , (sic) SE ENCUENTRAN COAGULOS (sic) VIEJOS SOBREINFECTADOS QUE SE DRENAN Y TRAYECTO QUE SE

²⁶⁰ Página 641 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶¹ Página 645 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶² Página 646 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

EXTIENDE HASTA DETRÁS DEL ESTOMAGO (sic) Y LA TRASCAVIDAD DE EPIPLONES , (sic) SE DRENA ABUNDANTE CANTIDAD DE COAGULOS (sic) SOBREINFECTADOS , (sic) HAY LESION (sic) DE DUODENO QUE SE CORRIGE CON PUNTOS , (sic) SE DEJA EMPAQUETADA LA CAVIDAD CON COMPRESAS Y GUANTES ,AL (sic) FINAL DE LA CIRUGIA (sic) LA PACIENTE ENTRA (sic) EN UN CUADRO DE CHOQUE SEVERO, REQUIERE (sic) MANEJO CON AVSOPRESORES (sic) A DOSIS ALTAS , (sic) HAY PARO CARDIORESPIRATORIO (sic) QUE SE REANIMA CON ÉXITO . (sic) SANGRADO , (sic) REQUIERE (sic) PASO DE PLAQUETAS , (sic) SANGRE , (sic) CONCENTRADO GLOBULAR Y PLASMA, LA PACIENTE EN MALS (sic) CONDICIONES , (sic) CON SOPORTE ALTO CON 3 VASOPRESORES A DOSIS MUY ELEVADAS , (sic) ES TRAIDA (sic) ALA (sic) UCI POOR (sic) MEDICO ANESTESIOLOGO (sic) PARA CONTINUAR MANEJO”²⁶³.

- A las 3:18 a.m., a las 12:29 p.m., a las 2:36 p.m., a las 6:51 p.m. y a las 11:39 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, terapia respiratoria, fisioterapia y nuevamente terapia respiratoria²⁶⁴.
- Siendo las 8:19 a.m., infectología rindió concepto, manifestando que el problema radicaba en que debía efectuarse el drenaje de la colección para controlar el foco activo, lo que no era posible sólo con el antibiótico. Refirió que debía continuarse evaluando la posibilidad de realizar el drenaje guiado por eco o por TAC²⁶⁵.
- Cirugía general dejó anotación a las 8:34 a.m., en el sentido que la paciente se encontraba en regulares condiciones generales, con rash cutáneo generalizado en aumento, con las conjuntivas con tinte subictericio, febril y taquicárdica²⁶⁶.
- En nota de evolución en UCI realizada a las 9:00 a.m., se señalaron las conductas adelantadas para mantener estable a la paciente²⁶⁷.
- Siendo las 9:03 a.m. se diligenció la solicitud y consentimiento informado para la transfusión de sangre y hemoderivados²⁶⁸.

²⁶³ Páginas 648 a 650 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶⁴ Páginas 654, 667, 670, 679 y 680 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶⁵ Páginas 655 y 656 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶⁶ Página 657 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶⁷ Páginas 658 a 660 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶⁸ Páginas 663 a 665 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- Medicina intensiva dejó anotación a las 5:10 p.m. en relación con el estado de la paciente, en el sentido que se encontraba estable, aún con alto riesgo de complicaciones. Acotó que se había realizado transfusión de concentrado globular, plasma y plaquetas, y que se ordenaría nuevamente transfundir²⁶⁹.
- Siendo las 5:12 p.m. se diligenció la solicitud y consentimiento informado para la transfusión de sangre y hemoderivados²⁷⁰.
- La paciente fue atendida por el servicio de nutrición a las 5:14 p.m.²⁷¹.
- El 13 de febrero de 2014 a las 11:22 a.m., cirugía general valoró a la paciente, refiriendo que la misma se encontraba más estable en comparación con el período operatorio y postoperatorio inicial²⁷².
- A las 12:14 p.m., a las 2:16 p.m., a las 6:25 p.m. y a las 11:43 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria²⁷³.
- En nota de evolución de UCI realizada a las 12:39 p.m., se describe la conducta instaurada²⁷⁴.
- Siendo las 12:41 p.m. se diligenció la solicitud y consentimiento informado para la transfusión de sangre y hemoderivados²⁷⁵.
- El 14 de febrero de 2014 a las 12:12 p.m., a las 2:04 p.m. y a las 6:19 p.m., se le realizó a la paciente, respectivamente, fisioterapia y terapia respiratoria²⁷⁶.
- Medicina intensiva valoró a la paciente a las 6:27 p.m., y reportó cultivo de absceso retroperitoneal con pseudomonas aeruginosa, y cultivo de secreción orotraqueal con klebsiella pneumoniae. Acotó que la paciente estaba en muy malas condiciones generales y que de ello se había enterado a la familia²⁷⁷.

²⁶⁹ Páginas 671 y 672 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁷⁰ Páginas 673 a 675 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁷¹ Página 676 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁷² Página 683 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁷³ Páginas 684, 693, 696 y 699 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁷⁴ Páginas 685 a 687 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁷⁵ Páginas 689 a 692 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁷⁶ Páginas 700 a 702 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁷⁷ Páginas 703 a 705 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

- A las 11:01 p.m., medicina intensiva nuevamente revisó a la paciente, dejando constancia del monitoreo estrecho y permanente realizado, dejando además la siguiente observación: “(...) SE LE ESTA (sic) PASANDO LAS PLAQUETAS QUE RESULTARON QUE ERAN DEL MISMO GRUPO PERO DE RH DIFERENTES, DADA LA URGENCIA SE LLAMA AL ESPOSO Y ESTE (sic) AUTORIZA PASARLAS DE ANTEMANO SE LE INDICAN LOS RIESGOS PERO SE CONTRASTAN CON LA URGENCIA DE LA PACIENTE, CON PRONOSTICO (sic) VITAL RESERVADO; LA FAMILIA ENTERADA Y PRESENTE EN EL CUBICULO (sic)”²⁷⁸.
- El 15 de febrero de 2014 a las 3:43 a.m., medicina intensiva refirió: “PACIENTE EN MUY MALA CONDICION (sic) GENERAL, CON CUADRO CLINICO (sic) ANOTADO, SE PASAN LAS PLAQUETAS, PERO LA PACIENTE CONTINUA (sic) SANGRANDO POR BOCA Y POR TUBO OROTRAQUEAL, DESACOPLADA CON EL MODO VENTILATORIO, CON TENDENCIA A LA HIPOTENSION (sic), PESE AL INTENTO DE REANIMACION (sic) LA PACIENTE NO RESPONDE, SE TORNA BRADICRDICA (sic) Y HACE ACTIVIDAD ELECTRICA (sic) SIN PULSO, LA FAMILIA NO PERMITE QUE SE HAGAN OTRAS MANIOBRAS CON LA PACIENTE, FALLECE A LAS 02:00, SE HACE EL CERTIFICADO DE DEFUNCION NUMERO 707341484”²⁷⁹.

b) Fallecimiento de la señora Julia Rosa Uribe Marín

Según se dejó consignado en la nota médica anterior, la señora Julia Rosa Uribe Marín murió el 15 de febrero de 2014 a las 2:00 a.m.²⁸⁰.

Lo anterior es congruente con el Registro Civil de Defunción que obra en el expediente²⁸¹.

c) Atención en salud brindada a la señora Julia Rosa Uribe Marín, según los testimonios de quienes intervinieron en dicho proceso médico

En el marco de este asunto, se recibieron las siguientes declaraciones de dos cirujanos generales que intervinieron en el proceso de atención de la señora Julia Rosa Uribe Marín en SES, y de las cuales se extrae lo que se indica a continuación:

²⁷⁸ Páginas 708 y 709 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁷⁹ Páginas 712 y 713 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁸⁰ Páginas 712 y 713 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁸¹ Página 35 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

- Luis Fernando Becerra González²⁸²:

Cirujano general.

Describió el motivo de consulta de la señora Julia Rosa Uribe Marín, sus antecedentes y estado al momento del ingreso, así como la primera intervención realizada por cirugía. Consideró que la atención en ese sentido fue oportuna y, de hecho, muy rápida, y en la medida en que la paciente las necesitó.

Explicó que la hernia es un defecto, un orificio, un hueco, un roto en la pared abdominal, por el cual se quiere pasar de la cavidad abdominal hacia el exterior, hacia la región iinguinal, el contenido de ese abdomen. Indicó que generalmente son segmentos de intestino delgado o grueso. Señaló que ese paso a través de ese orificio ordinariamente es progresivo y, en algún momento, por un esfuerzo físico, por un aumento de la presión intraabdominal, incluso por toser o evacuar, ese segmento de intestino que se sale por la pared abdominal no es capaz de retornar o no puede regresar a la cavidad abdominal, y eso es lo que se denomina que se le encarceló o incarcero una hernia. Acotó que una de las complicaciones de ese encarcelamiento o incarcерamiento es que la circulación de ese segmento se vea comprometida, porque está apretado y ese segmento de intestino se va a morir o isquemizar que sería el término médico.

Anotó que las hernias femorales o crurales, que están en la región inguinal, son más frecuentes en mujeres que en hombres, en mujeres de edad avanzada, y el hallazgo más usual es que se encarcelen o incarceren.

Afirmó que la presencia de una hernia crural o inguinal es multifactorial, ya que puede deberse a varios hechos, tales como: el haber tenido hijos, el relajar más esa pared abdominal inferior, el aspecto nutricional, el de tener aumentos repetitivos o progresivos de la presión intraabdominal como sucede en pacientes con EPOC o asma que son tosedores frecuentes; todo lo cual favorece que se presente la hernia; e incluso hay predisposición genética.

Expuso que, como lo expone la literatura médica, la hernia inguinal o crural, con el componente de estrangulamiento, o sea de sufrimiento de esa asa intestinal, tiene una tasa de morbilidad y sobre todo de mortalidad muy alta. Aportó un artículo al respecto. Adujo que la

²⁸² Minuto 4:26 a 38:05 del archivo nº 07 del cuaderno 1 del expediente digital.

literatura médica es clara en asociar los factores de riesgo de la hernia crural, tales como: ser mujer y mujer de edad avanzada, tener enfermedades asociadas como EPOC, hipertensión o asma, y que la hernia esté estrangulada, esto es, que ya hubo necesidad de resección intestinal, a una serie de complicaciones que son inherentes tanto a la patología como al hecho del tipo de hernia y de que estuviera estrangulada.

En ese sentido, afirmó que las complicaciones que presentó la paciente de dehiscencia o infiltración de la anastomosis, luego de infección del sitio operatorio –que además ya estaba documentado en la primera intervención que la hernia tenía un mal olor–, y de requerir múltiples intervenciones, hacen o predisponen que se formen en el abdomen muchas adherencias, que se bloquee el abdomen, que se produzcan sangrados, que concomitantemente hayan sobreinfecciones; todo lo cual es inherente o está asociado a la patología de base que era una hernia encarcelada y estrangulada que son dos términos diferentes.

Sostuvo que las múltiples intervenciones quirúrgicas a nivel abdominal, como las que tuvo la paciente, además de controlar y tratar una patología específica, generan una respuesta inflamatoria y cicatrizal importante en todos los abdómenes. Indicó que lo anterior significa que en los abdómenes multioperados, el contenido abdominal se va pegando, se va bloqueando, y puede ir generando, porque no en todos los casos se da, colecciones que corresponden a cúmulos de líquidos serosos o líquidos linfáticos que produce normalmente el organismo, combinados con hematíes y líquidos sanguinolentos, y que se pueden ir formando en diversas partes del abdomen. Acotó que hay muchas colecciones que son susceptibles de retiro o drenaje en esos múltiples actos quirúrgicos, pero hay otras colecciones que debido a ese proceso cicatrizal y de bloqueo, van quedando detrás de ese bloque de asas intestinales y que hacen cada vez más difícil el acceso para poderlas drenar.

Señaló que la paciente hizo varias colecciones que fueron operadas en diversas oportunidades quirúrgicas, y que al final de la estancia hospitalaria, esto es, en el mes de febrero, cuando ya la paciente tenía el abdomen bloqueado, se documentaron más colecciones.

Adujo que para ese momento, el grupo quirúrgico, pensando en el bienestar de la paciente y sobre todo en las comorbilidades que ésta presentaba, optó por solicitar el concurso de radiología para definir la posibilidad de que tales colecciones pudieran ser drenadas no con una

cirugía sino con una punción guiada por un método diagnóstico (ecografía o tomografía). Sin embargo, indicó que radiología emitió concepto diciendo que no era viable realizar el drenaje por esa vía, y que incluso era más riesgoso hacerlo así ya que al haber mucha interposición entre la piel del área de punción y las asas intestinales, había riesgo de perforación.

Refirió entonces que por lo anterior, el grupo quirúrgico empezó a contemplar la posibilidad de realizar una cirugía de demolición en la que ese bloque de segmentos de intestino que estaban pegados se pudiera retirar para buscar la colección y retirarla quirúrgicamente, lo cual tenía unos riesgos altísimos, como son las fistulas intestinales, las perforaciones del intestino y los sangrados.

Consideró que se hizo todo oportunamente tratando de ofrecer lo mejor a la paciente, con los estándares de calidad requeridos, pues primero se pensó en un drenaje percutáneo, que al no poderse realizar, se hizo necesario correr los riesgos de una nueva cirugía, en la cual se hizo el drenaje.

Estimó que se obró con la suficiente idoneidad y experticia, pensando en evitar las complicaciones, tal como quedó sustentado en la historia clínica. Anotó que con lo dicho, quería significar que no existió demora en la extracción de las colecciones.

Explicó que el hecho de transfundir plaquetas que no son del mismo RH del paciente, definitivamente no tiene nexo alguno con el fallecimiento. Aclaró que aunque idealmente este tema debería ser explicado por un perito hematólogo, lo cierto es que en la transfusión de componentes sanguíneos hay que tener en cuenta el tipo de componente a transfundir, pues si se van a transfundir glóbulos rojos, éstos deben ser del mismo tipo de sangre del paciente, pero en el caso de las plaquetas, como está descrito en la literatura médica, las posibilidades de que estén contaminadas con hematíes (glóbulos rojos) son mínimas, y las reacciones transfusionales no aplicarían en ese caso. Precisó que las plaquetas son células sanguíneas que están decantadas o filtradas o separadas del resto de los componentes alergénicos de la sangre total, incluyendo especialmente los glóbulos rojos y, en ese sentido, no ve ningún nexo causal entre una transfusión de plaquetas y un desenlace fatal de la paciente.

Aseguró que tanto a la paciente como a sus familiares se les informó sobre los riesgos de cada intervención o procedimiento quirúrgico a

realizar. Añadió que en la historia clínica están los respectivos consentimientos informados.

Manifestó no ver de qué manera pudo haberse perdido oportunidad o se le pudo haber ofrecido una mejor calidad de atención a la paciente. En efecto, refirió que como consta en la historia clínica, a las pocas horas de ingreso, la paciente ya estaba evaluada, valorada, con una conducta definida por el grupo de cirugía, que se llevó a cirugía por cirujano con experticia e idoneidad para realizar el procedimiento, que se le hizo un seguimiento continuo de la especialidad, en el que, de acuerdo con el cuadro clínico que iba mostrando, se iban tomando las conductas, que se valoró y manejó de una forma interdisciplinaria (cuidados intensivos, medicina interna), que las conductas quirúrgicas se tomaron en los momentos adecuados y conforme a la evolución y a los paraclínicos.

Precisó que aunque es muy difícil determinar el tiempo de evolución de una hernia, normalmente es superior a 6 meses. Anotó que por diversas razones, entre las que se encuentran las personales y las de acceso al servicio de salud, es muy frecuente que cuando ya se consulta, se encuentren los hallazgos que tenía la paciente, esto es, una hernia encarcelada y estrangulada, esto es, ya con el sufrimiento del intestino.

Indicó que el hecho que la paciente ya hubiera sido operada de hernias en dos oportunidades anteriores influyó en lo sucedido cuando ingresó a SES, puesto que ya hay un grado de complejidad mayor, debido a la cicatrización, al fenómeno de recidiva, y a que la pared abdominal no presenta las mejores características en cuanto a fuerza tensil.

Afirmó que definitivamente no hay nexo de causalidad entre los actos del equipo médico y el fallecimiento de la paciente, pues al revisar toda la historia clínica de la paciente se ve la gran oportunidad, la experticia o idoneidad de todos los profesionales, y además debe tenerse en cuenta que la hernia crural o inguinal encarcelada representa aún una morbimortalidad muy alta.

- Mauricio Osorio Chica²⁸³:

Cirujano general.

Indicó que fue quien atendió inicialmente a la señora Julia Rosa Uribe Marín cuando ésta ingresó al hospital. Narró las condiciones en las que

²⁸³ Minuto 40:52 a 59:50 del archivo nº 07 del cuaderno 1 del expediente digital.

aquella se encontraba para dicho ingreso.

Señaló que cuando recibió turno de cirugía, le correspondió realizar la valoración de la paciente, la cual ya estaba pendiente de cirugía y en valoración preoperatoria, y fue el testigo quien la intervino.

Explicó que la paciente tenía una hernia crural que se localiza en la región inguinal, y tenía incarceramiento, lo que significa que el contenido de la hernia se sale y no es capaz de volver a entrar, y ya tenía signos de sufrimiento intestinal, y de hecho, ya tenía isquemia de intestino delgado.

Refirió que la intervención quirúrgica realizada por él consistió en resecar el segmento que estaba necrosado, hacer unión de intestino sano, y hacer una corrección de la hernia.

Afirmó que tuvo que hacerle a la paciente una segunda intervención el 1º de enero de 2014, porque aquella no estaba evolucionando bien y empezó a presentar un retorno fecaloide por la sonda nasogástrica, lo que es signo de obstrucción intestinal.

Narró que en la segunda cirugía se encontró efectivamente una obstrucción intestinal, debido a que el sitio en el que se hizo la anastomosis del intestino tenía un acodamiento por unas adherencias intraperitoneales y eso generó la obstrucción. Precisó que generalmente en una obstrucción se libera la parte que está obstruida y se acomoda el intestino, pero en este caso la liberación no fue sencilla, se tuvo que desmantelar la anastomosis que se había hecho en la primera intervención, y hacer una nueva anastomosis del intestino delgado con el intestino grueso.

Señaló que luego de esa segunda cirugía, la paciente tuvo una evolución hacia la mejoría, hasta tal punto que el 11 de enero de 2014 el servicio de cirugía le dio salida. Sin embargo, anotó que la paciente no pudo ser dada de alta, ya que estaba descompensada del problema cardíaco que presentaba, y dos días después empezó nuevamente con dolor abdominal.

Precisó que pasaron casi 14 días desde la segunda intervención hasta que encontraron que la anastomosis realizada el 1º de enero de 2014 presentaba otra vez signos de falla, ya que estaba filtrando material intestinal a la cavidad peritoneal, y además de eso, la paciente tenía una respuesta inflamatoria y múltiples adherencias abdominales, que es

una reacción normal para un período postoperatorio tan temprano.

Indicó que lo anterior produce dificultades para el cirujano, porque liberar todas esas adherencias genera complicaciones, produce despulimiento del intestino así como nuevas perforaciones, como en efecto sucedió en este caso, en el que se lesionó el intestino en varias partes, teniendo que suturar. Añadió que la anastomosis que se había hecho de intestino delgado a intestino grueso ya no se pudo volver a hacer sino que se tuvo que hacer una cirugía de control de daños, esto es, para controlar el foco que está contaminando el abdomen, dejando los cabos del intestino cerrados, lo que permite que el paciente se recupere de su estado general y luego pueda ser llevado a otra intervención, como se hizo con la paciente.

Refirió que en esas condiciones no era prudente ni podía hacerse una nueva anastomosis sino que se optó por hacer una ostomía, que es exteriorizar el intestino delgado para que la contaminación se controle. Manifestó que esa conducta funcionó inicialmente, pero en un paciente que lleva tantos días hospitalizado, vienen otros factores a intervenir, como en este caso en el que empezó a desarrollar una peritonitis terciaria, a hacer unas colecciones abscedadas dentro del abdomen, unas de las cuales se pudieron manejar en los procedimientos hechos después de la segunda intervención, y otra que no se podía drenar por cirugía ni por medios radiológicos, lo que comprometió demasiado a la paciente, llevándola a una infección y a un estado séptico del cual nunca logró salir.

Narró que en consenso con el grupo de los cirujanos, se le propuso a la familia hacer una cirugía muy grande para liberar todas las adherencias intestinales y drenar una colección purulenta que estaba detrás del intestino. Anotó que esa fue la última intervención que se le hizo el 14 de febrero de 2014, la cual generó mayor respuesta inflamatoria y la paciente ya no fue capaz de salir de ese estado y terminó falleciendo el 15 de febrero de 2014.

Expuso que la larga estancia hospitalaria fue multifactorial: primero, una hernia incarcerada y con necrosis sigue siendo una enfermedad grave porque los desenlaces en esa patología son similares a los que tuvo la paciente; segundo, ser una paciente pulmonar crónica con consumo crónico de esteroides inhalatorios que si bien mejoran la parte respiratoria, también producen estado de inmunosupresión que va alterando el sistema general; tercero, las anastomosis –procedimiento que debe hacerse cuando no hay una perforación o peritonitis– tienen

un alto porcentaje de falla, de más o menos del 10 al 15%, visible en alrededor de 72 horas, dado que el intestino cuando está sometido a un estrangulamiento, no sólo la parte necrosada sufre, sino también el resto del intestino que presenta signos de sufrimiento y de compromiso de la circulación; cuarto, los factores intrínsecos de la paciente, como su edad o el estado nutricional.

Consideró que no hubo pérdida de oportunidad ni demoras en la atención brindada. Narró que la paciente llegó al hospital muy descompensada de su parte pulmonar, por lo que no podía ser intervenida inmediatamente sino hasta que estuviera en condiciones mínimas para la cirugía. Refirió que las obstrucciones postoperatorias tampoco se deben operar de inmediato, pues debe hacerse primero un manejo médico a través de una sonda nasogástrica por 24 horas, la cual permite que el intestino drene y se reorganice. Indicó que la respuesta inflamatoria intraabdominal severa que presentó la paciente luego de 14 días la llevó a hacer adherencias, a que fallara nuevamente la anastomosis, y al ser intervenida tantas veces, la reserva funcional se va perdiendo y las infecciones empiezan a cumplir un factor importante en el mal desenlace, pues se van presentando peritonitis secundarias y terciarias, entre otros.

Estimó que los términos para cada cirugía que se le practicó a la paciente fueron adecuados.

Al preguntársele si las situaciones médicas que presentó la paciente en su estancia en el hospital eran inherentes a la patología que presentaba, el testigo manifestó que las hernias son una bomba de tiempo, porque un encarcelamiento de una hernia se puede presentar en cualquier momento y operar aquellas en esta condición genera muchas complicaciones. Acotó que la patología grave con la que llegó la paciente, sumada a la enfermedad pulmonar crónica que, de por sí produce desnutrición por gasto de proteína tratando de respirar, más el uso de los medicamentos y de los esteroides, son factores importantes que hacían que la paciente fuera de mucho riesgo para cualquier intervención.

5. Acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad por falla en el servicio en el caso concreto

Tal como se señaló en el acápite de régimen de responsabilidad aplicable, la Sala pasa a establecer si SES es responsable por el daño padecido por la

parte actora, acudiendo para tal examen al título de imputación por falla en el servicio.

Los presupuestos que permiten endilgar responsabilidad bajo el título de imputación por falla en el servicio se concretan en el daño antijurídico sufrido por el interesado, la conducta anormal de la Administración, y finalmente, una relación de causalidad entre esta última y aquél, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio; aspectos cuya configuración en el *sub examine* se analizan a continuación.

5.1 El daño

En relación con la noción de daño, como primer requisito del proceso de determinación de la responsabilidad que le pueda caber a la entidad enjuiciada, la Sala observa que ese concepto se distingue del referido al perjuicio, entendido el primero como el hecho o situación objetiva verificable con los sentidos, que lesionan de manera definitiva un derecho o interés lícito o altera su goce pacífico; el segundo corresponde al menoscabo patrimonial subjetivo sufrido por la víctima del daño y como consecuencia directa de este, que comporta su faz indemnizable²⁸⁴.

Esa misma postura ha sido adoptada por el Consejo de Estado al señalar que “*(...) es necesario reiterar que el daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad, y una vez verificada su configuración, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar. En ese orden de ideas, el daño, en su aspecto objetivo, debe ser entendido como la lesión de un derecho, interés o atributo de la persona, sin que exista la necesidad de relacionarlo con la actividad que lo causó, pues es una entidad fenoménica u ontológica que lejos de estar relacionado con el deber ser de las cosas, es un dato objetivo apreciable por los sentidos y, por consiguiente, una entidad natural. De allí que, la mera ocurrencia del daño y su nota de antijuricidad es el presupuesto indispensable que genera el deber de reparar.* (...) *La labor del juez, en principio, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, como violación a un interés legítimo, esto es, como fenómeno, como dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia, luego, aquél asume una posición axial frente al mismo, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico,*

²⁸⁴ Antaño la Corte Suprema de Justicia afirmó que “*(...) el daño, considerado en sí mismo, es la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio, al tiempo que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó*”. Sala de Negocios Generales, 13 de diciembre de 1943, M.P. Dr. Cardozo Gaitán.

y una vez estructurado éste, comprobar la posibilidad de imputación o no, a la entidad demandada”²⁸⁵.

Es preciso recordar que en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, no basta la demostración de la ocurrencia del daño puro y simple para exigir del Estado la obligación de repararlo, sino que se requiere que el mismo sea calificado como antijurídico²⁸⁶.

La antijuridicidad del daño representa, entonces, la ausencia del deber jurídico de soportarlo por parte de quien lo sufre. Ahora, el daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo se torna imprescindible que se acrediten los aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama, a saber: **i)** debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, como se indicó; **ii)** que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; **iii)** que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, de manera que no puede limitarse a una mera conjetura o alea.

En el caso que convoca la atención del Tribunal, según lo expuesto en la demanda y de conformidad con el material probatorio aportado al proceso, el daño alegado por la parte actora se concreta en el lamentable fallecimiento de la señora Julia Rosa Uribe Marín, ocurrido el 15 de febrero de 2014 a las 2:00 a.m., en las condiciones y de la manera referida en el acápite de hechos acreditados.

5.2 La falla en el servicio

Como se indicó en el acápite de antecedentes, la parte accionante atribuyó responsabilidad a la entidad demandada por la muerte de la señora Julia Rosa Uribe Marín, al considerar que hubo: **i)** demora en el drenaje de unas colecciones abdominales debidamente diagnosticadas; **ii)** demora en extraer las colecciones de forma quirúrgica una vez se determinó que no podían extraerse por medio de drenaje; y **iii)** error en la transfusión de plaquetas que no eran del mismo RH de la paciente en estado crítico. Se estimó además que lo anterior disminuyó ostensiblemente la posibilidad de que la

²⁸⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Exp. 20001-23-31-000-1998-03813-01(18451). Ver también sentencia del 19 de octubre de 2011, de la misma Corporación y Sección, con ponencia de la Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

²⁸⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 05001-23-25-000-1992-3233-01(13233)

señora Julia Rosa Uribe Marín pudiera recuperar su salud e incluso fue determinante en la muerte de la misma.

Antes de proceder a analizar si en el presente asunto se encuentra acreditada una falla en el servicio, la Sala considera necesario precisar que, contrario a lo pretendido por la parte actora, no es procedente tener en cuenta el documento presentado con sus alegatos de conclusión de primera instancia. Lo anterior, como quiera que aquel fue aportado por fuera de las oportunidades probatorias previstas por el artículo 212 del CPACA, impidiendo que pueda ser apreciado o valorado por el Juez de conocimiento en la sentencia.

Precisado ese aspecto, se refiere ahora el Tribunal a la atención médica brindada a la señora Julia Rosa Uribe Marín por parte de SES, de conformidad con la historia clínica, en concordancia con las declaraciones de los médicos que intervinieron en el proceso de atención, y con la restante prueba documental:

- a) Revisada de manera cuidadosa y detallada la historia clínica, según las anotaciones que sobre el particular se hicieron en el acápite correspondiente, y teniendo en cuenta las ilustraciones que sobre el particular dieron los cirujanos generales que participaron en la atención médica, la Sala observa que la señora Julia Rosa Uribe Marín ingresó a SES con una patología grave y con una alta tasa de mortalidad, pues ya se había producido no sólo el encarcelamiento o incarceramiento de la hernia crural o inguinal que conocía con anterioridad la paciente, sino también la estrangulación de dicho defecto, esto es, el segmento de intestino había salido de la pared abdominal, siendo imposible hacerlo retornar a la cavidad abdominal, y además existía un deterioro vascular del contenido encarcelado o incarcerado, o una isquemia o muerte del tejido intestinal.
- b) En el expediente no obra constancia alguna que permita establecer de cuánto tiempo era el cuadro clínico con el cual la paciente ingresó a SES luego de la remisión que hizo el hospital local de Risaralda. En otras palabras, se desconoce si el encarcelamiento o incarceramiento de la hernia crural o inguinal, así como el estrangulamiento de la misma, se había producido hacia horas o días antes de la consulta inicial en la institución hospitalaria de primer nivel; lo cual es relevante en las posibles complicaciones que pudiera tener.
- c) Según explicación dada por los testigos en este proceso, pese a la condición crítica en la que se encontraba la paciente para cuando

ingresó a SES, no era procedente realizar la intervención quirúrgica de manera inmediata, dado que aquella se encontraba descompensada pulmonar y cardíacaamente.

- d) Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal concuerda con los médicos que rindieron declaración, en cuanto a que se observa que el procedimiento quirúrgico se efectuó el mismo día de la remisión, tratando de que la paciente se encontrara en condiciones médicas mínimas que le permitieran sobrevivir a la cirugía.
- e) De manera que, se hace evidente que para ese momento específico de la atención en salud, no puede hablarse de ninguna demora, ya que inmediatamente la paciente ingresó a SES, fue evaluada y valorada por médico general, y especialistas en cirugía y anestesiología, luego de lo cual le fue realizado el procedimiento que correspondía según la ciencia médica.
- f) De allí en adelante, las intervenciones a las que tuvo que ser sometida la señora Julia Rosa Uribe Marín, estuvieron directamente relacionadas no sólo con las complicaciones propias de la patología como tal, dentro de las cuales se encuentran las de perforaciones, sangrados, infecciones, obstrucciones postoperatorias, adherencias abdominales, respuesta inflamatoria intraabdominal severa y hasta la muerte, sino con la evolución de la paciente, que en su caso fue tórpida por múltiples factores, tales como: su edad, sus comorbilidades asociadas (EPOC, asma e hipertensión), una posible desnutrición derivada de su problema pulmonar crónico, la medicación que consumía, la realización previa de dos herniorrañías inguinales y el hecho que la hernia crural o inguinal intervenida estuviera ya incarcerada y estrangulada, entre otros.
- g) Este Tribunal no advierte ningún indicio en la historia clínica y tampoco cuenta con material probatorio adicional que le permita asegurar que el equipo médico que atendió a la paciente incurrió en algún tipo de manejo indebido o contrario a la *lex artis*, que propiciara las complicaciones que se presentaron después de la primera intervención quirúrgica.
- h) Tampoco encuentra esta Sala sustento probatorio alguno en relación con la supuesta demora injustificada en la extracción de colecciones intraabdominales, como quiera que, de un lado, se observa que a lo largo de su estancia hospitalaria, la señora Julia Rosa Uribe Marín presentó colecciones que pudieron ser drenadas en los múltiples

procedimientos quirúrgicos realizados; y que la advertida y confirmada el 30 de enero de 2014, se intentó drenar inicialmente de manera percutánea dadas las condiciones clínicas de la paciente, y al ser imposible por esta vía, finalmente se acudió a cirugía de demolición de abdomen bloqueado, luego de realizar junta quirúrgica y sopesar los altos riesgos que esto implicaba para una paciente ya muy deteriorada.

- i) Lo anterior significa que, pese a que efectivamente transcurrió un lapso entre el 30 de enero (confirmación de existencia de colecciones) y el 11 de febrero de 2014 (cirugía de demolición), ello no fue injustificado ni contrario a la *lex artis*, máxime cuando la parte interesada no acreditó que existiera un procedimiento de extracción específico no usado por la entidad, y tampoco el término médico máximo para el drenaje de una colección de esa naturaleza.
- j) La deficiente actividad probatoria de la parte demandante se replica igualmente en lo que respecta al supuesto error en la transfusión de plaquetas de RH diferente al de la paciente, pues no hay prueba médica científica alguna que no sólo sustente que efectivamente se trató de un yerro de la entidad demandada, sino que éste influyó de manera significativa y determinante en el desenlace de la señora Julia Rosa Uribe Marín.
- k) La Sala considera inaceptable y jurídicamente reprochable la actitud de la parte recurrente consistente en sostener que ante la inexistencia de material probatorio que permitiera probar o sustentar los argumentos planteados en la demanda, es al Juez de conocimiento a quien le corresponde o tiene el deber legal de recaudar las pruebas necesarias, pues evidentemente desconoce la carga de la prueba que le asiste conforme al artículo 167 del CGP.
- l) En efecto, es inaceptable alegar que la Juez de primera instancia no distribuyó la carga de la prueba a quien se encontraba en mejor posición para probar, cuando en la misma audiencia inicial al momento de decretar pruebas, la parte interesada no hizo manifestación alguna al respecto, indicando las circunstancias que permitían considerar esa mejor posición para probar, como lo autoriza el inciso final del artículo 167 del CGP.
- m) Recuérdese que, como lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁸⁷, la responsabilidad por falla médica ha evolucionado a lo

²⁸⁷ Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: i) 6 de julio de 2021 (Consejero Ponente: Dr. Guillermo Sánchez Luque, radicación número:

largo de los años, pasando desde el régimen de falla probada del servicio, a la falla presunta del servicio, y a la carga dinámica de la prueba, para posteriormente, en el año 2006, retomar el régimen de falla probada y la regla probatoria del CGP, según la cual incumbe a las partes demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen.

- n) Es tal la inactividad probatoria de la parte actora, que no sólo no realizó esfuerzo alguno para sustentar científicamente las afirmaciones y suposiciones hechas en la demanda, sino que se abstuvo además de acudir a la audiencia de pruebas en la cual se recibieron las declaraciones de dos de los cirujanos que participaron de la atención médica, y en la que bien hubiese podido debatir los señalamientos efectuados; y tampoco procuró la comparecencia de los demás testigos solicitados en la demanda.
- o) Por lo contrario y sin perjuicio de que la carga probatoria recae en la parte demandante, en este caso la entidad demandada acreditó que actuó con diligencia y cuidado, y brindó información médico científica que permite concluir que el daño no sobrevino como consecuencia de una acción u omisión de SES, sino de una serie de factores que van desde las complicaciones inherentes de la patología que presentaba la paciente, hasta las condiciones clínicas de ésta que propiciaron en cierta medida su aparición.
- p) Por lo demás, de la historia clínica se advierte que la paciente fue continuamente monitoreada y valorada por equipo médico interdisciplinario (medicina general, cirugía general, anestesiología, medicina intensiva, medicina interna, nutricionista, psicología, dermatología, fisioterapeuta, infectología y radiología), cuya idoneidad y experticia no fue desacreditada por la parte interesada; y que además le fue suministrada medicación y le realizaron todos los exámenes paraclínicos e imagenológicos de diagnóstico requeridos, así como las intervenciones necesarias, sin poner ninguna traba de tipo administrativo. No se observa limitación de recursos físicos, tecnológicos ni humanos de SES para brindar la atención que necesitaba la señora Julia Rosa Uribe Marín.

De acuerdo con todo lo expuesto, la Sala considera que en este asunto la parte actora no acreditó fehacientemente la existencia de una falla en el servicio por parte de la entidad demandada, consistente en la supuesta

demora en la extracción de las colecciones intraabdominales que presentó la señora Julia Rosa Uribe Marín de manera muy posterior a la intervención quirúrgica inicial para tratar la hernia crural o inguinal que presentaba, y en el presunto error de suministro de plaquetas de RH diferente. Por lo contrario, se demostró que SES actuó de manera oportuna y con calidad, prestando el servicio médico que la paciente requería de acuerdo con su patología y las posteriores complicaciones que se generaron.

5.3 Nexo de causalidad

Al no haberse demostrado una falla en el servicio por acción u omisión, por parte de la entidad accionada en los hechos que dieron origen a esta demanda, el nexo causal tampoco se configura, pues no se acreditó que el daño, esto es, la muerte de la señora Julia Rosa Uribe Marín, tuviera como causa eficaz y determinante la supuesta falla que se le endilgó a la parte demandada.

6. Configuración de los elementos de pérdida de oportunidad en el caso concreto

Este Tribunal considera que en este caso tampoco se reúnen los elementos que permitan afirmar que SES es responsable por una supuesta pérdida de oportunidad de la señora Julia Rosa Uribe Marín de acceder a una atención que le permitiera mejorar sus condiciones de salud e incluso sobrevivir.

En efecto, no se demostró en el proceso ni de manera siquiera indiciaria que la paciente tuviese una expectativa cierta y legítima de mejorar sus condiciones de salud e incluso de sobrevivir, y tampoco que dicha oportunidad hubiese sido cercenada por SES de manera irreversible, pues justamente no se advierte falla alguna en la atención brindada.

7. Sobre la condena en costas en primera instancia

Reprochó la parte actora la condena en costas impuesta en primera instancia, pues consideró que el solo hecho que la entidad demandada otorgara poder no constituye prueba que acredite costas que, según pronunciamientos del Consejo de Estado, tienen que estar debidamente probadas.

Antes de resolver si en el caso particular se encuentran dados los supuestos de procedencia para la condena en costas impuesta, este Tribunal considera

necesario, como lo ha hecho el Consejo de Estado²⁸⁸, indicar qué comprende dicho concepto, así:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso²⁸⁹ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP²⁹⁰, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado²⁹¹ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007²⁹².

Teniendo en cuenta la fecha en la cual se profirió la sentencia objeto de apelación, la condena en costas se encontraba regulada en el artículo 188 del CPACA sin la modificación introducida por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, con el siguiente tenor:

²⁸⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección 'A'. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicado: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

²⁸⁹ Cita de cita: Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

²⁹⁰ Cita de cita: “[...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]”

²⁹¹ Cita de cita: Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999

²⁹² Cita de cita: Regula la norma como deber de los abogados, el de “...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto”

ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

La remisión contemplada por el CPACA debe entenderse hecha, en la actualidad, al artículo 366 del CGP.

La Sección Primera del Consejo de Estado ha aclarado que si bien “(...) una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales”²⁹³.

En pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado²⁹⁴ se señaló que la condena en costas “(...) implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. (...)”, y en virtud de lo cual el Juez debe revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Como sustento de dicha conclusión, el Tribunal remite a providencia de la misma Alta Corporación²⁹⁵, en la que abordó en forma extensa el tema y concluyó lo siguiente:

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la*

²⁹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala. Sentencia del 16 de abril de 2015. Radicado: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

²⁹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

²⁹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

- mala fe o temeridad de las partes.*
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
 - e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
 - f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁹⁶, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
 - g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

De lo hasta aquí expuesto concluye este Tribunal que con el CPACA, la imposición de condena en costas no fue establecida de manera subjetiva en los términos previstos anteriormente por el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, esto es, apelando a la observancia de buena conducta por parte de la parte vencida, sino atendiendo un criterio denominado por la jurisprudencia “*objetivo valorativo*”, producto del cual las costas proceden siempre y cuando las mismas se hayan causado y la parte interesada haya aportado prueba de su existencia, de su utilidad y de su correspondencia con actuaciones autorizadas por la ley.

Descendiendo al caso concreto se observa que la Juez de primera instancia condenó en costas a la parte actora, por considerar que había evidencia de actividad por parte del abogado de la parte accionada; fijando agencias en derecho por valor de \$4'000.000, conforme a lo previsto por el numeral 3.1.2 del Acuerdo nº 1887 de 2003.

Lo primero que ha de señalarse es que, conforme a los argumentos antes expuestos, para la imposición de la condena en costas no debe revisarse la conducta desplegada en la actuación, pues como se explicó, la norma no contempla un criterio subjetivo.

Ahora, siguiendo el criterio *objetivo valorativo*, encuentra esta Corporación que en el expediente no hay prueba de gastos o expensas en los que

²⁹⁶ Cita de cita: “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"

eventualmente hubiera incurrido la parte demandada y, por ello, no es procedente emitir condena en costas por dicho concepto.

En relación con la fijación de agencias en derecho (concepto que también hace parte de las costas), debe precisarse que como el proceso inició antes de la entrada en vigencia del Acuerdo nº PSAA16-10554 de 2016 con el cual el Consejo Superior de la Judicatura estableció las tarifas de agencias en derecho, debe aplicarse la norma que regía la materia con anterioridad, esto es, la contenida en el Acuerdo nº 1887 de 2003, modificado por los Acuerdos nº 2222 de 2003 y nº PSAA13-9943 de 2013.

El artículo 6 del Acuerdo nº 1887 de 2003 en su numeral 3.1.2, dispuso que en los asuntos de primera instancia con cuantía, las agencias en derecho se fijan en una tarifa de hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

El valor de las pretensiones en este asunto, reconocidas o negadas como lo establece la norma, asciende a la suma total de \$482'618.500, con ocasión de los 700 salarios mínimos legales mensuales vigentes solicitados en la demanda²⁹⁷, lo que significa que el rango máximo de la tarifa para agencias en derecho era de \$96'523.700.

En ese sentido, considera la Sala que la suma de \$4'000.000 fijada por la Juez de primera instancia por concepto de agencias en derecho, equivalente a un 0.83% del valor de las pretensiones, se encuentra dentro de los límites autorizados por la ley.

Debe precisar el Tribunal que cuando el numeral 3.1.2 del artículo 6 del Acuerdo nº 1887 de 2003 habla del valor de las pretensiones, lo hace indistintamente de que hubieren sido reconocidas o negadas en la respectiva sentencia, tal como la misma norma lo establece.

En cuanto a los criterios para fijar la tarifa autorizada, el artículo 3 del Acuerdo nº 1887 de 2003 dispone que debe tenerse en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables; precisando en todo caso que las tarifas por porcentaje se aplican inversamente al valor de las pretensiones.

En este caso, se observa que la imposición de agencias en derecho no sólo respeta la tarifa máxima permitida, sino que también se encuentra justificada, como quiera que en el expediente se observa que la parte

²⁹⁷ Páginas 14, 15 y 23 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

accionada fue representada judicialmente por profesional del derecho que intervino activamente en todas las etapas del proceso, en virtud de lo cual no sólo contestó la demanda, sino que asistió a las audiencias inicial y de pruebas, y alegó de conclusión en primera instancia.

Así pues, esta decisión de primera instancia amerita confirmarse.

Conclusión

Según quedó analizado a lo largo de esta providencia, el daño padecido por la parte demandante no es jurídicamente imputable a la parte demandada por no haberse demostrado la existencia de una falla en el servicio por parte de SES en la atención médica brindada a la señora Julia Rosa Uribe Marín, y tampoco un nexo causal; lo que a su vez incide en la falta de configuración de los elementos para considerar que hubo responsabilidad por pérdida de oportunidad. Adicionalmente, es procedente la condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En ese orden de ideas, habrá de confirmarse la providencia objeto de apelación.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión considera que en este caso hay lugar a disponer sobre la condena en costas en esta instancia.

Siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado²⁹⁸, el Tribunal observa que si bien no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, lo cierto es que sí está demostrado que ésta se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial a través de abogado que intervino activamente en la segunda instancia, razón por la cual es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo nº PSAA16-10554 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho a cargo de la parte actora, un salario mínimo legal mensual vigente.

²⁹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, la liquidación de las costas se hará de manera concentrada por el Juzgado de primera instancia.

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 cinco (5) de marzo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de reparación directa promovido por el señor José Leonardo Rendón Quiceno y otros contra SES, y al cual se llamó en garantía a La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

Segundo. CONDÉNASE en costas de segunda instancia a la parte demandante por concepto de agencias en derecho. La liquidación se hará por el Juzgado de primera instancia, por lo brevemente expuesto. FÍJASE un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

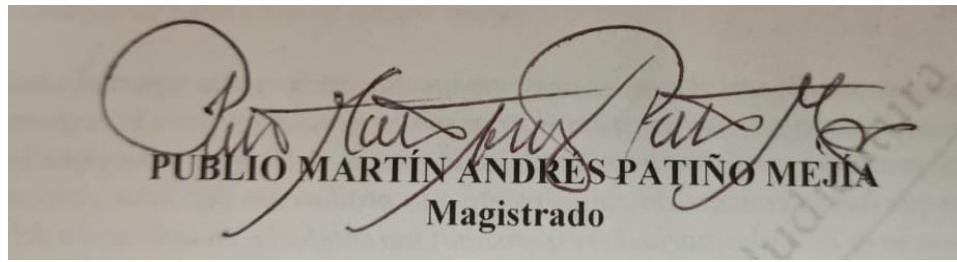
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Ausente con permiso



REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

-José Mauricio Baldion Álzate-
Conjuez Ponente

Manizales, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 2 de febrero de 2022 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado nº 17001333900720160025503 en el que es demandante **ANGELA MARIA VALENCIA RESTREPO** (q.e.p.d.) y en calidad de herederos sus padres **BERNARDO VALENCIA NEIRA** y **LUZ MILA RESTREPO** y, **FERNANDO AMAYA CASTAÑO** (cónyuge supérstite), contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el Dr. **JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores Dra. **LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y Dr. **JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

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

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- *Resolución DESAJMZR16-46-13 de 7 de enero de 2016.*

• *Acto administrativo ficto o presunto negativo.*

2. **RECONOCER** y pagar a la señora **ANGELA MARIA VALENCIA RESTREPO** la bonificación judicial establecida a través del Decreto 383 de 2013, que se percibe desde el 1 de enero de 2013, como factor salarial y prestacional, desde el momento de su creación, con incidencia en la prima de servicios, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicio prestado y demás emolumentos prestacionales que por Constitución y Ley corresponden a los servidores públicos de la Rama Judicial, por tal motivo, deberá incluirse en nómina y reliquidarse teniendo en cuenta como base de liquidación la “bonificación judicial” a pagar mensualmente y la bonificación por servicio prestado, por ende, se deberá tener como base la totalidad del salario sin ningún tipo de deducción desde el momento de su origen.
3. **RELIQUIDAR** la bonificación por servicio teniendo en cuenta que esta constituye el 35% del sueldo básico mensual, y teniendo en cuenta que el hecho generador del precepto jurídico citado es la nivelación salarial constituyéndose en un mismo factor salarial, es decir, un solo valor conjunto de la asignación básica mensual.
4. **SEGUIR** cancelando a la señora **ANGELA MARIA VALENCIA RESTREPO** el 100% de la asignación básica mensual y los demás factores salariales, incluyendo, la bonificación judicial percibida desde el 1º de enero de 2013.
5. **INDEXAR** las sumas resultantes del reconocimiento y pago de la bonificación judicial, conforme al IPC y se paguen intereses legales.
6. **INCLUIR** en nomina y seguir pagando la “bonificación judicial” señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional dejado de percibir por la demandante en conjunto con la asignación básica, el cual tendrá efectos directos y circunstanciales en las vacaciones, prestaciones sociales (prima de vacaciones, prima de productividad, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales que recibe un servidor publico de la Rama Judicial).
7. **RECONOCER** y pagar la indemnización moratoria por la no consignación total de las cesantías al fondo correspondiente seleccionado por el servidor publico de la Rama Judicial.

8. AJUSTAR las sumas de conformidad con las normas adjetivas y sustanciales del CPACA y demás preceptos jurídicos de que tratan la materia.

4. HECHOS

La señora **ANGELA MARIA VALENCIA RESTREPO** trabajó al servicio de la Rama Judicial, en el cargo de Escribiente de Tribunal, desde el **24 de enero de 2012** y hasta el día de su fallecimiento **-5 de marzo de 2017-**.

5. FALLO PRIMARIO

El 4 de octubre de 2019, la Conjuez Dra. Beatriz Elena Henao Giraldo en cabeza del Juzgado 7º Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones de la demandante. En resumen, ordenó inaplicar la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1º del Decreto 383 de 2013, declaró no probadas las excepciones de ausencia de causa petendi, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido. Anuló los actos administrativos atacados. Ordenó a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho la demandante teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial y, negó las demás pretensiones.

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

6. RECURSO DE ALZADA

Demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 27 de junio de 2019. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se

mencionan. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 nº 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Con jueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a esta Con juez le correspondió por sorteo de con jueces celebrado el pasado 28 de septiembre de 2022.

CONTROL DE LEGALIDAD.

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

Cabe precisar que esta decisión de segunda instancia respeta la tesis que sobre el *principio de non reformatio in pejus*¹, propone el artículo 328 del CGP que a su vez es apoyada por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“(...). El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circumscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del CGP. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: –tantum devolutum quantum appellatum–. La sentencia de primera instancia solo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos demandados.”

Pero también, acepta que este principio no es absoluto y contempla excepciones, al respecto la Corte Constitucional ha reiterado:

“El principio de non reformatio in pejus es la garantía del debido proceso consistente en que la autoridad judicial de superior jerarquía está imposibilitada

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Con juez Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Bogotá DC, 6 de abril de 2022, radicado 76001233300020180041401(0470-2020), Demandante María Elide Acosta Henao, Demandada la Nación-Fiscalía General de la Nación.

para agravar la pena impuesta del condenado, cuando sea apelante único. El mencionado principio fue fijado en el artículo 31 de la Constitución Política Colombiana.

La anterior garantía ha sido aplicada a otras áreas del derecho distintas a la penal. En ese sentido, el artículo 238 del Código General del Proceso reitera que el juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que debido a la modificación sea indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

Este principio busca evitar que se empeore la situación de una de las partes que recurre la decisión en el caso en que la otra parte no impugne la providencia. Lo anterior permite brindar seguridad jurídica al único apelante y constituye un límite al poder judicial. Así, la competencia funcional del juez que conoce en una instancia superior del recurso debe limitarse a resolver las inconformidades planteadas por la parte que apeló, sin que le sea factible analizar la totalidad del fallo.

No obstante, es importante precisar que no se trata de un principio absoluto, pues en algunos casos admite excepciones. Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado que la aplicación de la *non reformatio in pejus* puede ceder, para atacar errores protuberantes de los jueces y, en esa medida, salvaguardar derechos fundamentales².

Igualmente, el Consejo de Estado, ha sostenido distintas providencias que;

“...excepcionalmente el juez de segunda instancia puede estudiar temas del debate jurídico, inclusive sino fueron planteados por el apelante único, cuando se profiera una decisión manifiestamente ilegítima y con el fin de proteger el ordenamiento jurídico³. Así, la Sección Cuarta afirmó que “[...] funcionario judicial al advertir que se están consolidando situaciones jurídicas en abierta contradicción del ordenamiento jurídico, no puede rehusarse a efectuar algún tipo de pronunciamiento sólo bajo la consideración de que fue un asunto que no se planteó en el escrito de apelación [...]”⁴

Aunado a lo expuesto, en sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵ expuso que como regla general el juez de segunda instancia tiene competencia para pronunciarse sobre los argumentos en el recurso del apelante único. Sin embargo, dicha regla no es absoluta, puesto que debe admitirse junto con ella las excepciones derivadas de: 1. Las normas o principios previstos en la Constitución Política, 2. Compromisos vinculantes asumidos por el Estado en tratados internacionales relacionados con derechos humanos y derechos internacional humanitario y 3. De las normas legales de carácter imperativo. Sobre estas excepciones, debe aclararse que su finalidad es

² Ver entre otras sentencias: T-231 de 1994, SU-132 de 2002, T-291 de 2006 y T-455 de 2016 y el Auto de 7 de diciembre de 2017. Rad. Núm: 2010-00154-01.

³ Ver entre otras sentencias: Núm. Rad: 2015-02284-01, 2015-02281-01 y 2011-00820-01.

⁴ Esta posición también se encuentra en las siguientes sentencias de tutela proferidas por la Corporación en las que se decidió que en casos como el aquí analizado no se vulnera el principio de la *non reformatio in pejus* cuando se revoca una decisión ilegal, pese a que el apelante es único. Las sentencias son: Radicado: 03-1511001--000-2017-000057-00. Demandante: Constructora Piermo Ltda. Demandado. Consejo de Estado, Sección Tercera. 4 de mayo de 2017. Radicación: 11001-03-15-000-2017-00421-00. Demandante: Yorjanis Romero Bauwero. Demandado: Tribunal Administrativo del Sucre. 25 de mayo de 2017. Radicado: 41001-23-33-000-2017-00161-01(AC). Demandante: María Nayibe Gutierrez Castro. Demandado: Juzgado Séptimo Administrativo Judicial de Neiva. 4 de octubre de 2017.

⁵ Sentencia del 9 de febrero de 2012. Rad. Núm: 1997-06093-01.

proteger y garantizar el ordenamiento jurídico. Así como armonizar los principios constitucionales propios del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales de las partes.

Ahora en materia laboral, también la Corte Constitucional indica que, acorde con el alcance y contenido de los derechos laborales mínimos, no opera la aplicación de dicha limitante, por su connotación de ser ciertos e indiscutibles, en los términos de la garantía establecida en el artículo 53 superior y la prevalencia de los derechos sustanciales sobre lo procedural, dado que dicha limitante de forma irrestricta haría nugatorio el contenido de los derechos fundamentales de connotación social. En estos términos se refirió el alto Tribunal en la sentencia C-968 de 21 de octubre de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández, la cual dijo en esa ocasión;

“En el segmento normativo bajo revisión, el legislador determinó que la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las materias que hayan sido objeto del recurso de apelación. A primera vista tal determinación parecería que no desconoce los principios superiores antes enunciados pues, como ya lo ha precisado esta Corte, la consonancia es un efecto propio y particular de las decisiones que resuelven la apelación, en el sentido que ellas deben ser acordes con las materias que son objeto del recurso dado que éste ha sido instituido para favorecer el interés del recurrente, que tratándose del trabajador, se supone que lo interpone precisamente para propugnar por la vigencia y efectividad de sus derechos y garantías laborales mínimas e irrenunciables que considera conculcadas por el sentenciador de primer grado. En este sentido, también es de suponer que el trámite procesal que se le imprime al recurso está orientado a hacer efectivos esos derechos y garantías.

Pero qué sucedería en el evento en que el juez de primera instancia deje de reconocer beneficios mínimos irrenunciables a que tiene derecho el trabajador, debatidos dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y debidamente probados, y el recurrente al interponer el recurso de apelación no repara en ellos y no lo sustenta debidamente de modo que deja de reclamar ante el superior sobre tales derechos laborales. ¿En tal hipótesis debe el juez laboral que dicta sentencia de segunda instancia ceñirse al mandato de la norma acusada que le exige guardar consonancia con la materia objeto del recurso?

Indudablemente en la situación que se plantea el sentenciador de segundo grado podría abstenerse de pronunciarse sobre derechos y garantías mínimas del trabajador que no le fueron reconocidos por la sentencia apelada, ya que la exégesis del precepto bajo revisión lo obliga a ceñirse a la materia del recurso de apelación, impidiéndole extender su decisión a aspectos diferentes. Además, el juez puede argüir que en tal situación el apelante está indicando tácitamente su conformidad con los aspectos no apelados de la sentencia de primer grado.

Sin embargo, para la Corte tal interpretación no se aviene con el Ordenamiento Superior, pues evidentemente comporta no sólo un flagrante desconocimiento del principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales que consagra el artículo 53 Superior, sino también del principio de la prevalencia del derecho sustancial que, según se explicó, le impone al juez laboral, como director del proceso, el deber de aplicar las normas procesales para

hacer efectivos los derechos de quienes intervienen en el proceso, especialmente los derechos de los trabajadores. " (sft)

Con fundamento en la regla definida por la guardiana de la Constitución en materia de resolución del recurso de alzada y la inaplicabilidad de la limitación del postulado legales de *non reformatio in pejus* en asuntos de carácter laboral en los que se discuten derechos ciertos e indiscutibles, el juzgador de segunda instancia está obligado a la protección de dicho sustancial, pese a la inexistencia de reproche específico sobre la sentencia de primer grado.

CASO CONCRETO.

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

- a) Resolución nº 866 de 9 de agosto de 2016 “*por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación prejudicial*”.
- b) Derecho de petición de 18 de diciembre de 2015.
- c) Resolución DESAJMZR16-46-13 de 7 de enero de 2016 “*por medio de la cual se resuelve un derecho de petición*”.
- d) Constancia laboral nº 2105 de 29 de diciembre de 2015.
- e) Resolución nº 12 de 24 de enero de 2012 “*por medio de la cual se hace un nombramiento en provisionalidad*”.
- f) Resolución DESAJMZR16-847 de 3 de mayo de 2016 “*por medio de la cual se concedió un recurso de apelación*”.
- g) Acta de posesión en el cargo de escribiente de tribunal de 25 de enero de 2012.
- h) Recurso de apelación.
- i) Resolución DESAJMZR16-151-2 de 5 de febrero de 2016 “*por medio de la cual se concede un recurso de apelación*”.

b. PROBLEMA JURIDICO.

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

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

c. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“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, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

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

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

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

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

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

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

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

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

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad

en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)"

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

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

- 1) *Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) *Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) *Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) *Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) *Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) *Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

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

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del

Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 10 de enero de 2013.” (Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

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

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

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

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos

convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

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

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

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

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

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

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

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

"(...)

"d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

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

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

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

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

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y

98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo⁶.

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

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

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

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “*la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...*”⁷.

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁸

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en

⁶ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

⁷ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁸ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

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

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

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

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

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

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁹.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

"...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo

⁹ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos.” (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

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

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

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

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

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

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en

el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)¹⁰:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto

¹⁰ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador."

Seguidamente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados¹¹, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el

¹¹ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"¹².

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1º señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,¹³ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una

¹² Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

¹³ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹⁴.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Saña de Con jueces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Con juez Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

"...la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales⁵.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco. Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política.”¹⁵

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

8. APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA *NON REFORMATIO IN PEJUS*

El fallo primario accedió a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento del carácter de factor salarial de la bonificación judicial sobre todas las prestaciones sociales a que tiene derecho la demandante, en consecuencia, declaró la nulidad de los actos administrativos atacados e inaplicó la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1º del Decreto 383 de 2013, al paso que dio las órdenes de reliquidar todas las prestaciones sociales generadas por el demandante y el pago de las diferencias adeudadas, pese a esto, confundió la fecha en que cobró vigencia el Decreto 383 de 6 de marzo de 2013 y el momento en que surte efectos fiscales -1 de enero de 2013-, y es desde esta fecha que se deben reliquidar todas las prestaciones sociales a que tuvo derecho la demandante y no otra, como erradamente lo apunto el Aquo.

De ahí que la Sala considere que se trata de un “*error protuberante del aquo*” que no asegura un adecuado “restablecimiento del derecho”, además que va en contra de la tesis protegida en esta segunda instancia, es decir, no hacerlo va en contra del derecho constitucional al trabajo protegido por el derecho internacional desconociendo “*compromisos vinculantes asumidos por el Estado en tratados internacionales relacionados con derechos humanos y derecho internacional humanitario*” como se explica en acápite anteriores de esta decisión. En consecuencia, es necesario corregir del fallo primario, la fecha desde la cual se debe realizar las reliquidaciones de todas las prestaciones incluyendo la bonificación judicial como factor salarial.

Así las cosas, se corregirá y/o modificará el numeral CUARTO del fallo primario, y será reemplazada la fecha 8 de marzo de 2013 por 1 de enero de 2013.

9. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -*relativo a la protección del salario*-, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas

¹⁵Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá 6 de abril de 2022. Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), María Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando al demandante **ANGELA MARIA VALENCIA RESTREPO** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el *1 de enero de 2013*, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por ella, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que confirmara la sentencia primaria frente a este aspecto.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que genero la demandante **ANGELA MARIA VALENCIA RESTREPO** desde el *1 de enero de 2013* y hasta el *5 de marzo de 2017*. Deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión generados por la demandante, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y consignar el mayor valor, al fondo de pensiones al cual estaba afiliada la señora **VALENCIA RESTREPO**.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra de acuerdo con el fallo primario, siendo necesario corregir del numero 4º de este, la fecha en que surte efectos fiscales el Decreto 383 de 2013.

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

10. FALLA

PRIMERO: CORREGIR del numeral 4º de la *sentencia de 4 de octubre de 2019, preferida por el Juzgado 7º Administrativo del Circuito de Manizales, la fecha desde la cual proceden las reliquidaciones de todas las prestaciones sociales que por derecho tuvo la demandante y, en consecuencia, quedará así:*

“CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a, título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la **NACION-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**, a reconocer a **ANGELA MARIA VALENCIA RESTREPO** (q.e.p.d.), y en calidad de herederos sus padres **BERNARDO VALENCIA NEIRA** y **LUZ MILA RESTREPO** y, **FERNANDO AMAYA CASTAÑO** (cónyuge supérstite), la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de **TODAS** las prestaciones sociales, igualmente procederá a reliquidar y pagar el mayor valor o el producto que resulte de dicha reliquidación lo cual se verá reflejado en las prestaciones sociales y la bonificación por servicios prestados por el periodo comprendido entre el *1 de enero de 2013 y el 5 de marzo de 2017*. igualmente, y por este periodo, deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión causados por

17001333900720160025503

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Bernardo Valencia Neira y otros Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Sentencia de segunda instancia nº 068

la señora **ANGELA MARIA VALENCIA RESTREPO** y consignar las diferencias al fondo seleccionado por ella.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la *sentencia de 4 de octubre de 2019, preferida por el Juzgado 7º Administrativo del Circuito de Manizales.*

TERCERO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

CUARTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 30 de mayo de 2023.

Los Con jueces;


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE

Ponente


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA

Revisor


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA

Revisora

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

-José Mauricio Baldion Álzate-

Conjuez Ponente

Manizales, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 2 de febrero de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado nº 17001333900720170016703 en el que es demandante **JOHN HAROLD HERNANDEZ CEBALLOS** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Con jueces, conformada por el **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** en calidad de Con juez Ponente, y con la participación de los Con jueces Revisores **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

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

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1. INAPLICAR** el decreto 383 de 2013, por medio del cual se creó la bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial

en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4^a de 1992 y los Decretos 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016, por medio de los cuales, se ha venido fijando de manera anual el valor de la bonificación judicial para los servidores judiciales.

- 2. DECLARAR** la nulidad de la *Resolución DESAJMZR16-642 de 7 de abril de 2016.*
- 3. DECLARAR** la nulidad del *acto administrativo ficto o presunto negativo.*
- 4. RECONOCER** al señor **JOHN HAROLD HERNANDEZ CEBALLOS** la bonificación judicial establecida a través del Decreto 383 de 2013, que percibe desde el 1 de enero de 2013, la cual constituye factor salarial y por ende debe tenerse en cuenta para liquidar la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, conforme los cargos que haya desarrollado en la Rama Judicial.
- 5. REINTEGRAR** y pagar la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado a título de salario, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, desde que se reconoció la bonificación judicial y hasta que permanezca vinculado a la Rama Judicial. Por tanto, deberá reliquidar teniendo en cuenta como base la totalidad de la asignación básica mensual y todos los factores salariales, incluyendo, además, la bonificación judicial.
- 6. SEGUIR** cancelando al señor **JOHN HAROLD HERNANDEZ CEBALLOS** el 100% de la asignación básica mensual y los demás factores salariales, incluyendo, la bonificación judicial percibida desde el 1 de enero de 2013.
- 7. INDEXAR** la mayor diferencia de los anteriores valores prestacionales y salariales reliquidados y dejados de percibir.
- 8. ACTUALIZAR** las sumas de saldo insoluto dejadas de cancelar, tanto por salario como por prestaciones sociales, conforme el IPC, desde

cuando debió surtirse el pago efectivo de la obligación y hasta el pago de la misma.

9. PAGAR los intereses moratorios por las sumas dejadas de cancelar hasta cuando se haga efectivo el pago, de conformidad con lo preceptuado por el inciso 3º del artículo 192 del CPACA.

10. CONDENAR a la entidad demandada en costas y agencias en derecho.

4. HECHOS

El señor **JOHN HAROLD HERNANDEZ CEBALLOS** trabaja al servicio de la Rama Judicial, en los cargos de Citador, Escribiente del Circuito, desde el **16 de septiembre de 2010** y, a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba vinculado en este cargo.

5. FALLO PRIMARIO

El 24 de mayo de 2021, el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones del demandante. Esta sentencia fue aclarada por medio de sentencia complementaria del 3 de junio de 2021, quedando así:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones de “ausencia de causa petendi, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido”, en torno al reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la rama judicial. **DECLARAR PROBADA** la excepción formulada por la parte demandada denominada “prescripción” respecto a las prestaciones sociales generadas antes del 8 de marzo de 2013.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1º de los Decreto 383 de 2013, 1271 de 2015, 248 de 2016 y demás normas que recojan esa misma expresión, en el entendido que la bonificación judicial si constituye salario para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la Rama Judicial.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la resolución DESAJMZR16-642 de 7 de abril de 2016 y del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, que puso fin a la actuación administrativa, ambas expedidas por la entidad demandada.

CUARTO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda únicamente en lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales de la parte actora, teniendo como factor salarial la bonificación judicial de que tratan los Decretos 383 y 384 de 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la **NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**, reconocer, en favor de **JOHN HAROLD HERNANDEZ CEBALLOS** la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el **8 de marzo de 2013** y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la RAMA JUDICIAL. Para lo cual se reliquidan las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de trato sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SEPTIMO: **SE CONDENA EN COSTAS** a las Nación-Rama Judicial-Direccion Ejecutiva de Administración Judicial, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP, Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUIDENSE** los gastos del proceso, **DEVUELVASE** los remanentes si los hubiere. **ARCHIVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI. **NOVENO: NOTIFIQUESE** la presente

sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA y demás normas complementarias o afines.”.

Como sustento jurídico indicó; “...*De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que se relaciona con el caso concreto, en criterio de esta dependencia judicial, existe mérito para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Con sujeción a los argumentos que a continuación se desarrollarán, la bonificación creada por el decreto 383 de 2013, ostenta la naturaleza de una verdadera prestación constitutiva de salario, motivo por el cual se puede interpretar como un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para calcular las prestaciones sociales que perciba en servidor judicial, con sujeción al tipo de cargo que haya desempeñado o desempeñe en el futuro. Sin embargo, en cuanto a la pretensión ligada a la bonificación por servicios prestados, se negará, entre otras razones, debido a que el Gobierno Nacional en ese específico caso tiene una mayor discrecionalidad en la regulación por tratarse de una prestación ocasional. La tesis que se pretende desatar, se afina en la naturaleza de un ordenamiento jurídico cuyo vértice normativo o norma fundamental es la Constitución de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización. No se puede pasar por alto que, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Colombiana no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza directiva implica la subordinación legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el sometimiento al Bloque de Constitucionalidad. Adicionalmente, para sustentar esta providencia se tuvo en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, han expuesto los Tribunales Administrativos de Caldas y Cundinamarca y algunos Jueces Administrativos del país, acogiéndose así el precedente vertical¹ y horizontal²”, en consecuencia, accedió a la inaplicación de la expresión “únicamente” del artículo 1º del Decreto 383 de 2013, a la declaración de los actos acusados, al reconocimiento de la bonificación reclamada como factor salarial para las prestaciones sociales devengadas por el demandante (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus*

intereses) y su consecuente reliquidación, y negó las pretensiones relacionadas con el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios, como factor salarial y el pago de la sanción moratoria en lo que a cesantías, se refiere.

6. RECURSO DE ALZADA

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 4 de junio de 2021. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4^a de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Frente a la condena en costas, considera que el Aquo se equivocó, pues desconoce la tesis superior, que indica que siempre que las actuaciones de la parte vencida, estén libres de mala fe, no hay lugar a condenarlo por este concepto, agregó que las actuaciones de la demandada están parametrizadas por una directriz a nivel nacional, con suficiente soporte jurídico normativo y jurisprudencial. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 nº 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Con jueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a esta Con juez le correspondió por sorteo de con jueces celebrado el pasado 28 de septiembre de 2022.

Cabe precisar que esta decisión de segunda instancia respeta la tesis que sobre el *principio de non reformatio in pejus*¹, propone el artículo 328 del CGP

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Con juez Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Bogotá DC, 6 de abril de 2022, radicado 76001233300020180041401(0470-2020), Demandante María Elide Acosta Henao, Demandada la Nación-Fiscalía General de la Nación.

que a su vez es apoyada por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“(...). El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circumscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del CGP. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: -tantum devolutum quantum appellatum-, La sentencia de primera instancia solo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos demandados.”

Pero también, acepta que este principio no es absoluto y contempla excepciones, al respecto la Corte Constitucional ha reiterado:

“El principio de non reformatio in pejus es la garantía del debido proceso consistente en que la autoridad judicial de superior jerarquía está imposibilitada para agravar la pena impuesta del condenado, cuando sea apelante único. El mencionado principio fue fijado en el artículo 31 de la Constitución Política Colombiana.

La anterior garantía ha sido aplicada a otras áreas del derecho distintas a la penal. En ese sentido, el artículo 238 del Código General del Proceso reitera que el juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que debido a la modificación sea indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

Este principio busca evitar que se empeore la situación de una de las partes que recurre la decisión en el caso en que la otra parte no impugne la providencia. Lo anterior permite brindar seguridad jurídica al único apelante y constituye un límite al poder judicial. Así, la competencia funcional del juez que conoce en una instancia superior del recurso debe limitarse a resolver las inconformidades planteadas por la parte que apeló, sin que le sea factible analizar la totalidad del fallo.

No obstante, es importante precisar que no se trata de un principio absoluto, pues en algunos casos admite excepciones. Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado que la aplicación de la non reformatio in pejus

puede ceder, para atacar errores protuberantes de los jueces y, en esa medida, salvaguardar derechos fundamentales².

Igualmente, el Consejo de Estado, ha sostenido distintas providencias que;

“...excepcionalmente el juez de segunda instancia puede estudiar temas del debate jurídico, inclusive sino fueron planteados por el apelante único, cuando se profiera una decisión manifiestamente ilegítima y con el fin de proteger el ordenamiento jurídico³. Así, la Sección Cuarta afirmó que “[...] funcionario judicial al advertir que se están consolidando situaciones jurídicas en abierta contradicción del ordenamiento jurídico, no puede rehusarse a efectuar algún tipo de pronunciamiento sólo bajo la consideración de que fue un asunto que no se planteó en el escrito de apelación [...]”⁴

Aunado a lo expuesto, en sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵ expuso que como regla general el juez de segunda instancia tiene competencia para pronunciarse sobre los argumentos en el recurso del apelante único. Sin embargo, dicha regla no es absoluta, puesto que debe admitirse junto con ella las excepciones derivadas de: 1. Las normas o principios previstos en la Constitución Política, 2. Compromisos vinculantes asumidos por el Estado en tratados internacionales relacionados con derechos humanos y derechos internacional humanitario y 3. De las normas legales de carácter imperativo. Sobre estas excepciones, debe aclararse que su finalidad es proteger y garantizar el ordenamiento jurídico. Así como armonizar los principios constitucionales propios del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales de las partes.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

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

c. CASO CONCRETO.

² Ver entre otras sentencias: T-231 de 1994, SU-132 de 2002, T-291 de 2006 y T-455 de 2016 y el Auto de 7 de diciembre de 2017. Rad. Núm: 2010-00154-01.

³ Ver entre otras sentencias: Núm. Rad: 2015-02284-01, 2015-02281-01 y 2011-00820-01.

⁴ Esta posición también se encuentra en las siguientes sentencias de tutela proferidas por la Corporación en las que se decidió que en casos como el aquí analizado no se vulnera el principio de la *non reformatio in pejus* cuando se revoca una decisión ilegal, pese a que el apelante es único. Las sentencias son: Radicado: 03-1511001-000-2017-000057-00. Demandante: Constructora Plermo Ltda. Demandado. Consejo de Estado, Sección Tercera. 4 de mayo de 2017. Radicación: 11001-03-15-000-2017-00421-00. Demandante: Yorjanis Romero Bauwero. Demandado: Tribunal Administrativo del Sucre. 25 de mayo de 2017. Radicado: 41001-23-33-000-2017-00161-01(AC). Demandante: María Nayibe Gutierrez Castro. Demandado: Juzgado Séptimo Administrativo Judicial de Neiva. 4 de octubre de 2017.

⁵ Sentencia del 9 de febrero de 2012. Rad. Núm: 1997-06093-01.

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

- a) Derecho de petición de 8 de marzo de 2016.
- b) Resolución DESAJMZR16-642 de 7 de abril de 2016 “*por medio del cual se resuelve un derecho de petición*”.
- c) Recurso de apelación.
- d) Resolución DESAJMZR16-863 de 3 de mayo de 2016 “*por medio de la cual se concede un recurso de apelación*”.
- e) Constancia laboral nº 1625 de 27 de diciembre de 2016.
- f) Resolución nº 1938 de 3 de febrero de 2017 “*por medio de la cual se admitió y se declaró fallida una conciliación*”.

d. PROBLEMA JURIDICO.

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

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

e. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“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, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial”

para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

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

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

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

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

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

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

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

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

“ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios*

mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)"

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

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

- 1) *Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) *Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) *Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) *Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) *Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) *Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

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

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

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

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

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

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

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

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

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

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

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

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

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

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo

ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior". Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él".

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

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

"..."

"d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso.

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

"Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón

doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

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

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

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

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo⁶.

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

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

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

⁶ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “*la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...*”⁷.

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁸

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

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

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

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

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de

⁷ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁸ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...".

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

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁹.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

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

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

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

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

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

⁹ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

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

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierre sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en

juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política".

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)¹⁰:

"Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador."

¹⁰ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

Seguidamente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados¹¹, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad fundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"¹².

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1º señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las

¹¹ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

¹² Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,¹³ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹⁴.

¹³ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Saña de Con jueces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Con juez Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

“...la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales⁵.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco. Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política.”¹⁵

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

8. CONDENA EN COSTAS

El fallo primario condenó en costas a la parte vencida, sin embargo, la Sala de Con jueces, no está de acuerdo con esta decisión, pues respeta la tesis que sobre este tema planteo el Consejo de Estado en sentencia SU de 2 de septiembre de 2019:

¹⁵Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá 6 de abril de 2022. Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), María Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹⁶, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹⁷

Conforme lo anterior, se revocará el numeral 7º de la sentencia de primera instancia.

9. APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA *NON REFORMATIO IN PEJUS*

El fallo primario accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al declarar probada de oficio la excepción “carencia del derecho reclamado” solo frente al carácter de factor salarial de la bonificación judicial respecto de la *bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad*, lo que es contrario a todo lo analizado en este fallo respecto de la calidad de factor salarial de la bonificación judicial reclamada.

De ahí que la Sala considere que encaja en una de las excepciones al principio de la *-non reformatio in pejus*- el cual se le conoce como “*compromisos vinculantes asumidos por el Estado en tratados internacionales relacionados con derechos humanos y derecho internacional humanitario*”, toda vez que se trata de derechos laborales que están en juego y confirmarlo va en contra del derecho constitucional al trabajo protegido por el derecho internacional como se explica en acápite anteriores de esta decisión. Sumado a esto, la condición de salario de la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad no está en discusión, y por lo anteriormente analizado queda claro que por la naturaleza de la bonificación judicial de que trata el decreto 383 de 2013, constituye factor salarial, condición que se debe aplicar, sin distinción alguna, respecto de todas las demás prestaciones sociales y no sobre algunas, pues se itera, su naturaleza no se discute. En consecuencia, es necesario modificar al fallo primario, en este sentido y declarar que la bonificación judicial es factor salarial frente a todas las prestaciones sociales a que tiene derecho el demandante incluidas aquellas que le fueron negada esta condición, en la sentencia primaria.

¹⁶ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control nº 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez «(...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹⁷ Sentencia de Unificación –SUI-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Con jueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

En materia laboral, también la Corte Constitucional indica que, acorde con el alcance y contenido de los derechos laborales mínimos, no opera la aplicación de dicha limitante, por su connotación de ser ciertos e indiscutibles, en los términos de la garantía establecida en el artículo 53 superior y la prevalencia de los derechos sustanciales sobre lo procedural, dado que dicha limitante de forma irrestricta haría nugatorio el contenido de los derechos fundamentales de connotación social. En estos términos se refirió el alto Tribunal en la sentencia C-968 de 21 de octubre de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández, la cual dijo en esa ocasión;

“En el segmento normativo bajo revisión, el legislador determinó que la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las materias que hayan sido objeto del recurso de apelación. A primera vista tal determinación parecería que no desconoce los principios superiores antes enunciados pues, como ya lo ha precisado esta Corte, la consonancia es un efecto propio y particular de las decisiones que resuelven la apelación, en el sentido que ellas deben ser acordes con las materias que son objeto del recurso dado que éste ha sido instituido para favorecer el interés del recurrente, que tratándose del trabajador, se supone que lo interpone precisamente para propugnar por la vigencia y efectividad de sus derechos y garantías laborales mínimas e irrenunciables que considera conculcadas por el sentenciador de primer grado. En este sentido, también es de suponer que el trámite procesal que se le imprime al recurso está orientado a hacer efectivos esos derechos y garantías.

Pero qué sucedería en el evento en que el juez de primera instancia deje de reconocer beneficios mínimos irrenunciables a que tiene derecho el trabajador, debatidos dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y debidamente probados, y el recurrente al interponer el recurso de apelación no repara en ellos y no lo sustenta debidamente de modo que deja de reclamar ante el superior sobre tales derechos laborales. ¿En tal hipótesis debe el juez laboral que dicta sentencia de segunda instancia ceñirse al mandato de la norma acusada que le exige guardar consonancia con la materia objeto del recurso?

Indudablemente en la situación que se plantea el sentenciador de segundo grado podría abstenerse de pronunciarse sobre derechos y garantías mínimas del trabajador que no le fueron reconocidos por la sentencia apelada, ya que la exégesis del precepto bajo revisión lo obliga a ceñirse a la materia del recurso de apelación, impidiéndole extender su decisión a aspectos diferentes. Además, el juez puede argüir que en tal situación el apelante está indicando tácitamente su conformidad con los aspectos no apelados de la sentencia de primer grado.

Sin embargo, para la Corte tal interpretación no se aviene con el Ordenamiento Superior, pues evidentemente comporta no sólo un flagrante desconocimiento del principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales que consagra el artículo 53 Superior, sino también del principio de la prevalencia del derecho sustancial que, según se explicó, le impone al juez laboral, como director del proceso, el deber de aplicar las normas procesales para hacer efectivos los derechos de quienes intervienen en el proceso, especialmente los derechos de los trabajadores.” (sft)

Con fundamento en la regla definida por la guardiana de la Constitución en materia de resolución del recurso de alzada y la inaplicabilidad de la limitación del postulado legales de *non reformatio in pejus* en asuntos de carácter laboral en los que se discuten derechos ciertos e indiscutibles, el juzgador de segunda instancia está obligado a la protección de dicho sustancial, pese a la inexistencia de reproche específico sobre la sentencia de primer grado.

10. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo *-relativo a la protección del salario-*, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando al demandante **JOHN HAROLD HERNANDEZ CEBALLOS** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el *8 de marzo de 2013*, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por ella, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que sea necesario modificar los numerales 1º y 5º de las sentencias de 24 de mayo y de 3 de junio de 2021 y reconocer el carácter de factor salarial tiene la bonificación judicial, también frente a la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continué reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras el Señor **JOHN HAROLD HERNANDEZ CEBALLOS**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho el demandante **JOHN HAROLD HERNANDEZ CEBALLOS** desde el *8 de marzo de 2013* y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión generados por el demandante, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y consignar el mayor valor, al fondo de pensiones al cual está afiliado el demandante **HERNANDEZ CEBALLOS**, dejando claro que se consignan esos dineros en su favor.

3. De igual manera de acuerdo con la tesis protegida por el superior, resulta improcedente la condena en costas emitida por el Aquo, por lo que se revocará el numeral 7º del fallo y se negará la condena en costas.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra parcialmente de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, modificará los numerales 1º y 5º, se revocará el numeral 7º y se confirmarán los demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Con jueces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

11. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1º y 5º de la *sentencia de 24 de mayo de 2021 y de la sentencia complementaria de 3 de junio de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, los cuales quedarán así;

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones de “ausencia de causa petendi, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido”, en torno al reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la rama judicial. **DECLARAR PROBADA** la excepción formulada por la parte demandada denominada “prescripción” respecto a las prestaciones sociales generadas antes del 8 de marzo de 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-, reconocer, en favor de JOHN HAROLD HERNANDEZ CEBALLOS la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 8 de marzo de 2013 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la RAMA JUDICIAL. Para lo cual se reliquidan TODAS las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes.

Por tratarse de pagos de trato sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 7º de la *sentencia de 24 de mayo de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales* y en consecuencia **NO** emitir condena en costas.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la *sentencia de 24 de mayo de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales.*

CUARTO: ORDENAR a la secretaría de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

QUINTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 30 de mayo de 2023.

Los Conjueces:


JOSE MAURICIO BAEDION ALZATE
Ponente


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA
Revisor


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Revisora

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

-José Mauricio Baldion Álzate-

Conjuez Ponente

Manizales, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 19 de abril de 2022 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado nº 17001333900820170019403 en el que es demandante **DIANA FERNANDA BOTERO DELGADO** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

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

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. **INAPLICAR** el decreto 383 de 2013, por medio del cual se creó la bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4^a de 1992 y los Decretos 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016, por medio de los cuales, se ha venido fijando de manera anual el valor de la bonificación judicial para los servidores judiciales.

2. **DECLARAR** la nulidad de la *resolución DESAJMZR16-658 de 8 de abril de 2016.*
3. **DECLARAR** la nulidad del *acto administrativo ficto presunto negativo.*
4. **RECONOCER** a la señora **DIANA FERNANDA BOTERO DELGADO** la bonificación judicial establecida a través del Decreto 383 de 2013, que se percibe desde el 1 de enero de 2013, la cual constituye factor salarial y por ende debe tenerse en cuenta para liquidar la prima de navidad, prima de servicio, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, conforme los cargos que haya desarrollado en la Rama Judicial.
5. **REINTEGRAR** y pagar la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado a título de salario, prima de navidad, prima de servicio, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, desde que se reconoció la bonificación judicial y hasta que permanezca vinculado a la Rama Judicial. Por lo tanto, deberá reliquidar teniendo en cuenta como base la totalidad de la asignación básica mensual y todos los factores salariales, incluyendo, además, la bonificación judicial.
6. **SEGUIR** cancelando a la señora **DIANA FERNANDA BOTERO DELGADO** el 100% de la asignación básica mensual y los demás factores salariales, incluyendo, la bonificación judicial percibida desde el 1º de enero de 2013.
7. **INDEXAR** las sumas resultantes del reconocimiento y pago de la bonificación judicial, conforme al IPC y se paguen intereses legales.
8. **ACTUALIZAR** las sumas de saldo insoluto dejadas de cancelar, tanto por salario como por prestaciones sociales, conforme al IPC, desde cuando debió surtirse el pago efectivo de la obligación y hasta el pago de la misma.
9. **PAGAR** los intereses moratorios por las sumas dejadas de cancelar hasta cuando se haga efectivo el pago, de conformidad con lo preceptuado por el inciso 3º del artículo 192 del CPACA.
10. **CONDENAR** a la entidad demandada en costas y agencias en derecho.

11. 4. HECHOS

La señora **DIANA FERNANDA BOTERO DELGADO** trabaja al servicio de la Rama Judicial, en los cargos de Oficial Mayor Circuito y Profesional Universitaria,

desde el *16 de enero de 2012* y, a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba vinculado en este cargo.

5. FALLO PRIMARIO

El 19 de julio de 2019, el Conjuez Jose Fabian Flórez Buitrago en cabeza del Juzgado 8º Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones del demandante. En resumen, ordenó inaplicar la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1º del Decreto 383 de 2013, declaró no probadas las excepciones de ausencia de causa petendi, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido y probada la excepción de prescripción respecto de los periodos anteriores al *15 de marzo de 2013*. Anuló los actos administrativos atacados. Ordenó a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho la demandante teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, condenó en costas a la demandada y negó el resto de las pretensiones.

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

6. RECURSO DE ALZADA

Demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 27 de junio de 2019. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la República y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4º de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Ahora bien, respecto de la condena en costas, solicita no sean estimadas, como quiera que no existe conductas temerarias de parte de la demandada y todas sus actuaciones obedecen a un manual de defensa nacional el cual se encuentra basado en argumentos en derecho suficientes para justificar la defensa de la posición asumida por la Rama Judicial. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 nº 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Con jueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a esta Con juez le correspondió por sorteo de con jueces celebrado el pasado 23 de noviembre de 2021.

CONTROL DE LEGALIDAD.

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

CASO CONCRETO.

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

- a) Resolución nº 1973 de 22 de diciembre de 2016 “*por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación prejudicial*”.
- b) Derecho de petición de 15 de marzo de 2016.
- c) Resolución DESAJMZR16-658 de 8 de abril de 2016 “*por medio de la cual se resuelve un derecho de petición*”.
- d) Recurso de apelación.
- e) Resolución DESAJMAR16-847 de 3 de mayo de 2016 “*por medio de la cual se concedió un recurso de apelación*”.
- f) Constancia laboral nº 1629 de 27 de diciembre de 2016.

b. PROBLEMA JURIDICO.

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

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

II. Procede la condena en costas emitida por el Aquo en contra de la entidad demandada.

c. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

Artículo 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, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

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

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 1) *Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) *Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) *Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) *Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) *Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) *Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

PARÁGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al

Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

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

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

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

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

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

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

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

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

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

stricto sensu".

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

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

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

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

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades

gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

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

"(...)

"d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

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

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

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

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

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad

por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

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

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

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

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

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “*la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...*”²

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

¹ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

² Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

³ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

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

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

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

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

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

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

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁴.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

“...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie

⁴ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos.” (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

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

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

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

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

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

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierre sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables,

aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁵:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más

⁵ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de constitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador."

Seguidamente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁶, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la

⁶ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias⁷.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1º señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,⁸ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una

⁷ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"⁹.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Saña de Con jueces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Con juez Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

"...la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales⁵.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco. Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política.”¹⁰

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

8. CONDENA EN COSTAS

El fallo primario condenó en costas a la parte vencida, sin embargo, la Sala de Con jueces, no está de acuerdo con esta decisión, pues respeta la tesis que sobre este tema planteo el Consejo de Estado en sentencia SU de 2 de septiembre de 2019:

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹¹, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹²

Conforme lo anterior, se revocará el numeral 7º de la sentencia de primera instancia.

9. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando al demandante **DIANA FERNANDA BOTERO DELGADO** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el **15 de marzo de 2013**, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por ella, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que confirmara la sentencia primaria frente a este aspecto.

¹⁰Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá 6 de abril de 2022. Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), María Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

¹¹ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control nº 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez «(...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹² Sentencia de Unificación -SUI-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Con jueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continué reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras el señor **DIANA FERNANDA BOTERO DELGADO**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho la demandante **DIANA FERNANDA BOTERO DELGADO** desde el *15 de marzo de 2013* y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión generados por la demandante, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y consignar el mayor valor, al fondo de pensiones al cual está afiliado la señora **BOTERO DELGADO**, dejando claro que se consignan esos dineros en su favor.
3. De igual manera de acuerdo con la tesis protegida por el superior, resulta improcedente la condena en costas emitida por el Aquo, por lo que se revocará el numeral 8º del fallo y se negará la condena en costas.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra de acuerdo parcialmente con el fallo primario, y en consecuencia solo revocará el numeral 8º y en consecuencia no emitirá condena en costas.

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

10. FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral 8º de la *sentencia de 19 de julio de 2019, preferida por el Juzgado 8º Administrativo del Circuito de Manizales y, en consecuencia, NO condenar en costas.*

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la *sentencia de 19 de julio de 2019, preferida por el Juzgado 8º Administrativo del Circuito de Manizales.*

TERCERO: ORDENAR a la secretaría de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

17001333900820170019403

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Diana Fernanda Botero Delgado Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Sentencia de segunda instancia nº 065

CUARTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 30 de mayo de 2023.

Los Con jueces:


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE

Ponente


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA

Revisor


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Revisora

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

-José Mauricio Baldion Álzate-

Conjuez Ponente

Manizales, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 10 de abril de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado nº 17001333300120170047003 en el que es demandante **JULIAN OCAMPO VALENCIA** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

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

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1. INAPLICAR** la expresión “*constituirá factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*”, contenida en el artículo 1º del Decreto 383 de 2013, modificado por el Decreto 1269 de 2015 y demás decretos que lo sobrevengan.

2. DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- *Resolución nº DESAJMZR16-338 de 4 de marzo de 2016 “por medio de la cual se resuelve un derecho de petición”.*
- *Acto administrativo ficto presunto negativo.*

- 3. RECONOCER** y pagar al demandante **JULIAN OCAMPO VALENCIA** la diferencia salarial existente entre lo que se ha liquidado y pagado hasta ahora y lo que legalmente le corresponde, teniendo en cuenta como base para la liquidación la bonificación judicial como factor salarial y prestacional, con incidencias en su primas de servicios, productividad, vacaciones, navidad, bonificación por servicios prestados, cesantías e intereses a las cesantías y demás emolumentos que por Constitución y la Ley correspondan, por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 y en adelante, durante los periodos que esté vinculado a la Rama Judicial.
- 4. PAGAR** las sumas que resulten probadas en este proceso como no pagadas o desconocidas por la entidad demandada al demandante, en relación a la bonificación judicial con carácter salarial.
- 5. TENER** la bonificación judicial como factor salarial en las prestaciones sociales que en adelante se causen.
- 6. ORDENAR** a la demandada el cumplimiento de la sentencia en los mismos términos ordenados por los artículos 189 y 192 del CPACA.
- 7. ORDENAR** el pago de intereses comerciales y/o moratorios en la forma como lo dispone el artículo 195 del CPACA.
- 8. INDEXAR** la mayor diferencia de los anteriores valores prestacionales y salariales reliquidados y dejados de percibir.
- 9. CONDENAR** a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

4. HECHOS

El señor **JULIAN OCAMPO VALENCIA** trabaja al servicio de la Rama Judicial, en el cargo de Citador Grado III desde el *14 de febrero de 2012* y, a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba vinculado en este cargo.

5. FALLO PRIMARIO

El 14 de mayo de 2021, el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones del demandante. En su parte resolutiva ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS PARCIALMENTE las excepciones formuladas por la parte demanda de “ausencia de causa petendi e inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido” en lo relacionado a la pretensión de la bonificación por servicios prestados. En cuanto a la pretensión del reconocimiento de la bonificación judicial como factor salarial, se declaran **NO PROBADOS** dichos medios de defensa. Así mismo, se estima como **NO PROBADA** la excepción de “prescripción”.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1º de los Decreto 383 de 2013, 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017, 340 de 2018, 992 de 2019 y 442 de 2020 y demás normas que recojan esa misma expresión, en el entendido que la bonificación judicial si constituye salario para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la Rama Judicial.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la resolución DESAJMZR16-338 de 4 de marzo de 2016 y del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, que puso fin a la actuación administrativa, ambas expedidas por la entidad demandada. Lo anterior en lo referente al reconocimiento liquidación y pago de la bonificación judicial.

CUARTO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda únicamente en lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales de la parte actora, teniendo como factor salarial la bonificación judicial de que tratan los Decretos 383 de 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la **NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-**, reconocer, en favor de **JULIAN OCAMPO VALENCIA** la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 1 de enero de 2013 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la **RAMA JUDICIAL**. Para lo cual se reliquidan las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es

decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de trato sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SEPTIMO: SE CONDENA EN COSTAS a las Nación-Rama Judicial-Direccion Ejecutiva de Administración Judicial, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP, Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, LIQUIDENSE los gastos del proceso, DEVUELVASE los remanentes si los hubiere. ARCHIVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

NOVENO: NOTIFIQUESE la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA y demás normas complementarias o afines.”.

Como sustento jurídico indicó; “...De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que se relaciona con el caso concreto, en criterio de esta dependencia judicial, existe mérito para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Con sujeción a los argumentos que a continuación se desarrollarán, la bonificación creada por el decreto 383 de 2013, ostenta la naturaleza de una verdadera prestación constitutiva de salario, motivo por el cual se puede interpretar como un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para calcular las prestaciones sociales que perciba en servidor judicial, con sujeción al tipo de cargo que haya desempeñado o desempeñe en el futuro. Sin embargo, en cuanto a la pretensión ligada a la bonificación por servicios prestados, se negará, entre otras razones, debido a que el Gobierno Nacional en ese específico caso tiene una mayor discrecionalidad en la regulación por tratarse de una prestación ocasional. La tesis que se pretende desatar, se afina en la naturaleza de un ordenamiento jurídico cuyo vértice normativo o norma fundamental es la Constitución de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización. No se puede pasar por alto que, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Colombiana no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza directiva implica la subordinación legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el

sometimiento al Bloque de Constitucionalidad. Adicionalmente, para sustentar esta providencia se tuvo en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, han expuesto los Tribunales Administrativos de Caldas y Cundinamarca y algunos Jueces Administrativos del país, acogiéndose así el precedente vertical¹ y horizontal²”, en consecuencia, accedió a la inaplicación de la expresión “únicamente” del artículo 1º del Decreto 383 de 2013, a la declaración de los actos acusados, al reconocimiento de la bonificación reclamada como factor salarial para las prestaciones sociales devengadas por el demandante (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses) y su consecuente reliquidación, y negó las pretensiones relacionadas con el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios, como factor salarial y el pago de la sanción moratoria en lo que a cesantías, se refiere.

6. RECURSO DE ALZADA

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 19 de mayo de 2021. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la República y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4^a de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. En cuanto a la condena en costas, solicito sea revocada, toda vez que “...no existe conducta temeraria de la entidad...”, por cuanto se está obrando en atención a un manual de defensa nacional y se tienen argumentos en derecho para justificarlas. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 nº 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Con jueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a esta Con juez le correspondió por sorteo de con jueces celebrado el pasado 14 de diciembre de 2022.

CONTROL DE LEGALIDAD.

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

Cabe precisar que esta decisión de segunda instancia respeta la tesis que sobre el *principio de non reformatio in pejus*¹, propone el artículo 328 del CGP que a su vez es apoyada por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“(...). El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circumscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del CGP. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: -tantum devolutum quantum appellatum-. La sentencia de primera instancia solo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos demandados.”

Pero también, acepta que este principio no es absoluto y contempla excepciones, al respecto la Corte Constitucional ha reiterado:

“El principio de non reformatio in pejus es la garantía del debido proceso consistente en que la autoridad judicial de superior jerarquía está imposibilitada para agravar la pena impuesta del condenado, cuando sea apelante único. El mencionado principio fue fijado en el artículo 31 de la Constitución Política Colombiana.

La anterior garantía ha sido aplicada a otras áreas del derecho distintas a la penal. En ese sentido, el artículo 238 del Código General del Proceso reitera que el juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que debido a la modificación sea indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

Este principio busca evitar que se empeore la situación de una de las partes que recurre la decisión en el caso en que la otra parte no impugne la providencia. Lo anterior permite brindar seguridad jurídica al único apelante y constituye un límite al poder judicial. Así, la competencia funcional del juez que conoce en una instancia superior del recurso debe limitarse a resolver las inconformidades

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Con juez Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Bogotá DC, 6 de abril de 2022, radicado 76001233300020180041401(0470-2020), Demandante María Elide Acosta Henao, Demandada la Nación-Fiscalía General de la Nación.

planteadas por la parte que apeló, sin que le sea factible analizar la totalidad del fallo.

No obstante, es importante precisar que no se trata de un principio absoluto, pues en algunos casos admite excepciones. Al respecto, la Corte Constitucional ha reiterado que la aplicación de la non reformatio in pejus puede ceder, para atacar errores protuberantes de los jueces y, en esa medida, salvaguardar derechos fundamentales².

Igualmente, el Consejo de Estado, ha sostenido distintas providencias que;

“...excepcionalmente el juez de segunda instancia puede estudiar temas del debate jurídico, inclusive sino fueron planteados por el apelante único, cuando se profiera una decisión manifiestamente ilegítima y con el fin de proteger el ordenamiento jurídico³. Así, la Sección Cuarta afirmó que “[...] funcionario judicial al advertir que se están consolidando situaciones jurídicas en abierta contradicción del ordenamiento jurídico, no puede rehusarse a efectuar algún tipo de pronunciamiento sólo bajo la consideración de que fue un asunto que no se planteó en el escrito de apelación [...]”

Aunado a lo expuesto, en sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁵ expuso que como regla general el juez de segunda instancia tiene competencia para pronunciarse sobre los argumentos en el recurso del apelante único. Sin embargo, dicha regla no es absoluta, puesto que debe admitirse junto con ella las excepciones derivadas de: 1. Las normas o principios previstos en la Constitución Política, 2. Compromisos vinculantes asumidos por el Estado en tratados internacionales relacionados con derechos humanos y derechos internacional humanitario y 3. De las normas legales de carácter imperativo. Sobre estas excepciones, debe aclararse que su finalidad es proteger y garantizar el ordenamiento jurídico. Así como armonizar los principios constitucionales propios del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales de las partes.

b. CASO CONCRETO.

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

a) Constancia laboral nº 340 de 4 de marzo de 2016.

² Ver entre otras sentencias: T-231 de 1994, SU-132 de 2002, T-291 de 2006 y T-455 de 2016 y el Auto de 7 de diciembre de 2017. Rad. Núm: 2010-00154-01.

³ Ver entre otras sentencias: Núm. Rad: 2015-02284-01, 2015-02281-01 y 2011-00820-01.

⁴ Esta posición también se encuentra en las siguientes sentencias de tutela proferidas por la Corporación en las que se decidió que en casos como el aquí analizado no se vulnera el principio de la *non reformatio in pejus* cuando se revoca una decisión ilegal, pese a que el apelante es único. Las sentencias son: Radicado: 03-1511001-000-2017-000057-00. Demandante: Constructora Piermo Ltda. Demandado. Consejo de Estado, Sección Tercera. 4 de mayo de 2017. Radicación: 11001-03-15-000-2017-00421-00. Demandante: Yorjanis Romero Bauwero. Demandado: Tribunal Administrativo del Sucre. 25 de mayo de 2017. Radicado: 41001-23-33-000-2017-00161-01(AC). Demandante: María Nayibe Gutierrez Castro. Demandado: Juzgado Séptimo Administrativo Judicial de Neiva. 4 de octubre de 2017.

⁵ Sentencia del 9 de febrero de 2012. Rad. Núm: 1997-06093-01.

- b)** Resolución DESAJMZR16-338 de 4 de marzo de 2016 “*por medio de la cual se resuelve una petición*”.
- c)** Resolución DESAJMZR16-739 de 18 de abril de 2016 “*por medio de la cual se concede un recurso de apelación*”.
- d)** Resolución nº 942 de 14 de julio de 2017 “*por medio de la cual se admitió y se declaró fallida una conciliación*”.

c. PROBLEMA JURIDICO.

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

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

d. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“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, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

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

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 1) *Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) *Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) *Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) *Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) *Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) *Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

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

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 10 de enero de 2013.” (Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

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

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

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

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

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

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

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

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por

la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

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

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

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

“...”

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

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

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

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

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

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

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo⁶.

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

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de

⁶ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”*⁷.

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁸

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

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

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

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

⁷ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁸ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

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

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

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁹.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

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

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

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

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

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la

⁹ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

noción de “duda”, ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

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

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierre sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en

juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)¹⁰:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”

Seguidamente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

¹⁰ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados¹¹, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"¹².

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1º señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

¹¹ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

¹² Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,¹³ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹⁴.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Saña de Con jueces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Con juez Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

"...la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la

¹³ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales⁵.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco. Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política. ”¹⁵

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

8. APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA *NON REFORMATIO IN PEJUS*

El fallo primario accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al declarar probada de oficio la excepción “carencia del derecho reclamado” solo frente al carácter de factor salarial de la bonificación judicial respecto de la *bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad*, lo que es contrario a todo lo analizado en este fallo respecto de la calidad de factor salarial de la bonificación judicial reclamada.

De ahí que la Sala considere que encaja en una de las excepciones al principio de la *-non reformatio in pejus-* el cual se le conoce como “*compromisos vinculantes asumidos por el Estado en tratados internacionales relacionados con derechos*

¹⁵Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá 6 de abril de 2022. Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), María Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

humanos y derecho internacional humanitario”, toda vez que se trata de derechos laborales que están en juego y confirmarlo va en contra del derecho constitucional al trabajo protegido por el derecho internacional como se explica en acápite anteriores de esta decisión. Sumado a esto, la condición de salario de la bonificación por servicios prestados no está en discusión, y por lo anteriormente analizado queda claro que por la naturaleza de la bonificación judicial de que trata el decreto 383 de 2013, constituye factor salarial, condición que se debe aplicar, sin distinción alguna, respecto de todas las demás prestaciones sociales y no sobre algunas, pues se itera, su naturaleza no está en discusión. En consecuencia, es necesario revocar al fallo primario, en este sentido y declarar que la bonificación judicial es factor salarial frente a todas las prestaciones sociales a que tiene derecho del demandante incluida la bonificación por servicios prestados.

En materia laboral, también la Corte Constitucional indica que, acorde con el alcance y contenido de los derechos laborales mínimos, no opera la aplicación de dicha limitante, por su connotación de ser ciertos e indiscutibles, en los términos de la garantía establecida en el artículo 53 superior y la prevalencia de los derechos sustanciales sobre lo procedural, dado que dicha limitante de forma irrestricta haría nugatorio el contenido de los derechos fundamentales de connotación social. En estos términos se refirió el alto Tribunal en la sentencia C-968 de 21 de octubre de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández, la cual dijo en esa ocasión;

“En el segmento normativo bajo revisión, el legislador determinó que la sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las materias que hayan sido objeto del recurso de apelación. A primera vista tal determinación parecería que no desconoce los principios superiores antes enunciados pues, como ya lo ha precisado esta Corte, la consonancia es un efecto propio y particular de las decisiones que resuelven la apelación, en el sentido que ellas deben ser acordes con las materias que son objeto del recurso dado que éste ha sido instituido para favorecer el interés del recurrente, que tratándose del trabajador, se supone que lo interpone precisamente para propugnar por la vigencia y efectividad de sus derechos y garantías laborales mínimas e irrenunciables que considera conculcadas por el sentenciador de primer grado. En este sentido, también es de suponer que el trámite procesal que se le imprime al recurso está orientado a hacer efectivos esos derechos y garantías.

Pero qué sucedería en el evento en que el juez de primera instancia deje de reconocer beneficios mínimos irrenunciables a que tiene derecho el trabajador, debatidos dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y debidamente probados, y el recurrente al interponer el recurso de apelación no repara en ellos y no lo sustenta debidamente de modo que deja de reclamar ante el superior sobre tales derechos laborales. ¿En tal hipótesis debe el juez laboral que dicta sentencia de segunda instancia ceñirse al mandato de la norma acusada que le exige guardar consonancia con la materia objeto del recurso?

Indudablemente en la situación que se plantea el sentenciador de segundo grado podría abstenerse de pronunciarse sobre derechos y garantías mínimas del trabajador que no le fueron reconocidos por la sentencia apelada, ya que la

exégesis del precepto bajo revisión lo obliga a ceñirse a la materia del recurso de apelación, impidiéndole extender su decisión a aspectos diferentes. Además, el juez puede argüir que en tal situación el apelante está indicando tácitamente su conformidad con los aspectos no apelados de la sentencia de primer grado.

Sin embargo, para la Corte tal interpretación no se aviene con el Ordenamiento Superior, pues evidentemente comporta no sólo un flagrante desconocimiento del principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales que consagra el artículo 53 Superior, sino también del principio de la prevalencia del derecho sustancial que, según se explicó, le impone al juez laboral, como director del proceso, el deber de aplicar las normas procesales para hacer efectivos los derechos de quienes intervienen en el proceso, especialmente los derechos de los trabajadores." (sft)

Con fundamento en la regla definida por la guardiana de la Constitución en materia de resolución del recurso de alzada y la inaplicabilidad de la limitación del postulado legales de *non reformatio in pejus* en asuntos de carácter laboral en los que se discuten derechos ciertos e indiscutibles, el juzgador de segunda instancia está obligado a la protección de dicho sustancial, pese a la inexistencia de reproche específico sobre la sentencia de primer grado.

9. CONDENA EN COSTAS

El fallo primario condenó en costas a la parte vencida, sin embargo, la Sala de Con jueces, no está de acuerdo con esta decisión, pues respeta la tesis que sobre este tema planteo el Consejo de Estado en sentencia SU de 2 de septiembre de 2019:

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹⁶, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹⁷

Conforme lo anterior, se revocará el numeral 7º de la sentencia de primera instancia.

10. CONCLUSIÓN

¹⁶ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control nº 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez «(...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹⁷ Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Con jueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -*relativo a la protección del salario*-, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando al demandante **JULIAN OCAMPO VALENCIA** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el **1 de enero de 2013**, fecha en que surte efectos fiscales el Decreto 383 de 2013, surtió sus efectos fiscales, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por él, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que sea necesario modificar el numeral 1 de la sentencia de 14 de mayo de 2021 y reconocer el carácter de factor salarial tiene la bonificación judicial, también frente a la *bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad*.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continué reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras el señor **JULIAN OCAMPO VALENCIA**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho el demandante **JULIAN OCAMPO VALENCIA** desde el **1 de enero de 2013** y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión generados por el demandante, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y consignar el mayor valor, al fondo de pensiones al cual está afiliado el señor **OCAMPO VALENCIA**, dejando claro que se consignan esos dineros en su favor.
3. De igual manera de acuerdo con la tesis protegida por el superior, resulta improcedente la condena en costas emitida por el Aquo, por lo que se revocará el numeral 7º del fallo y se negará la condena en costas.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra parcialmente de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, modificará los numerales 1º y 5º, se revocará el numeral 7º y se confirmarán los demás.

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

11. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1º y 5º de la *sentencia de 14 de mayo de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, los cuales quedarán así;

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de “ausencia de causa petendi e inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido” y “prescripción”.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la **NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-**, reconocer, en favor de **JULIAN OCAMPO VALENCIA** la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 1 de enero de 2013 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la **RAMA JUDICIAL**. Para lo cual se reliquidan **TODAS** las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de trato sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales”.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 7º de la *sentencia de 14 de mayo de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales* y, en consecuencia, **NO** condenar en costas.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la *sentencia de 14 de mayo de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*.

CUARTO: ORDENAR a la secretaría de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

17001333300120170047003

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Julián Ocampo Valencia Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

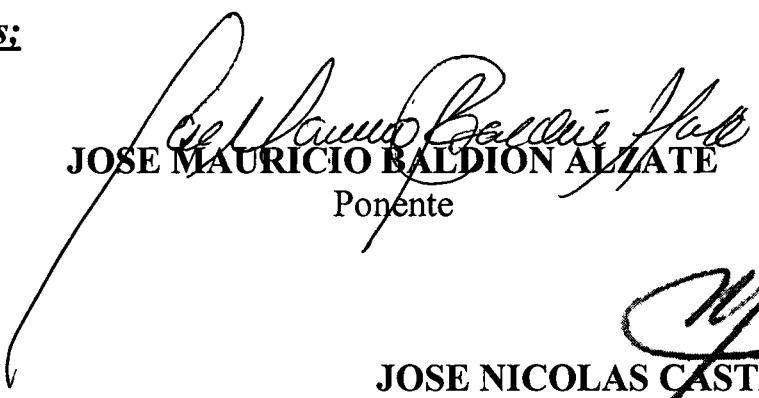
Sentencia de segunda instancia nº 073

QUINTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 30 de mayo de 2023.

Los Con jueces:


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE

Ponente


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA

Revisor


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA

Revisora

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

-José Mauricio Baldion Álzate-
Conjuez Ponente

Manizales, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 10 de abril de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado nº 17001333300320180001300 en el que es demandante **JIMMY FERNANDO DURAN HERNANDEZ** contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2º del Decreto 382 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. **TENER** la bonificación judicial reconocida al demandante mediante el Decreto 382 de 2013, modificado por el Decreto 022 de 2014 como factor salarial para todos los efectos legales.
2. **DECLARAR** la nulidad del acto administrativo oficio DS-07-12-55 de 10 de agosto de 2016.

3. **INCREMENTAR** la bonificación judicial para los años 2013 a 2017 y en adelante, conforme los porcentajes establecidos por el Gobierno Nacional para los empleados enunciados en la Ley 4^a de 1992, toda vez que su naturaleza es netamente salarial, y por ende, corre la misma suerte que la remuneración salarial fija mensual.
4. **RECONOCER**, reajustar, reliquidar y pagar al señor **JIMMY FERNANDO DURAN HERNANDEZ**, las diferencias salariales y prestacionales existentes entre lo pagado por esta subdirección seccional y la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial, ajustada al incremento solicitado en la pretensión anterior, para la liquidación de todas las prestaciones sociales y laborales que desde el año 2013 y hasta la fecha efectiva de pago, haya percibido el demandante, tales como bonificación por servicios prestados, cesantías, intereses a la cesantías, aportes al sistema de seguridad social integral en salud, pensión y demás emolumentos percibidos, tomando como factor salarial el 100% de la bonificación judicial, creada por el Decreto 382 de 2013, la cual viene percibiendo el demandante de manera mensual desde el 1 de enero de 2013 y que hasta la fecha, solo ha sido tenida en cuenta como factor salarial para las cotizaciones al sistema de seguridad social integral.
5. **SEGUIR** pagando la bonificación judicial como factor salarial, así como todas las incidencias prestacionales y salariales devengadas por el señor **JIMMY FERNANDO DURAN HERNANDEZ**, mientras permanezca vinculado a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**.
6. **IDEXAR** los dineros reconocidos al demandante.
7. **FAVORECER** al demandante en aplicación de las cualidades extra y ultra petita del Juez, en lo relacionado con los derechos laborales.

8. 4. HECHOS

El señor **JIMMY FERNANDO DURAN HERNANDEZ** trabaja al servicio de la Fiscalía General de la Nación, en el cargo de Técnico Investigador Grado II, desde el **17 de agosto de 1994** y, a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba vinculado en este cargo.

5. FALLO PRIMARIO

El **23 de julio de 2019**, el Juzgado 3º Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo totalmente a las pretensiones del demandante.

En resumen, ordenó inaplicar la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1º del Decreto 382 de 2013, declaró no probadas las excepciones de ausencia de causa petendi, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido y probada la excepción de prescripción respecto de los períodos anteriores al **15 de marzo de 2013**. Anuló los actos administrativos atacados. Ordenó a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho el demandante teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, condenó en costas a la demandada y negó el resto de las pretensiones.

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

6. RECURSO DE ALZADA

Demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 1 de agosto de 2019. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la República y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4^a de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Ahora bien, respecto de la condena en costas, solicita no sean estimadas, como quiera que no existe conductas temerarias de parte de la demandada y todas sus actuaciones obedecen a un manual de defensa nacional el cual se encuentra basado en argumentos en derecho suficientes para justificar la defensa de la posición asumida por la Rama Judicial. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 nº 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Con jueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a esta Con juez le

correspondió por sorteo de conjueces celebrado el pasado 23 de noviembre de 2021.

CONTROL DE LEGALIDAD.

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

CASO CONCRETO.

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

- a) Resolución nº 1973 de 22 de diciembre de 2016 “*por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación prejudicial*”.
- b) Derecho de petición de 15 de marzo de 2016.
- c) Resolución DESAJMZR16-658 de 8 de abril de 2016 “*por medio de la cual se resuelve un derecho de petición*”.
- d) Recurso de apelación.
- e) Resolución DESAJMAR16-847 de 3 de mayo de 2016 “*por medio de la cual se concedió un recurso de apelación*”.
- f) Constancia laboral nº 1629 de 27 de diciembre de 2016.

b. PROBLEMA JURIDICO.

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

- I. Si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 382 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.
- II. Procede la condena en costas emitida por el Aquo en contra de la entidad demandada.

c. ANALISIS

I. DECRETO 382 DE 6 DE ENERO DE 2013

“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, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

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

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

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

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

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

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

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

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

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la

realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)"

Bajo el mandato de la Ley 4^a de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 382 de 2013, así:

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

- 1) *Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) *Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) *Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) *Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) *Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) *Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

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

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

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

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

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

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

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

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

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

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

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de

constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93)."

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

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

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

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

"En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe

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

"(...)

"d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

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

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

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

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

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

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento

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

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

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

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

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “*la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...*”².

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

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

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no

¹ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

² Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

³ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

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

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

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

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

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

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁴.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

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

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete

⁴ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

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

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

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

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

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierre sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el

derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁵:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál

⁵ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador."

Seguidamente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁶, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad fundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁷.

⁶ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁷ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1º señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras - entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,⁸ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"⁹.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Saña de Con jueces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Con juez Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

"...la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales⁵.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política.”¹⁰

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

8. CONDENA EN COSTAS

El fallo primario condenó en costas a la parte vencida, sin embargo, la Sala de Concejales, no está de acuerdo con esta decisión, pues respeta la tesis que sobre este tema planteo el Consejo de Estado en sentencia SU de 2 de septiembre de 2019:

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹¹, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹²

Conforme lo anterior, se revocará el numeral 7º de la sentencia de primera instancia.

9. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 382 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando al demandante **JIMMY FERNANDO DURAN HERNANDEZ** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el **15 de marzo de 2013**, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por ella, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que confirmara la sentencia primaria frente a este aspecto.

¹⁰Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá 6 de abril de 2022. Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), Maria Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

¹¹ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control nº 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez «(...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹² Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Concejales, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continué reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras el señor **JIMMY FERNANDO DURAN HERNANDEZ**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 382 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho el demandante **JIMMY FERNANDO DURAN HERNANDEZ** desde el *15 de marzo de 2013* y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión generados por la demandante, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y consignar el mayor valor, al fondo de pensiones al cual está afiliado el señor **DURAN HERNANDEZ**, dejando claro que se consignan esos dineros en su favor.
3. De igual manera de acuerdo con la tesis protegida por el superior, resulta improcedente la condena en costas emitida por el Aquo, por lo que se revocará el numeral 8º del fallo y se negará la condena en costas.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra de acuerdo parcialmente con el fallo primario, y en consecuencia solo revocará el numeral 8º y en consecuencia no emitirá condena en costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Con jueces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

10. FALLA

PRIMERO: REVOCAR el numeral 5º de la *sentencia de 23 de julio de 2019, preferida por el Juzgado 3º Administrativo del Circuito de Manizales y, en consecuencia, NO condenar en costas.*

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la *sentencia de 23 de julio de 2019, preferida por el Juzgado 3º Administrativo del Circuito de Manizales.*

TERCERO: ORDENAR a la secretaría de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

CUARTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

17001333300320180001303

Nulidad y restablecimiento del derecho.

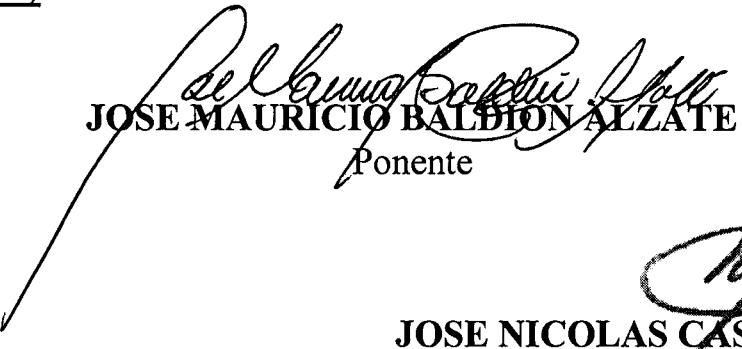
Jimmy Fernando Duran Hernández Vrs Fiscalía General de la Nación

Sentencia de segunda instancia nº 077

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 30 de mayo de 2023.

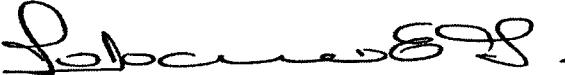
Los Con jueces;


JOSE MAURICIO BALDÍON ALZATE

Ponente


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA

Revisor


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA

Revisora

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES

-José Mauricio Baldion Álzate-
Conjuez Ponente

Manizales, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 17 de enero de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver los recursos de apelación que contra el fallo primario fueron interpuestos por las partes demandante y demandada, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado nº 17001333900520180038603 en el que es demandante **CARLOS AUGUSTO OSORIO RAMIREZ** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el Dr. **JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

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

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1. INAPLICAR** el decreto 383 de 2013, por medio del cual se creó la bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial

en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4^a de 1992 y los Decretos 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016, por medio de los cuales, se ha venido fijando de manera anual el valor de la bonificación judicial para los servidores judiciales.

- 2. DECLARAR** la nulidad de la *Resolución DESAJMZR16-326 de 4 de marzo de 2016.*
- 3. DECLARAR** la nulidad del *acto administrativo ficto o presunto negativo.*
- 4. RECONOCER** al señor **CARLOS AUGUSTO OSORIO RAMIREZ** la bonificación judicial establecida a través del Decreto 383 de 2013, que percibe desde el 1 de enero de 2013, la cual constituye factor salarial y por ende debe tenerse en cuenta para liquidar la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, conforme los cargos que haya desarrollado en la Rama Judicial.
- 5. REINTEGRAR** y pagar la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado a título de salario, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, desde que se reconoció la bonificación judicial y hasta que permanezca vinculado a la Rama Judicial. Por tanto, deberá reliquidar teniendo en cuenta como base la totalidad de la asignación básica mensual y todos los factores salariales, incluyendo, además, la bonificación judicial.
- 6. SEGUIR** cancelando al señor **CARLOS AUGUSTO OSORIO RAMIREZ** el 100% de la asignación básica mensual y los demás factores salariales, incluyendo, la bonificación judicial percibida desde el 1 de enero de 2013.
- 7. INDEXAR** la mayor diferencia de los anteriores valores prestacionales y salariales reliquidados y dejados de percibir.
- 8. ACTUALIZAR** las sumas de saldo insoluto dejadas de cancelar, tanto por salario como por prestaciones sociales, conforme el IPC, desde cuando debió surtirse el pago efectivo de la obligación y hasta el pago de la misma.

9. PAGAR los intereses moratorios por las sumas dejadas de cancelar hasta cuando se haga efectivo el pago, de conformidad con lo preceptuado por el inciso 3º del artículo 192 del CPACA.

10. CONDENAR a la entidad demandada en costas y agencias en derecho.

4. HECHOS

El señor **CARLOS AUGUSTO OSORIO RAMIREZ** trabaja al servicio de la Rama Judicial, en los cargos de Oficial Mayor, Citador y Escribiente Municipales, desde el **17 de marzo de 2005** y, a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba vinculado en este cargo.

5. FALLO PRIMARIO

El **22 de septiembre de 2021**, el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones del demandante, quedando así:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de “carencia del derecho reclamado”. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de “De la imposibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones de la parte demandante” y “prescripción”.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1º de los Decreto 383 de 2013, 1271 de 2015, 248 de 2016 y demás normas que recojan esa misma expresión, en el entendido que la bonificación judicial si constituye salario para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la Rama Judicial.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la resolución **DESAJMZR16-326 de 4 de marzo de 2016** y del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, que puso fin a la actuación administrativa, ambas expedidas por la entidad demandada.

CUARTO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda únicamente en lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales de la parte actora, teniendo como factor salarial la bonificación judicial de que tratan los Decretos 383 y 384 de 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la **NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-**, reconocer, en favor de **CARLOS AUGUSTO OSORIO RAMIREZ** la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el **1 de enero de 2013** y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la **RAMA JUDICIAL**. Para lo cual se reliquidan las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de trato sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

SEPTIMO: **SE CONDENADA EN COSTAS** a las Nación-Rama Judicial-Direccion Ejecutiva de Administración Judicial, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP, Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: **EJECUTORIADA** esta providencia, **LIQUIDENSE** los gastos del proceso, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere. **ARCHIVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI. **NOVENO:** **NOTIFIQUESE** la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA y demás normas complementarias o afines.”.

Como sustento jurídico indicó; “...De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que se relaciona con el caso concreto, en criterio de esta dependencia judicial, existe mérito para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Con sujeción a los argumentos que a continuación se desarrollarán, la bonificación

creada por el decreto 383 de 2013, ostenta la naturaleza de una verdadera prestación constitutiva de salario, motivo por el cual se puede interpretar como un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para calcular las prestaciones sociales que perciba en servidor judicial, con sujeción al tipo de cargo que haya desempeñado o desempeñe en el futuro. Sin embargo, en cuanto a la pretensión ligada a la bonificación por servicios prestados, se negará, entre otras razones, debido a que el Gobierno Nacional en ese específico caso tiene una mayor discrecionalidad en la regulación por tratarse de una prestación ocasional. La tesis que se pretende desatar, se afina en la naturaleza de un ordenamiento jurídico cuyo vértice normativo o norma fundamental es la Constitución de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización. No se puede pasar por alto que, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Colombiana no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza directiva implica la subordinación legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el sometimiento al Bloque de Constitucionalidad. Adicionalmente, para sustentar esta providencia se tuvo en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, han expuesto los Tribunales Administrativos de Caldas y Cundinamarca y algunos Jueces Administrativos del país, acogiéndose así el precedente vertical¹ y horizontal²”, en consecuencia, accedió a la inaplicación de la expresión “únicamente” del artículo 1º del Decreto 383 de 2013, a la declaración de los actos acusados, al reconocimiento de la bonificación reclamada como factor salarial para las prestaciones sociales devengadas por el demandante (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses) y su consecuente reliquidación, y negó las pretensiones relacionadas con el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios, como factor salarial y el pago de la sanción moratoria en lo que a cesantías, se refiere.

6. RECURSO DE ALZADA

Demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 5 de octubre de 2021. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la República y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4^a de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Frente a la condena en costas, considera que el Aquo se equivocó, pues desconoce la tesis superior, que indica que siempre que las actuaciones de la parte vencida, estén libres de mala fe, no hay lugar a condenarlo por este concepto, agregó que las actuaciones de la demandada están parametrizadas por una directriz a nivel nacional, con suficiente soporte jurídico normativo y jurisprudencial. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

Demandante.

A su turno la parte demandante, resumió el fallo primario, resaltando que declaró probadas las excepciones “ausencia de causa petendi”, “inexistencia del derecho reclamado” y “cobro de lo no debido”, reconociendo el carácter de factor salarial que tiene la bonificación judicial, pero excluyó de las prestaciones sociales a las que tiene derecho el demandante, la *bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad*. Frente a esto, dijo que el Aquo desconoció la tesis que ha venido protegiendo el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Con jueces, resumida en la sentencia de 24 de marzo de 2021 que decidió la segunda instancia en procesos similar a este, en la que reconoció la condición de factor salarial para todas las prestaciones sociales a que tiene derecho su poderdante, sin hacer distinciones o exclusiones, como si lo hace el fallo primario.

Agregó que la tesis planteada por el Juez primario, desconoce los emolumentos a tenerse en cuenta en la liquidación de las distintas prestaciones sociales, que por derecho le son reconocidas a la demandante, a saber; frente a las vacaciones de conformidad con lo previsto en “*la Ley 995 de 2005, se realiza por todo el tiempo laboral, sin tener en cuenta un mínimo de tiempo.*”. Por otro lado, y conforme lo dispone la Cartilla Laboral para la Rama Judicial expedida por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial – Unidad de Recursos

Humanos del mes de septiembre de 2014, la liquidación de los conceptos laborales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, se hace de siguiente manera: “2.7.1. VACACIONES: Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación + Incremento 2.5 + Auxilio de Transporte Auxilio Especial de Transporte + Subsidio de Alimentación + prima ascensional + prima capacitación + una doceava de la Bonificación por servicios prestados + una doceava de la prima de servicios + una doceava de la prima de productividad) este total, se divide en 30 y se multiplica por el número de días de disfrute de vacaciones, según al régimen de vacaciones al que pertenezca el servidor judicial. Para el reconocimiento de la liquidación proporcional de las vacaciones de conformidad con la Ley 995 de 2005, se realiza por todo el tiempo laborado sin tener en cuenta un mínimo de tiempo. 2.7.2. PRIMA DE VACACIONES: Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación + Incremento 2.5 + Auxilio de Transporte + Auxilio Especial de Transporte + Subsidio de Alimentación + prima ascensional + prima capacitación + una doceava de la Bonificación por servicios prestados + una doceava de la prima de servicios + una doceava de la prima de productividad), este total, se divide en 30 y multiplica por 15. 2.7.3. PRIMA DE NAVIDAD: Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación + Incremento 2.5 + Auxilio de Transporte + Auxilio Especial de Transporte + Subsidio de Alimentación + Prima ascensional + prima capacitación + una doceava de la Bonificación por servicios prestados + una doceava de la prima de servicios + una doceava de la prima de vacaciones + una doceava de la prima de productividad). La proporcionalidad se liquida así: una doceava por cada mes completo laborado, entendido como mes, el lapso comprendido entre el 1 y el 30 o el 31 dependiendo el caso y con el salario que devengaba el empleado a la fecha de retiro o 30 de noviembre de cada año. 2.7.4. PRIMA DE SERVICIOS: Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación + incremento 2.5 + Auxilio de Transporte Auxilio Especial de Transporte + Subsidio de Alimentación + una doceava de la Bonificación por servicios prestados + Prima ascensional + prima capacitación), este total, se divide en 30 días y se multiplica por 15 días. De igual forma, si un servidor judicial se retira del servicio antes del 30 de junio, tiene derecho al pago proporcional de la prima de servicios a razón de una doceava parte de su valor por cada mes completo de labor, siempre que a la fecha de su retiro hubiere servido mínimo seis meses continuos o discontinuos entre el 1 de julio de cada año y el 30 de junio del año siguiente. 2.7.5. PRIMA DE PRODUCTIVIDAD: Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación + Horas Extras + incremento

2.5%) dividido por 30 y multiplicado por 15 días. De igual forma, si un servidor judicial se retira del servicio antes del 30 de junio o 30 de diciembre, tiene derecho al pago proporcional de la prima de productividad, siempre que a la fecha de su retiro hubiere servido mínimo tres meses completos en el respectivo semestre. 2.7.6. **BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS:** Sumatoria de (Asignación básica + prima de antigüedad + Gastos de Representación) y se multiplica por 50% o 35% según el caso. 2.7.7. **CESANTÍAS:** Es el equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcional al tiempo laborado, valor que se liquidará a 31 de diciembre de cada año y se depositará en el Fondo de Cesantías seleccionado antes del 14 de febrero de la siguiente anualidad. 2.7.8. **HORAS EXTRAS:** Son factor para liquidar cesantías, prima de productividad y aportes en pensión, máximo 80 horas al mes. 2.7.9. **LAS PRIMAS ASCENSIONAL Y DE CAPACITACIÓN:** Son factor de salario y se deben tomar para liquidar las prestaciones sociales de sus beneficiarios.”

Concluyendo que la *bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad* no son factor salarial como erradamente lo afirma el Aquo, por el contrario solo “se tienen en cuenta como doceavas, más no como factor de liquidación con incidencia salarial, es por ello que no constituye un ‘doble pago al reliquidarse la bonificación incluyendo dichos conceptos, por cuanto solo tiene incidencia en las doceavas más no en el mismo concepto, por ende no puede predicar una unidad indisoluble’”.

Agregó que se debe interpretar de manera diferente el contenido del artículo 59 del Decreto 1042 de 1978, toda vez que los factores salariales que se tienen en cuenta para la liquidación de la prima de servicios difieren del concepto de factor salarial, “tanto es así que en dicha norma se establece que la prima de servicios -se liquidará sobre los factores de salario- o si se quiere como se menciona el inicio de la norma que -de la base para liquidar la prima de servicios-“

Concluye que el Juzgado Transitorio, confundió los conceptos de “factor salarial”, “factor prestacional o prestación social” con “base para liquidar” o sobre los factores salariales para liquidar las prestaciones sociales. Solicitó se revoque en este sentido, el fallo primario, y por el contrario se reconozca el carácter de factor salarial que tiene la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, también para la *bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad*.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 nº 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Con jueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a esta Con juez le correspondió por sorteo de con jueces celebrado el pasado 2 de diciembre de 2022.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

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

c. CASO CONCRETO.

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

- a) Resolución DESAJMZR16-686 de 13 de abril de 2016 “*por medio del cual se resuelve un derecho de petición*”.
- b) Recurso de apelación.
- c) Resolución DESAJMZR16-326 de 4 de marzo de 2016 “*por medio de la cual se concede un recurso de apelación*”.
- d) Derecho de petición de 15 de febrero de 2016.
- e) Constancia laboral nº 201 de 19 de febrero de 2016.

d. PROBLEMA JURIDICO.

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

- I. Si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser

tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Áquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.

II. Procede la condena en costas emitida por el fallo primario en contra de la entidad demandada.

e. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“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, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

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

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

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

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

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

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

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

b) (...)".

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

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

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

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

1) Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).

- 2) *Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) *Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) *Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) *Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) *Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

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

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

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

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

ARTÍCULO 20. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que

se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

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

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

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

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

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

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

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

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

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

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

derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental.”

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

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

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

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta

Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...

“(...)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso.

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

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

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

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

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él.

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

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

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

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

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

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “*la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...*”².

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el

¹ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

² Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

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

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

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

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

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

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

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

³ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁴.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

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

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

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

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

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

⁴ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

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

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierre sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un

juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁵:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención

⁵ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador."

Seguidamente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁶, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁷.

⁶ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁷ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo - relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1º señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,⁸ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"⁹.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Saña de Conjueces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Conjuez Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

"...la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales⁵.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación,

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política.”¹⁰

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

8. CONDENA EN COSTAS

El fallo primario condenó en costas a la parte vencida, sin embargo, la Sala de Con jueces, no está de acuerdo con esta decisión, pues respeta la tesis que sobre este tema planteo el Consejo de Estado en sentencia SU de 2 de septiembre de 2019:

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹¹, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹²

Conforme lo anterior, se revocará el numeral 7º de la sentencia de primera instancia.

9. CONCLUSIÓN

¹⁰Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá 6 de abril de 2022. Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), María Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

¹¹ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control nº 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez «(...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹² Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Con jueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -*relativo a la protección del salario*-, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando al demandante **CARLOS AUGUSTO OSORIO RAMIREZ** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el *1 de enero de 2013*, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por ella, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que sea necesario modificar los numerales 1º y 5º de la sentencia de *22 de septiembre de 2021* y reconocer el carácter de factor salarial tiene la bonificación judicial, también frente a la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad.

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continué reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras el señor **CARLOS AUGUSTO OSORIO RAMIREZ**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho el demandante **CARLOS AUGUSTO OSORIO RAMIREZ** desde el *1 de enero de 2013* y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión generados por el demandante, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y consignar el mayor valor, al fondo de pensiones al cual está afiliado el demandante **OSORIO RAMIREZ**, dejando claro que se consignan esos dineros en su favor.
3. De igual manera de acuerdo con la tesis protegida por el superior, resulta improcedente la condena en costas emitida por el Aquo, por lo que se revocará el numeral 7º del fallo y se negará la condena en costas.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra parcialmente de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, modificará los numerales 1° y 5°, se revocará el numeral 7° y se confirmarán los demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Con jueces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

10. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1° y 5° de la *sentencia de 22 de septiembre de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, los cuales quedarán así;

DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de “De la imposibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones de la parte demandante” y “prescripción”.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-, reconocer, en favor de CARLOS AUGUSTO OSORIO RAMIREZ la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 1 de enero de 2013 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la RAMA JUDICIAL. Para lo cual se reliquidan TODAS las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de trato sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 7º de la *sentencia de 22 de septiembre de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales* y en consecuencia **NO** emitir condena en costas.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la *sentencia de 22 de septiembre de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales.*

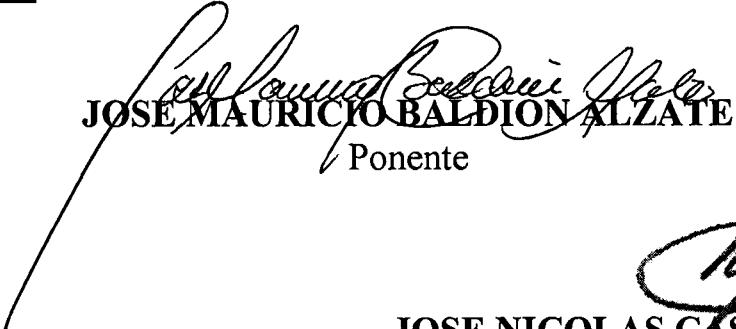
CUARTO: ORDENAR a la secretaría de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

QUINTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en SALA VIRTUAL celebrada el 30 de mayo de 2023.

Los Con jueces;


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE

Ponente


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA

Revisor


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Revisora

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

-José Mauricio Baldion Álzate-
Conjuez Ponente

Manizales, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 17 de enero de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fueron interpuestos por las partes demandante y demandada, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado nº 17001333900720180038603 en el que son demandantes **DIANA MARCELA TABARES MONSALVE** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el Dr. **JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores Dra. **LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y Dr. **JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

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

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- *Resolución DESAJMZA18-227 de 21 de febrero de 2018.*
- *Acto administrativo ficto o presunto negativo.*

2. **RECONOCER** y pagar a la señora **DIANA MARCELA TABARES MONSALVE** la bonificación judicial establecida a través del Decreto 383 de 2013, que se percibe desde el 1 de enero de 2013, como factor salarial y prestacional, desde el momento de su creación, con incidencia en la prima de servicios, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicio prestado y demás emolumentos prestacionales que por Constitución y Ley corresponden a los servidores públicos de la Rama Judicial, por tal motivo, deberá incluirse en nómina y reliquidarse teniendo en cuenta como base de liquidación la “bonificación judicial” a pagar mensualmente y la bonificación por servicio prestado, por ende, se deberá tener como base la totalidad del salario sin ningún tipo de deducción desde el momento de su origen.
3. **SEGUIR** liquidando a la demandante la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013, teniendo como base el 100% de la remuneración básica mensual de cada año y como también todos los demás factores salariales y prestacionales, sin deducir o descontar dicha remuneración.
4. **INDEXAR** las sumas resultantes del reconocimiento y pago de la bonificación judicial, conforme al IPC y se paguen intereses legales.
5. **INCLUIR** en nómina y seguir pagando la “bonificación judicial” señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional dejado de percibir por la demandante en conjunto con la asignación básica, el cual tendrá efectos directos y circunstanciales en las vacaciones, prestaciones sociales (prima de vacaciones, prima de productividad, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales que recibe un servidor público de la Rama Judicial).
6. **PAGAR** la indemnización moratoria por la no consignación total de las cesantías al fondo correspondiente seleccionado por el servidor público de la Rama Judicial.
7. **AJUSTAR** las sumas de conformidad con las normas adjetivas y sustanciales del CPACA y demás preceptos jurídicos de que tratan la materia.

4. HECHOS

La señora **DIANA MARCELA TABARES MONSALVE** viene trabajando al servicio de la Rama Judicial, en el cargo de Juez de la Republica y a la fecha de presentación de esta demanda, aun se encontraba vinculada en dicho cargo.

5. FALLO PRIMARIO

El **30 de septiembre de 2021**, el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones de la demandante. En su parte resolutiva ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE, de oficio, la excepción de “carencia del derecho reclamado”, en lo relacionado con las pretensiones de la bonificación por servicios prestados, prima de productividad, prima de servicios, prima especial de servicios y bonificación por actividad judicial. DECLARAR NO PROBARA la excepción “De la imposibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones del demandante”. DECLARAR PROBADA la excepción de “prescripción”. SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1º de los Decreto 383 de 2013, 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017, 340 de 2018, 992 de 2019 y 442 de 2020, en el entendido que la bonificación judicial si constituye salario para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la Rama Judicial.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la resolución DESAJMAR18-227 de 21 de febrero de 2018 y del acto administrativo ficto presunto negativo, derivado del silencio administrativo negativo.

CUARTO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda únicamente en lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales de la parte actora, teniendo como factor salarial la bonificación judicial de que tratan los Decretos 383 de 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-, reconocer, en favor de **DIANA MARCELA TABARES MONSALVE la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 9 de febrero de 2015 y hasta la terminación definitiva de su vínculo**

laboral de la RAMA JUDICIAL. Para lo cual se reliquidan las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de trato sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEXTO: *La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.*

SEPTIMO: *SE CONDENA EN COSTAS a las Nación-Rama Judicial-Direccion Ejecutiva de Administración Judicial, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP, Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.*

OCTAVO: *EJECUTORIADA esta providencia, LIQUIDENSE los gastos del proceso, DEVUELVASE los remanentes si los hubiere. ARCHIVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.*

NOVENO: *NOTIFIQUESE la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA y demás normas complementarias o afines.”*

Como sustento jurídico indicó; “...*De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que se relaciona con el caso concreto, en criterio de esta dependencia judicial, existe mérito para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Con sujeción a los argumentos que a continuación se desarrollarán, la bonificación creada por el decreto 383 de 2013, ostenta la naturaleza de una verdadera prestación constitutiva de salario, motivo por el cual se puede interpretar como un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para calcular las prestaciones sociales que perciba en servidor judicial, con sujeción al tipo de cargo que haya desempeñado o desempeñe en el*

futuro. Sin embargo, en cuanto a la pretensión ligada a la bonificación por servicios prestados, se negará, entre otras razones, debido a que el Gobierno Nacional en ese específico caso tiene una mayor discrecionalidad en la regulación por tratarse de una prestación ocasional. La tesis que se pretende desatar, se afina en la naturaleza de un ordenamiento jurídico cuyo vértice normativo o norma fundamental es la Constitución de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización. No se puede pasar por alto que, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Colombiana no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza directiva implica la subordinación legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el sometimiento al Bloque de Constitucionalidad. Adicionalmente, para sustentar esta providencia se tuvo en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, han expuesto los Tribunales Administrativos de Caldas y Cundinamarca y algunos Jueces Administrativos del país, acogiéndose así el precedente vertical¹ y horizontal²”, en consecuencia, accedió a la inaplicación de la expresión “únicamente” del artículo 1º del Decreto 383 de 2013, a la declaración de los actos acusados, al reconocimiento de la bonificación reclamada como factor salarial para las prestaciones sociales devengadas por la demandante (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses) y su consecuente reliquidación, y negó las pretensiones relacionadas con el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios, como factor salarial y el pago de la sanción moratoria en lo que a cesantías, se refiere.

6. RECURSO DE ALZADA

Demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada mediante escrito que presentó el 8 de octubre de 2021. En esta ocasión, la demandada resaltó que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la República y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones

disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4^a de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Ahora bien, respecto de la condena en costas, solicita no sean estimadas, como quiera que no existe conductas temerarias de parte de la demandada y todas sus actuaciones obedecen a un manual de defensa nacional el cual se encuentra basado en argumentos en derecho suficientes para justificar la defensa de la posición asumida por la Rama Judicial. Frente a la condena en costas, informó que todas las actuaciones de la demandada obedecen a una directriz del orden nacional, la cual plantea su defensa y que tiene suficiente sustento normativo y jurisprudencial. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

Demandante.

A su turno, la parte demandante se opuso a la sentencia frente a la negativa de incluir a la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad en la reliquidación de las prestaciones sociales causadas por la demandante teniendo en cuenta la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, que es factor salarial, pues aseguró que el fallo primario desconoce la tesis del superior, el cual frente a procesos que persiguen pretensiones similares, reconoce la calidad de factor salarial de la bonificación judicial derivada del Decreto 383 de 2013, para todas las prestaciones sociales, incluidas aquellas que el Juzgado Transitorio Administrativo de Manizales, desconoce. Agrega que contrario a lo que asegura el Aquo, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, la prima de productividad, la prima especial de servicios y la bonificación por actividad judicial, se tienen en cuenta como doceavas y no como factor de liquidación con incidencia salarial, por lo que no puede decirse que se constituye un doble pago, al liquidarlas incluyendo la calidad de factor salarial que tiene la bonificación judicial. Solicitó se revoque la sentencia primaria, en lo que resulta adverso a las pretensiones de la demanda.

7. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 nº 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Con jueces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciere el superior y a la designación que a esta Con juez le correspondió por sorteo de con jueces celebrado el pasado 2 de diciembre de 2022.

CONTROL DE LEGALIDAD.

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

CASO CONCRETO.

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

- a) Resolución nº 781 de 11 de julio de 2018 “*por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación prejudicial*”.
- b) Derecho de petición de 9 de febrero de 2018.
- c) Resolución DESAJMAR18-227 de 21 de febrero de 2018 “*por medio de la cual se resuelve un derecho de petición*”.
- d) Recurso de apelación.
- e) Resolución DESAJMAR18-408 de 21 de marzo de 2018 “*por medio de la cual se concedió un recurso de apelación*”.
- f) Desprendibles de nomina de los años 2016 a 2018.

b. PROBLEMA JURIDICO.

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

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

c. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“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, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General”

de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

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

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- 1) *Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) *Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) *Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) *Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*
- 5) *Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) *Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

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

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

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

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

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

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

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

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

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

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

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;
“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.”

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

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

“El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 -aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en

materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: "los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna", cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental."

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

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

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

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

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

Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...
“(…)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

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

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

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

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

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

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

legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo¹.

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

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

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

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “*la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...*”².

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

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

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

¹ Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

² Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

³ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

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

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

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

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

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁴.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

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

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

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

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación

⁴ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

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

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

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

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierre sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de

un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política".

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁵:

"Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha

⁵ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador."

Seguidamente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁶, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad fundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁷.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1º señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que

⁶ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁷ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,⁸ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores”⁹.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Saña de Con jueces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Con juez Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

“...la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales”⁵.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco. Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política.”¹⁰

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

8. CONDENA EN COSTAS

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá 6 de abril de 2022. Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), María Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

El fallo primario condenó en costas a la parte vencida, sin embargo, la Sala de Con jueces, no está de acuerdo con esta decisión, pues respeta la tesis que sobre este tema planteo el Consejo de Estado en sentencia SU de 2 de septiembre de 2019:

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹¹, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹²

Conforme lo anterior, se revocará el numeral 7º de la sentencia de primera instancia.

9. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando al demandante **DIANA MARCELA TABARES MONSALVE** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el **9 de febrero de 2015**, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por ella, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que confirmara la sentencia primaria frente a este aspecto.
2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que genero la demandante **DIANA MARCELA TABARES MONSALVE** desde el **9 de febrero de 2015** y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión generados por la demandante, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y consignar

¹¹ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control nº 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez «(...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹² Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Con jueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

el mayor valor, al fondo de pensiones al cual está afiliado la señora **TABARES MONSALVE**, dejando claro que se consignan esos dineros en su favor.

3. De igual manera de acuerdo con la tesis protegida por el superior, resulta improcedente la condena en costas emitida por el Aquo, por lo que se revocará el numeral 7º de la *sentencia nº 30 de septiembre de 2021* y se negará la condena en costas.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra parcialmente de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, modificará los numerales 1º y 5º, revocara el numeral 7º y se confirmarán los demás.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Con jueces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

10. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1º y 5º de *la sentencia de 30 de septiembre de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, los cuales quedarán así;

“PRIMERO: DECLARAR PROBARA la excepción de “prescripción” respecto de los periodos anteriores al 9 de febrero de 2015. DECLARAR NO PROBADA la excepción de “De la imposibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones del demandante”.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-, reconocer, en favor de DIANA MARCELA TABARES MONSALVE la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el al 9 de febrero de 2015 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la RAMA JUDICIAL. Para lo cual se reliquidan TODAS las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de

valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de trato sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales”.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 7º de la *sentencia de 30 de septiembre de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales y en su lugar NO condenar en costas.*

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la *la sentencia de 30 de septiembre de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales.*

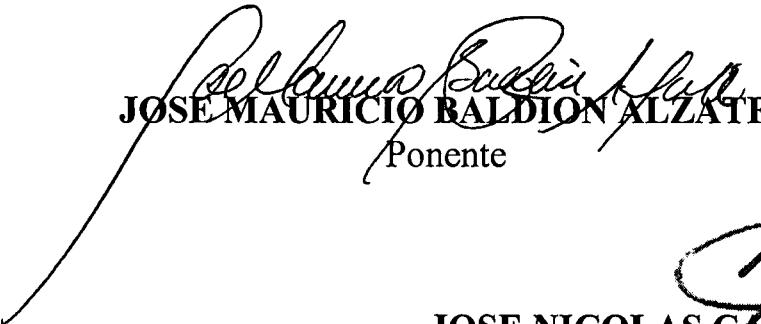
CUARTO: ORDENAR a la secretaría de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

QUINTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 30 de mayo de 2023.

Los Con jueces;


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE

Ponente


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA

Revisor


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA

Revisora

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control fue devuelta del H Consejo de Estado Confirmado la providencia emitida por esta corporación el 24 de septiembre de 2018.

Consta de 4 cuadernos.

MAYO 30 de 2023.

P/A
CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS
Secretario.

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17-001-23-33-000-2017-00478-01
Demandante: LUCY BERMUDEZ SALZAR
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Unitaria

Manizales, mayo treinta (30) de dos mil veintitrés (2023).

A.S.101

Estese a lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado, en providencia del 06 de marzo de 2023, visible a Cuaderno Consejo de Estado **FALLA:** “*Primero: Confirmar la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2018, por el Tribunal Administrativo de Caldas mediante la cual se declaró probada de oficio la excepción de prescripción extintiva de la sanción moratoria por la tardanza en el pago de las cesantías definitivas en la demanda formulada por Lucy Bermúdez Salazar contra la Nación (Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de prestaciones sociales del Magisterio), según lo expuesto en las consideraciones que anteceden. Segundo: Abstenerse de condenar en costas de segunda instancia, según lo expuesto con antelación.*”

Ejecutoriado el presente auto, archívese el expediente previo a la correspondiente anotación en el programa Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase

A large, stylized black ink signature in cursive script, reading "Pablio Martín Andrés Patiño Mejía".

PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **91**

FECHA: 31/05/2023



República de Colombia
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de primera instancia

Acción: **Nulidad y restablecimiento del derecho – laboral**
Demandante: **Beatriz Villada Agudelo**
Demandado: **Servicio Nacional de Aprendizaje**
Radicado: **17 001 2333-000-2019-00347- 00**
Sentencia: **63**

Manizales, veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión.

§01. **Síntesis:** La parte demandante pretende que se declare la existencia de una relación laboral con el SENA, en la prestación del servicio como instructora, entre los años 2001 a 2015. La sala accede parcialmente a las pretensiones al demostrarse la continuada subordinación en la relación que tuvo la parte demandante como instructora, pero no en la prestación de servicios de promoción y mercadeo.

§02. La sala del Tribunal Administrativo de Caldas dicta sentencia de primera instancia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por **Beatriz Villada Agudelo**, parte demandante, contra el Servicio Nacional de Aprendizaje- en adelante **SENA**, parte demandada.

1. Antecedentes

1.1. La Demanda para el reconocimiento de una relación laboral de la parte accionante como instructora¹

§03. Conforme a la demanda y sus anexos se hará la síntesis de la tesis de la parte demandante.

¹ Fs. 2-22 c. 1

§04. La parte accionante solicitó la nulidad del oficio 2-2017-00563 del 23 de febrero de 2017 expedido por el director del SENA, que negó la petición de la parte demandante para el reconocimiento de una relación laboral y el pago de prestaciones sociales.

§05. A título de restablecimiento del derecho, la parte actora pretende que se declare que existió una relación laboral entre las partes, desde el 19 de junio de 1993 al 30 de junio de 2016, en la prestación de servicios en el cargo de instructor.

§06. En consecuencia, se condene a la demandada al pago de:

§06.1. Elementos salariales y prestacionales: primas de servicio, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, primas de vacaciones, primas de navidad, pago de las bonificaciones por servicios, pago del subsidio familiar, pago del auxilio de transporte, pago del auxilio de alimentos, aumentos salariales legales, horas extras, recargos nocturnos, bonificación por servicios prestados, y todas las prestaciones sociales como beneficios económicos adicionales a que tienen derecho los empleados del SENA.

§06.2. El valor de los aportes al sistema de seguridad social (pensión y salud).

§06.3. Devolución de pagos de retención en la fuente.

§06.4. Indemnización moratoria de que trata la ley 244 de 1995 (pago de las cesantías)

§06.5. Devolución de dineros que se pagaron por concepto de pólizas de cumplimiento.

§06.6. Daños morales de 25 salarios mínimos legales mensuales – en adelante **smlmv-**, por no poder recibir cesantías y prestaciones sociales, como por no acceder a los beneficios de la Ley 1635 de 2013.

§07. Como hechos la parte accionante describió que prestó servicios como instructora al SENA, en las sedes Manizales, La Dorada, Marquetalia, Victoria, Aguadas y Cali, entre el 19 de junio de 1993 al 30 de junio de 2016, a través de varios contratos.

§08. Indica que dentro del vínculo con el SENA se configuraron los elementos esenciales de la relación laboral: **(i)** continua subordinación o dependencia del trabajador al empleador; **(ii)** actividad personal realizada por el trabajador; y, **(iii)** retribución del servicio.

§09. Esto se evidenciaría porque: la parte actora debía portar el delantal distintivo de los “empleados regulares” del SENA; cumplía los horarios entregados por la coordinación académica de la entidad; al finalizar cada trimestre se debía cargar en el aplicativo SENA SOFIA PLUS las notas de cada aprendiz, realizar y entregar la planeación de actividades del siguiente trimestre; debía soportar las visitas que le realizaban para su control por la coordinación académica, el interventor y del instructor de planta, asignado como líder de los instructores de informática y programación por parte de la coordinación académica; debía soportar la verificación del cumplimiento de los horarios y el porte de delantal y carnet; el contrato prohibía la cesión; el contrato preveía el pago de gastos de desplazamiento; y en los correos electrónicos que se le enviaban se le indicaban instrucciones para ejercer las labores.

§10. Pese a que la parte demandante solicitó al SENA el reconocimiento de la relación laboral y el pago de los emolumentos a que tiene derecho, la entidad negó las solicitudes a través del acto demandado.

§11. Como normas violadas se indican los artículos 1, 2, 11, 25 y 53 de la Constitución Política de Colombia; 21 del Código Sustantivo del Trabajo; los decretos 2063 de 1984; 3041 de 1966; 2400 de 1968; y 415 de 1979.

§12. En el concepto de violación se precisó que el SENA se sustrajo de manera simulada de las cargas prestacionales que le correspondían de una relación laboral, además de causarle los perjuicios morales y materiales que se demandan.

1.2. Contestación de la demandada que negó la relación laboral²

§13. La accionada rechazó las pretensiones de la demanda.

§14. Admitió la suscripción de los contratos de prestación de servicios referidos en la demanda con las siguientes salvedades: **(i)** no se presentó una continuada dependencia por cuanto hubo interrupción en la ejecución de los contratos, pues fueron de manera temporal y sus duraciones fueron por tiempos limitados; **(iii)** no tuvo designado ningún cargo en particular; y, **(iv)** dictó cursos distintos durante su contratación con la entidad.

§15. Negó la existencia de la relación laboral, porque los contratistas no hacen parte de la planta de personal, y su vinculación se regula por la Ley 80 de 1993.

§15.1. La demandada propuso las siguientes excepciones: **(i) Prescripción Extintiva Trienal y Bienal:** de acuerdo con el artículo 45 del decreto 3135 de 1968; **(ii) Inexistencia de los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente inexistencia de la relación laboral,** pues no existió laboral al no demostrarse sus elementos esenciales; **(iii) Honorarios no retribución,** debido a que el SENA pagó mensualmente los valores pactados en el objeto contractual; **(iv) Interrupción Contractual,** conforme al artículo 10 del decreto 1045 de 1978, nunca se presentó una continuada dependencia por cuanto hubo interrupción en la ejecución de los contratos; **(v) Cobro de lo no debido,** como existió vínculo laboral no se generó obligación laboral para la entidad; **(vi) Compensación,** de todas las sumas pagadas con ocasión de cada contrato de prestación de servicios, en el evento de que se acceda a las pretensiones; y, **(vii) Genérica.**

§15.2. En el traslado de las excepciones³ la parte demandante insistió en la prosperidad de las pretensiones en razón a que no se genera la prescripción porque las sentencias que declaran el contrato realidad son constitutivas.

1.3. Audiencia inicial, audiencia de pruebas y traslado de alegatos⁴

² fs. 209-232, c. 1

³ Fs. 238 a 239 c. 1A

⁴ fs. 281 a 286, c. 1 A

§16. El proceso fue admitido por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales. Una vez tramitado hasta la audiencia inicial, en la misma se dispuso su remisión por falta de competencia a este Tribunal.

§17. Avocado el proceso por el despacho ponente, en la audiencia inicial se dispuso que la excepción de prescripción se decidiría en sentencia, se fijó el litigio, las partes no llegaron a acuerdo conciliatorio y se decretaron las pruebas; las que fueron recaudadas en dos audiencias, y en la última se dispuso la presentación de alegatos.

§18. **Los alegatos de la parte actora**⁵ enfatizaron que los contratos tuvieron las características de: (i) continuidad; (ii) desarrollaron el objeto misional de la entidad; (iii) igualdad de las funciones de los empleados; (iv) continuada subordinación evidenciada en los testimonios y correos electrónicos enviados a la parte actora; (v) la entidad pagaba gastos de viaje. Adicionó consideraciones especiales sobre el reconocimiento de los aportes a la seguridad social, como de perjuicios morales.

§19. **Los alegatos de la parte demandada**⁶ giraron en torno a que no se demostraron los elementos de una relación laboral, pues no existía un horario de trabajo ni subordinación sino una coordinación de servicios.

§20. El Ministerio Público no presentó concepto.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§21. La Sala es competente para decidir conforme al original artículo 152.2 del CPACA.

2.1. Problemas Jurídicos

§22. ¿La parte demandante tiene derecho a que se declare la existencia de una relación laboral respecto al vínculo contractual como instructor que tuvo con el SENA entre 19 de junio de 1993 al 30 de junio de 2016?

§23. ¿Se configuró en este caso la prescripción?

§24. ¿Es procedente el reconocimiento de todas las pretensiones reclamadas?

2.2. La subordinación como elemento diferenciador entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral

§25. Como se pasará a ver, en el contrato de prestación de servicios el contratista es autónomo e independiente, y ejecuta actividades ocasionales, extraordinarias, accidentales o que exceden temporalmente la capacidad organizativa y funcional de la

⁵ 10AlegatosConclusiónDemandante

⁶ 08AlegatosConclusionDemandado

entidad. En la relación laboral existe una subordinación jurídica del empleado. Entonces, “... *el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios.*”⁷

§26. Los contratos de prestación de servicios los suscriben las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento. Solo podrán celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Estos contratos no generan relación laboral ni prestaciones sociales. Y se celebran por el término estrictamente necesario. (art. 32.3 Ley 80/93)

§27. En el contrato de prestación de servicios el contratista es autónomo. Este contrato se suscribe para “...*aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.*”-sft-⁸

§28. En contrapartida, la relación laboral se configura con tres elementos: (i) cuando una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra, natural o jurídica; (ii) bajo la continua dependencia o subordinación; y, (iii) mediante remuneración. (art. 22 CST). La declaración de la relación laboral es una garantía constitucional de la aplicación del principio de la primacía sobre las formalidades. (art. 53 CP)

§29. En la administración pública, la relación laboral se regula a través del contrato oficial de trabajo o del empleo público. En el empleo las personas tienen una vinculación legal o reglamentaria⁹. (Ley 909/04)

§30. La subordinación diferencia al contrato de prestación de servicios de la relación laboral. La subordinación que trata la ley es jurídica¹⁰, o sea, el empleado consciente una relación jurídica de poder directivo del empleador: ¹¹ “... *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...*”¹²,

§31. La parte demandante debe demostrar que se configuran los elementos de la relación laboral¹³.

⁷ C. Const. sentencia C-154 de 1997

⁸ C.E. sent. mar. 3/11. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad 15001-23-31-000-1999-02528-01(0693-10).

⁹ Younes Moreno, D, (2013), derecho Administrativo Laboral, Bogotá, Editorial Temis S.A.

¹⁰ Propuesto en Italia por LUDOVICO BARASSI en 1901

¹¹ QUINTANILLA ISLAS, Pedro Antonio. La subordinación en el derecho del trabajo. Universidad de Nuevo León. Diciembre de 2002.

¹² C.E. sent. oct. 18/18 M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. 66001-23-33-000-2012-00140-01(1607-14). <http://190.217.24.55:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2124228>

¹³ C.E., sent. ene. 4/16. M.P. Gerardo Arias Monsalve. Exp. 0316-14. Igual sentido sent. may. 10/18. M.P. William Hernández Gómez. Rad. 47001-23-33-000-2014-00123-01(3257-16).

<http://anterior.consejodeestado.gov.co/SENTPROC/F47001233300020140012301S2PARAADJUNTARSENTENCIA20180517110831.doc>

2.3. Caso concreto y análisis probatorio

§32. El artículo 23 del CST señala los elementos esenciales de la relación laboral:

- 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.*

2.3.1. Tacha de los testigos

§33. En este punto debe indicar este Tribunal que aun cuando un testimonio recibido fue tachado por sospecha por el apoderado del SENA, tal circunstancia no impide la valoración de los mismos, sino que exige que ésta sea más rigurosa por parte del Juez de conocimiento, confrontándolo con las demás pruebas obrantes en el proceso y atendiendo las reglas de la sana crítica.

§34. Con base en lo anterior, la Sala precisa que **no** observa que la declaración de LAURA MARCELA VALENCIA MARULAND¹⁴ fuera parcializada o que incurriera en vacilaciones o expresiones que denotaran ánimo revanchista o sesgado frente a la demandada; y aunque eventualmente pudiera pensarse que tiene algún interés indirecto en razón de la demanda que presentó contra la entidad también por la configuración de un contrato realidad, lo cierto es que se observa que ello no se dejó traslucir en su declaración, que además fue coherente, congruente y concordante con los otros medios de prueba allegados. Adicionalmente, se trata de un testigo relevante, dada sus condiciones de persona que observó a la parte accionante en la prestación de servicios en el SENA, lo que le permitió conocer de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se prestó los servicios.

§35. Precisado lo anterior, el Tribunal prosigue con el análisis de los elementos que constituyen el contrato realidad reclamado.

2.3.2. La parte demandante prestó sus servicios personales remunerados a la demandada

§36. La señora **Beatriz Villada Agudelo** prestó los servicios personales remunerados para el SENA, a través de diferentes contratos, con funciones de instructora y como promotora y mercadeo de los servicios del SENA, con pagos mensuales, de la siguiente manera: **(i) docente, instructora o para impartir formación profesional** entre 19/07/1993 al 22/12/1995, y del 16/05/2005 al 31/08/2014; **(ii) en servicios de promoción y mercadeo de servicios** del SENA entre el 19/02/1996 al 31/10/1998:

¹⁴ 05 Audiencia de Pruebas

Contrato y/o orden de trabajo	Fecha inicio	Fecha finalización	Objeto y funciones	Valor contrato
Contrato 151 ¹⁵	19/07/1993	18/12/1993	Apoyar el programa del Plan Nacional de Rehabilitación. Ley 55 de 1985 que en el artículo 16 previó funciones del SENA de capacitación Plan de Rehabilitación.	\$1.699.220
Orden de trabajo 043 ¹⁶	17/02/1994	22/12/1994	Desarrollar labores de formación profesional	\$4.610.569.000
Orden de trabajo 052 ¹⁷	23/01/1995	22/12/1995	Instructora acción social	\$5.742.000
Orden de trabajo # 19 ¹⁸ - Orden 965049 ¹⁹ - Orden 9600517 ²⁰	19/02/1996 18/11/1996 01/02/1996	21/12/1996 18/12/1996 31/07/1996	PROMOCIÓN Y MERCADEO DE SERVICIOS DEL SENA	\$3.600.000 \$ 600.000 \$3.600.000
Orden de trabajo # 29 ²¹ - Orden 970309 ²²	30/01/1997 30/01/1997	29/07/1997 29/07/1997	PROMOCIÓN Y MERCADEO DE SERVICIOS DEL SENA	\$4.140.000
Orden 972206 ²³	14/11/1997	31/12/1997	PROMOCIÓN Y MERCADEO DE SERVICIOS DEL SENA	\$1.055.700
Orden 71 ²⁴ - orden 980520 ²⁵	04/02/1998 02/02/1998	19/03/1998 02/04/1998	PROMOCIÓN Y MERCADEO DE SERVICIOS DEL SENA	\$1.350.000 \$2.700.000
Orden 981660 ²⁶	01/07/1998	31/10/1998	PROMOCIÓN Y MERCADEO DE SERVICIOS DEL SENA	\$2.700.000
Contrato #23 ²⁷	16/05/2005	30/06/2005	Docente en LECTRO ESCRITURA - PROYECTOS	\$8.415.528
Contrato # 70 ²⁸ , modificación y adición	30/08/2005	30/12/2005	Instructor en el Área de Lecto Escritura - Proyectos y Talleres de Convivencia	\$3.913.220
Contrato # 06 y su modificación ²⁹	18/01/2006	30/07/2006	Docente en el Área de Lecto Escritura	\$13.779.498
Contrato 142³⁰	09/08/2006	09/09/2006	Instructora contratista del área de convivencia social de los programas de formación profesional integral del Centro de Comercio y Servicios del SENA Regional Caldas	\$2.618.432
Contrato No 102³¹ y modificación	18/05/2009	18/10/2009	instructora contratista en el área de ética, servicio al cliente y emprendimiento (formación virtual y/o presencial)	\$7.770.960

¹⁵ Cd. F. 207 c. 1 A Beatriz Villada---.pdf p. 23-29 Cd. F. 207 c. 1 A Documentos_7.pdf p. 138¹⁶ Cd. F. 207 c. 1 A Beatriz Villada---.pdf p. 33¹⁷ Cd. F. 207 c. 1 A Documentos_7.pdf p. 186¹⁸ Cd. F. 207 c. 1 A Documentos_7.pdf p. 136¹⁹ Cd. F. 207 c. 1 A Documentos_7.pdf p. 136²⁰ Cd. F. 208 c. 1 A orden 9600517²¹ Cd. F. 208 c. 1 A orden 965049²² Cd. F. 208 c. 1 A orden 970309²³ Cd. F. 208 c. 1 A orden972206²⁴ Cd. F. 208 c. 1 A VILLADA AGUDELO BEATRIZ p.3²⁵ Cd. F. 208 c. 1 A VILLADA AGUDELO BEATRIZ p.5²⁶ Cd. F. 208 c. 1 A VILLADA AGUDELO BEATRIZ p.4²⁷ 01ExpedienteEscaneado p.101 - 109²⁸ Cd. F. 207 c. 1 A Documentos_7.pdf p. 56 a 73²⁹ 01ExpedienteEscaneado p. 113 a 119³⁰ 01ExpedienteEscaneado p. 164 a 168³¹ Cd. F. 207 c. 1 A Documentos_7.pdf p. 297 a 300, 322

Contrato 173³²	18/11/2009	23/12/2009	Instructora contratista del área de emprendimiento, ética y servicio al cliente (formación virtual y/o presencial) de los programas de formación profesional integral del Centro de Comercio y Servicios del SENA Regional Caldas.	\$4.856.2009
Contrato No 24³³	21/01/2010	20-12/2010	Instructor-Tutor contratista, para Impartir formación profesional y apoyar el diseño curricular, por período fijo de 11 meses, y se compromete a entregar en las fechas que el SENA estipule, los reportes estadísticos y registros inherentes al proceso de formación estipulados por el SENA de conformidad con los horarios de formación del Centro de Comercio y Servicios.	\$30.923.200
Contrato NO 63³⁴	01/02/2011	30/06/2011	Instructor contratista, para Impartir formación profesional presencial y/o virtual en el área de Servicio al cliente del Centro de Comercio y Servicios del SENA Regional Caldas.	\$12.926.500
Contrato No 174³⁵		Julio 11 a diciembre 16 de 2011	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 aprendizaje en el área de Servicios al Cliente.	\$13.443.560
Contrato No. 446³⁶ y adición	28/01/2013	27/10/2013	instructor, por período 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 aprendizaje, en el área de gestión administrativa, así como las actividades de capacitación y/o auditoria para el Sistema Integrado de Gestión de Calidad del SENA que acuerden las partes.	\$27.735.840
Contrato No. 957³⁷	28/10/2013	16/12/2013	instructor, por Horas, para la ejecución de acciones de formación profesional, presenciales, en el Centro de Comercio y Servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje, en el área Gestión Administrativa - Archivo y Servicio al Cliente, así como las actividades de capacitación y/o auditoria para el	\$6.232.435

³² 01ExpedienteEscaneado p. 202-208³³ 01ExpedienteEscaneado p. 214-222³⁴ 01ExpedienteEscaneado p. 241-250³⁵ 01ExpedienteEscaneado p. 270 a 278³⁶ 01ExpedienteEscaneado p. 316 a 342³⁷ 01ExpedienteEscaneado p. 302 a 312

			Sistema Integrado de Gestión de Calidad del SENA que acuerden las partes	
Contrato 152³⁸ y modificación	20/01/2014	12/12/2014	instructor, por período 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 aprendizaje, en el área de gestión administrativa, así como las actividades de capacitación y/o auditoria para el Sistema Integrado de Gestión de Calidad del SENA que acuerden las partes.	\$34.281.360
Contrato No 611³⁹	13/02/2015	06/09/2015	instructor, por período fijo, para la ejecución de acciones de formación profesional, virtuales y/o presenciales, en el Centro de Comercio y Servicios, apoyar el desarrollo de las actividades de formación, formulación de proyectos y diseño de actividades de aprendizaje, en el área de Ética.	\$22.014,138

§37. A pesar que la parte demandante señala que se desempeñó como docente en el convenio SENA- CRUZADA SOCIAL entre 01/02/2016 al 30/06/2016, no aparece certificado, constancia ni el respectivo contrato como anexo de la demanda ni en el expediente.

§38. Los contratos cuentan con soportes de pólizas de cumplimiento, como constancias de cumplimiento por parte del interventor del contrato y de los pagos.

2.3.3. De la subordinación jurídica

§39. En materia de relación laboral, el aspecto más problemático es la evidencia de subordinación jurídica.

§40. La sentencia de unificación del Consejo de Estado del 9 de septiembre de 2021 señaló que el indicio más relevante para identificar la relación laboral es la **SUBORDINACIÓN CONTINUADA**:

“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.

³⁸ 01ExpedienteEscaneado p. 352 a 360 – 386 a 388

³⁹ 01ExpedienteEscaneado p. 362 a 372

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.”-sft-

§41. Al respecto, la sentencia del 7 de julio de 2022⁴⁰ del Consejo de Estado señaló la necesidad de “... la demostración del elemento subordinación, acorde con criterios que rigen la actividad probatoria, pueden ser acreditados a través de documentos, y testimonios de terceros, imparciales y directos que hubieren presenciado directamente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron desarrolladas las actividades realizadas por el demandante en cumplimiento de los contratos celebrados con la entidad demandada, pues se hace indispensable para el fallador obtener certeza de la constante sujeción a normas, reglamentos y directrices del contratante que impidan al contratista actuar con total libertad en el cumplimiento del objeto contractual”-sft-

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia 7 de julio de 2022, radicado 2015 00183 01 (1023-2017); C.P. Gabriel Valbuena Hernández.

§42. La prueba puede ser directa: “... *pruebas documentales que demuestren claramente el elemento de subordinación, Vr.gr., llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico, recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas...*”⁴¹ -sft-

§43. Pero deben ser apreciadas junto con las demás pruebas obrantes: “... *también lo es, que tal elemento debe ser apreciado con el conjunto de las pruebas obrantes (testimonios y documental) como uno de los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento.*”-sft-⁴²

§44. Dentro del catálogo de indicios se pueden identificar:

§44.1. **Cláusulas del contrato:** cuáles claramente señalan control: “desempeñar las demás funciones que señale el supervisor”, “acatar instrucciones...”

§44.2. **En cargos de nivel asistencial** (manual de funciones, Decretos 1335 de 1990 para el sector salud, y en general en los Decretos 1569 de 1998 y 785 de 2005, y clasificación de empleos del SENA): uso de uniforme y distintivo, transporte al trabajo por la entidad, cargos que no requieren conocimientos específicos o especializados.

§44.3. **Ejercicio de funciones permanentes:** (i) **criterio funcional:** Por ser labores del ejercicio ordinario de las funciones legales y constitucionales de la entidad, que deben ejecutarse por regla general por un empleo público; (ii) **criterio de igualdad:** por ser labores desarrolladas por personal de planta; (iii) **criterio temporal o de la habitualidad:** por cumplimiento de horario, realización frecuente de la labor, contratación permanente de una misma persona; (iv) **criterio de excepcionalidad:** cuando son actividades nuevas o transitorias por recargo de trabajo, son del giro ordinario de la entidad; si pueden realizarse con personal de planta para labores ocasionales, extraordinarias, accidentales, o labores que temporalmente que excedan la capacidad organizativa y funcional; o requieren conocimientos especializados; y, (v) **criterio de continuidad:** contratación permanente para funciones del giro ordinario de la entidad.

§44.4. **Conjunto de aspectos de índole administrativa:** (i) **horario:** solo modificable por otras personas, cuadros de turnos impuestos por otras personas, disponibilidad permanente, cumplir labores en igualdad de condiciones que los empleados; (ii) presentación de informes estrictos; (iii) recibir instrucciones de superiores; (iv) realizar funciones con implementos dados por el contratante.

§45. En el presente caso, debido a que la parte demandante prestó servicios en dos funciones, instructor y como promotor, se hará el estudio de cada caso:

⁴¹ 20130207 SECCION SEGUNDA- SUBSECCION “B”- Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00653-01(2696-11); 20120216 CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Radicación número: 69001-23-31-000-2003-02588-01(1961-11)

⁴² 20130207 SECCION SEGUNDA- SUBSECCION “B”- Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00653-01(2696-11); 20120216 CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “B” Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Radicación número: 69001-23-31-000-2003-02588-01(1961-11)

2.3.3.1. De los servicios de promoción y mercadeo de servicios del SENA

§46. Como se observará, frente a estos servicios las pruebas no demuestran en forma coherente y suficiente la existencia de una subordinación continuada de la demandante al SENA.

§47. Dichos servicios fueron prestados con pagos mensuales, por sucintas órdenes de servicios, entre el 19/02/1996 al 31/10/1998, de la siguiente manera

Contrato y/o orden de trabajo	Fecha inicio	Fecha finalización	Valor contrato
Orden de trabajo o servicio 19-	19/02/1996	21/12/1996	\$3.600.000
Orden 965049	18/11/1996	18/12/1996	\$ 600.000
Orden 9600517	01/02/1996	31/07/1996	\$3.600.000
Orden de trabajo o servicio 29-	30/01/1997	29/07/1997	\$4.140.000
Orden 970309	30/01/1997	29/07/1997	
Orden 972206	14/11/1997	31/12/1997	\$1.055.700
Orden 71	04/02/1998	19/03/1998	\$1.350.000
orden 980520	02/02/1998	02/04/1998	\$2.700.000
Orden 981660	01/07/1998	31/10/1998	\$2.700.000

§48. De las certificaciones y órdenes de trabajo o servicio allegadas sobre estos servicios: (i) en las órdenes de trabajo se indica que se realiza la promoción y mercadeo de los servicios del SENA, dirigido a empresarios y potenciales aportantes, sin que conste que los servicios se prestan en un espacio físico facilitado por la entidad contratista; (ii) no consta en las mismas ni en el expediente que dichos servicios fueran realizados en un horario; (iii) por lo sucinto de la redacción de las órdenes, no aparecen cláusulas que manifiesten dirección y control efectivo, sino que se indica “... *labor coordinada por la División de Promoción y Mercadeo de Servicios...*”; (iv) no aparece constancia que dichas labores corresponda a las asignadas a servidores de la planta de personal del SENA; y, (v) las órdenes fueron continuas entre 1996 a 1998.

§49. Uno de los aspectos relevantes es que la mayoría de las órdenes que se desarrollaron, se entre cruzaron en los mismos períodos de tiempo. O sea, varias órdenes ampararon el mismo período contractual.

§50. Además, a los testigos llamados al proceso no le constan las prestaciones de servicios de la actora entre 1996 a 1998.

§51. Analizadas las pruebas, en su conjunto, no permiten afirmar que en la prestación se servicios de promoción y mercadeo que la actora realizó al SENA hubiera una subordinación continuada.

2.3.3.2. De los servicios de instructor, docente o para impartir formación

§52. Como se observará, la Sección Segunda del Consejo de Estado no presume la subordinación de los instructores docentes del SENA, por lo que los elementos de la subordinación deben ser demostrados.

§53. En efecto, las sentencias del 30 de enero de 2020 de tutela de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, y del 20 de enero de 2022 de la Subsección A, aclararon que la Sección Segunda no presume que exista subordinación en el caso de los instructores docentes del SENA: “[E]l accionante considera que el fallo objetado desconoció el precedente jurisprudencial vertical, emanado de la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado proferida el 10 de septiembre de 2014 (...) la Sala observa que en dicha providencia se accedió a las pretensiones formuladas por el demandante, efectuando una asimilación de su labor como instructor del SENA a la de los maestros, pues se indicó que al tratarse de docentes el elemento de la subordinación se considera connatural o inherente al ejercicio de dicha actividad, por lo cual era suficiente allegar las órdenes de prestación de servicios docentes para inferir la existencia de una verdadera relación laboral subordinada. Para la Sala, contrario a lo manifestado por el accionante, la decisión antes descrita no resulta vinculante para el Tribunal demandado, ya que si bien es cierto resuelve un asunto de similares contornos fácticos, no corresponde a la posición actual de la Sección Segunda de esta Corporación, tribunal de cierre en asuntos laborales administrativos, ya que ambas subsecciones han optado por aplicar una subregla de derecho distinta, según la cual ‘en esta clase de asuntos la carga de la prueba corresponde a quien pretende demostrar la existencia de la relación laboral’, pues se debe demostrar de forma contundente los elementos del contrato realidad, particularmente, la subordinación continuada.”-sft-

§54. En la sentencia del 3 de marzo de 2022 del Consejo de Estado aclaró que no siempre la vinculación de instructor implicaba una relación laboral: “... la vinculación de instructores es una actividad de especial importancia para la entidad, por ser indispensable para la ejecución de su objeto principal y que esta puede darse a través de una relación legal y reglamentaria, como empleado público de carrera administrativa o provisional, o mediante contrato de prestación de servicios, pues ello ha sido permitido y reglamentado por el Estatuto de Contratación y los manuales de funciones y circulares expedidos por el Sena

§55. En cuanto a las labores de instrucción como funciones misionales del SENA, conforme al artículo 4 de la Ley 119 de 1994, la demandada tiene como dos de sus funciones: “... Impulsar la promoción social del trabajador, a través de su formación profesional integral, para hacer de él un ciudadano útil y responsable, poseedor de valores morales éticos, culturales y ecológicos... Organizar, desarrollar, administrar y ejecutar programas de formación profesional integral, en coordinación y en función de las necesidades sociales y del sector productivo.”

§56. El cargo de instructor se encuentra dentro de la planta de personal del SENA vigente para las fechas de contratación. -Decreto 1424 y 1426 de 1998, 250 de 2004, 2989 de 2008 y 4591 de 2011-

§57. En 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:

Seleccionar estrategias de enseñanza – aprendizaje – evaluación según el programa de Formación Profesional y el enfoque metodológico adoptado.

Seleccionar ambientes de aprendizaje con base en los resultados propuestos y en las características y requerimientos de los aprendices.

Orientar los procesos de aprendizaje según las necesidades detectadas en los procesos de evaluación, metodologías de aprendizaje y programas curriculares vigentes.

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.

Reportar información académica y administrativa según las responsabilidades institucionales asignadas.

Evaluar la formación de los aprendices durante el proceso educativo de acuerdo con le [sic] Manual de Evaluación vigente.

Las demás que le sean asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área del desempeño del empleo. (...)"

§58. En principio, estas funciones denotarían una sujeción y dependencia de quien ejerza ese cargo, al propio tiempo que corroborarían 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.

§59. Por lo anterior, se analizarán la pruebas para determinar sí se demostró una continuada subordinación entre la parte accionante y el SENA.

§60. Mediante los siguientes contratos, la parte demandante prestó servicios como docente, instructor o para la formación:

Contrato y/o orden de trabajo	Fecha inicio	Fecha finalización
Contrato 151	19/07/1993	18/12/1993
Orden de trabajo 043	17/02/1994	22/12/1994
Orden de trabajo 052	23/01/1995	22/12/1995
Contrato #23	16/05/2005	30/06/2005
Contrato # 70, modificación y adición	30/08/2005	30/12/2005
Contrato # 06 y su modificación	18/01/2006	30/07/2006
Contrato 142	09/08/2006	09/09/2006
Contrato No 102 y modificación	18/05/2009	18/10/2009
Contrato 173	18/11/2009	23/12/2009
Contrato No 24	21/01/2010	20-12/2010
Contrato NO 63	01/02/2011	30/06/2011
Contrato No 174	11/07/2011	16/12/2011
Contrato No. 446 y adición	28/01/2013	27/10/2013
Contrato No. 957	28/10/2013	16/12/2013
Contrato 152 y modificación	20/01/2014	12/12/2014

Contrato No 611	13/02/2015	06/09/2015
-----------------	------------	------------

§61. En el archivo administrativo de la parte demandante, se encuentran las constancias de los supervisores sobre la prestación y el cumplimiento de los servicios.

§62. En las cláusulas del contrato, se encuentran las concernientes a la prestación de servicios con instructor o docente, como: “...c) *Desarrollar las actividades adicionales que como instructor se requieran para la ejecución del contrato, d) 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, e) 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, f) Deberá promover entre sus estudiantes y velar por el cumplimiento de las normas de seguridad industrial...*”⁴³; “...b) *Dictar la totalidad de las horas previstas para el cumplimiento de la especialidad que le ha sido encomendada...*”⁴⁴; “...B) *Ejecutar el contrato con autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico, sin perjuicio del cumplimiento que se debe dar al pensum y los contenidos mínimos de los programas de formación, el calendario académico, la programación de clases, las estrategias para evitar la deserción, el lugar, los fines y objetivos misionales, las normas y directrices del SENA. Para ello aplicará las herramientas pedagógicas, criterios de evaluación, adjudicación de calificaciones, entre otros aspectos que considere necesarios, conducentes y pertinentes para garantizar la transmisión de sus conocimientos y la adquisición de competencias por parte de los aprendices, coherentemente con la filosofía institucional...*”⁴⁵

§63. Además, el SENA asumió en la mayoría de contratos, los gastos de viaje, teniendo en cuenta los continuos desplazamientos de la demandante: “*Para el desplazamiento del CONTRATISTA a ciudades fuera del sitio de prestación del servicio, cuando sea EXCEPCIONALMENTE necesario para desarrollo del objeto contractual y de las obligaciones' adquiridas, los gastos de transporte y/o manutención estarán a cargo del SENA, para cuyo reconocimiento y pago se liquidarán conforme la Resolución de viáticos vigente al momento de su causación (debe estar soportada en el CDP respectivo).*”

§64. Además, se adjuntó una plantilla del SENA de servicios de Beatriz Villada Agudelo, del mes de fecha 06/11/2014, del mes de noviembre, donde consta desarrollo curricular del 4 al 28 de noviembre con asignación: Ambiente, taller comunicación asertiva, en el Instituto Educativo José Antonio Galán, la Vereda Alto Bonito, y SENA Maltería.

§65. También se allegaron las siguientes declaraciones, donde se infiere: **(i)** la demandante, aparte del horario habitual, también concertaba horarios con los grupos de estudiantes; **(ii)** había supervisión y presentación de informes; **(iii)** la prestación de los servicios podía ser en las sedes del SENA o en empresas.

⁴³ 01ExpedienteEscaneado p.115

⁴⁴ 01ExpedienteEscaneado p.104

⁴⁵ 01ExpedienteEscaneado p.242

§65.1. La señora LAURA MARCELA VALENCIA MARULANDA⁴⁶ señaló: (i) la declarante era instructora virtual del SENA en Manizales y varios municipios de Caldas; (ii) fue recusada por el apoderado del SENA por sospecha al tener un proceso similar contra el SENA, lo cual aceptó la declarante; (iii) conoce a la parte accionante, desde 2013, quien estaba encargada de la formación de técnicos y tecnólogos, en materia de ética de cursos transversales, en Manizales como Chinchiná, y llevaba 16 o 17 años; (iv) la demandante prestaba servicios en escuelas y colegios en grados 10º y 11º; (v) señala que el horario empezaba desde las 7 o 7:30 am hasta 7 u 8 de la noche; (vi) no le consta si la demandante hacía cursos virtualmente; (vii) se encontraban semanalmente, como una vez al mes en las reuniones de los grupos primarios donde los instructores hacían balances de las labores, en capacitaciones que les hacía el SENA, y cuando entregaban la documentación para el pago; (viii) no le consta quién era el interventor de la actora, pero conoció a los coordinadores de los instructores; (ix) no le consta instrucciones que le hubieran dado a la demandante; (x) los materiales con que trabajaban los instructores eran de ellos; (xi) en el SENA había otra instructora contratista que impartía ética, llamada Nelly Patricia; (xii) la accionante debía cumplir 160 horas mensuales fijas cada mes, según los grupos de formación: “... *si el grupo de formación tiene un horario, los que son de planta, te van los aprendices acá al centro de Maltería, y estudian de 7 de la mañana a 6 u 8 de la noche, porque es una formación continua, tienen pues hora de almuerzo y vuelven, y siguen con la formación, pues son ahí 8 horas que ella tiene diarias, dependiendo los horarios que tenga ese tecnólogo; si fuera de eso tiene un complementario de 40 horas, y es en un municipio y los estudiantes solo pueden tales días, porque eso es concertado con los aprendices, ella cuadra sus horarios para cumplir con esas 4 horas cada semana hasta cumplir las 40 horas que establece el curso, eso depende mucho del grupo y de la concertación que hace con ellos...*”; (xiii) cada mes se presentaban informes de las metas del portafolio, que revisaban los interventores; (xiv) en la plataforma se dejaba constancia de la clase que se enseñaba con los alumnos; (xv) la testigo señala que la formación complementaria son cursos cortos que se dan según la necesidad del mercado que los aprendices solicitan, de variadas horas y modalidades, son abiertos, son los que más oferta tienen; (xvi) si no se alcanzan a cumplir las horas del curso, los instructores solicitan que le asignan cursos complementarios, como también buscan grupos de formación en municipios en colegios o escuelas; (xvii) adicionó que la demandante era muy cumplida y comprometida, lo que no fue reconocido por la entidad.

§65.2. La señora MARÍA AYDEE MARÍN GÓMEZ⁴⁷ describió: (i) era instructora del SENA y conoce a la demandante desde 2009 en el SENA, y cree que ella llevaba ya desde 2000; (ii) informó que la accionante era instructora del SENA, en eventos de divulgación tecnológica y cursos de formación complementaria, en ética, servicio al cliente y temas de emprendimiento; (iii) la actora laboraba en empresas y con aprendices en la regional Caldas, en el Centro de Comercio y servicios y también en los últimos 2 años que estuvo, lo hizo en el INEM cuando el Sena adquirió como esa sede para ampliar la formación; (iv) ambas laboraban en formación presencial en empresas y en el SENA, menos en 2011 que impartió formación virtual; (v) se encontraban cotidianamente porque laboraban en la misma área; (vi) sobre la supervisión, los horarios y la planeación la testigo dijo: “...

⁴⁶ 05 Audiencia de Pruebas

⁴⁷ 07 Audiencia continua de Pruebas

cuando es como era la forma en que le asignaban la formación que usted decía. Pues, hubo épocas en que había que ir y a uno le entregaban las cartas donde le asignaban las empresas. Y otras eran los grupos primarios, donde a uno le decían, bueno, vaya y hable con el jefe de Grupo para que le asigne horas. Cuando le enviaban a uno al final, pues ya empezaban a enviarle a unos correos asignándole las formaciones. Como que esa era la metodología y cuando no había cuando no había grupos, pues la metodología es que le tocaba a uno como instructor conseguir grupos, armar grupos, así fuera, viajando a los municipios, pero tenía que montar grupos y cursos porque había que cumplir con las horas... ”; (vii) sobre el sistema SOFÍA PLUS aclaró que: “... es como un sistema de administra los cursos. Entonces uno tiene que dejar evidencia de la formación en forma virtual, porque por ahí uno debe subir ... las calificaciones...”; (viii) a la demandante no le pagaron prestaciones, a pesar que se trabajaba sábados, domingos, o en la noche, según se generaban los grupos donde podían los estudiante recibir las formaciones; (ix) el SENA entregaba materiales y prestaba computadores para las capacitaciones; (x) en la planta del SENA había instructores; (xi) cuando la formación se hacía en las empresas, el horario no lo imponía el SENA sino que era acordado entre la instructora y el grupo; (xii) el SENA tenía promotores para buscar cursos para ofertar a las empresas, o el SENA aprobaba previamente que la instructora buscara empresas para dar la formación.

§66. De esta manera, se encuentran demostrados los elementos indicadores de una relación laboral: desarrollar funciones de la entidad -CRITERIO FUNCIONAL-, por existir instructores en la planta de personal -CRITERIO DE IGUALDAD- evidenciados en los documentos contractuales, o porque se hayan realizado en forma continuada, especialmente por varios contratos – CRITERIO DE CONTINUIDAD-.

§67. Analizadas las pruebas en conjunto, se tiene demostrados los elementos de la subordinación continuada, en la prestación de servicios de instructor – docente, del SENA para con la demandante.

2.4. Conclusión de la relación laboral

§68. De esta manera, se encuentran demostrados los elementos de la relación laboral de la actora con el SENA, en la prestación de servicios como instructora

§69. Por lo que se declarará no probadas parcialmente las excepciones de “Inexistencia de los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral”, Honorarios no retribución” y “Cobro de lo no debido”, propuestas por el SENA.

§70. Y se declarará la nulidad del acto demandado.

2.5. Prescripción

§71. En sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-5 del 25 de agosto de 2016⁴⁸, la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que, “(...) si quien pretende

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

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”.

§72. Además, la misma sentencia precisó que “(...) en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios”.

§73. En la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁴⁹ el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en el sentido de establecer un período de treinta (30) días hábiles entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término para que no se presente solución de continuidad, sin perjuicio de que se flexibilice en algunos casos en atención a las especiales circunstancias que el Juez encuentre probadas dentro del expediente.

§74. En el presente caso se tienen los siguientes extremos de cada contrato, teniendo en cuenta que la petición ante la entidad se presentó el 01/02/2017 y la demanda se interpuso el 30/07/2019, la fecha límite de prescripción es del 01/02/2014:

Contrato y/o orden de trabajo	Fecha inicio	Fecha finalización	Días hábiles entre contratos	Fecha prescripción 01/02/2014 de acreencia laborales
Contrato 151	19/07/1993	18/12/1993	43	Prescrita
Orden de trabajo 043	17/02/1994	22/12/1994	22	Prescrita
Orden de trabajo 052	23/01/1995	22/12/1995	2300	Prescrita
Contrato #23	16/05/2005	30/06/2005	41	Prescrita
Contrato # 70, modificación y adición	30/08/2005	30/12/2005	13	Prescrita
Contrato # 06 y su modificación	18/01/2006	30/07/2006	7	Prescrita
Contrato 142	09/08/2006	09/09/2006	730	Prescrita
Contrato No 102 y modificación	18/05/2009	18/10/2009	21	Prescrita
Contrato 173	18/11/2009	23/12/2009	19	Prescrita
Contrato No 24	21/01/2010	20-12/2010	31	Prescrita
Contrato No 63	01/02/2011	30/06/2011	7	Prescrita
Contrato No 174	11/07/2011	16/12/2011	513	Prescrita
Contrato No. 446 y adición	28/01/2013	27/10/2013	0	No prescrita

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

Contrato No. 957	28/10/2013	16/12/2013	21	No prescrita
Contrato 152 y modificación	20/01/2014	12/12/2014	19	No prescrita
Contrato No 611	13/02/2015	06/09/2015		No prescrita

§75. A pesar de estar prescritas las acreencias laborales, no lo están los aportes para pensión, porque: “... *en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales...*”⁵⁰

2.6. Restablecimiento del derecho

§76. Como consecuencia de la nulidad, se declarará la existencia de la relación laboral entre las partes, por los siguientes períodos:

Contrato y/o orden de trabajo	Fecha inicio	Fecha finalización
Contrato 151	19/07/1993	18/12/1993
Orden de trabajo 043	17/02/1994	22/12/1994
Orden de trabajo 052	23/01/1995	22/12/1995
Contrato #23	16/05/2005	30/06/2005
Contrato # 70, modificación y adición	30/08/2005	30/12/2005
Contrato # 06 y su modificación	18/01/2006	30/07/2006
Contrato 142	09/08/2006	09/09/2006
Contrato No 102 y modificación	18/05/2009	18/10/2009
Contrato 173	18/11/2009	23/12/2009
Contrato No 24	21/01/2010	20-12/2010
Contrato No 63	01/02/2011	30/06/2011
Contrato No 174	11/07/2011	16/12/2011
Contrato No. 446 y adición	28/01/2013	27/10/2013
Contrato No. 957	28/10/2013	16/12/2013
Contrato 152 y modificación	20/01/2014	12/12/2014
Contrato No 611	13/02/2015	06/09/2015

§77. Se declaran prescritos los derechos laborales y prestaciones sociales derivados de los contratos de prestación de servicios, anteriores al 28/01/2013, excepto en lo relacionado con los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, como se indicará más adelante.

§78. Como parte del restablecimiento del derecho se condenará a la entidad demandada a reconocer y pagar las mismas prestaciones sociales que hubiera percibido un empleado de planta del SENA de igual o similar categoría, correspondientes al lapso por el cual se reconoce la relación laboral y que no incluye los períodos prescritos, esto es: del 28/01/2013 al 27/10/2013; del 28/10/2013 al 16/12/2013; del 20/01/2014 al 12/12/2014; del 13/02/2015 al 06/09/2015. Para la liquidación de tales prestaciones se tomará como referencia el monto pactado como honorarios en cada contrato.

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

§79. Como los aportes a pensiones son imprescriptibles, se declarará que el tiempo laborado por la parte demandante como instructor-docente al servicio del SENA, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en los períodos en los cuales se demostró la existencia de una relación laboral, se debe computar para efectos pensionales, según la tabla anteriormente expuesta.

§80. En ese sentido, la entidad accionada, en el acto de cumplimiento de la sentencia, deberá tomar el Ingreso Base de Cotización o IBC pensional del demandante (los honorarios pactados) dentro de la totalidad de períodos reconocidos como laborados, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

§81. En punto a la devolución de pagos por salud y riesgos laborales, no se condenará al SENA a pagar a favor del accionante los porcentajes de cotización a salud y riesgos laborales que como empleador debió trasladar a los fondos correspondientes dentro del período de contratación irregular. Ni los efectuados en exceso. Esto conforme a la sentencia del 9 de septiembre de 2021⁵¹, donde el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia al respecto, en el sentido de establecer que es ésta es improcedente, pues se trata de valores que se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal:

3.4. Síntesis de las reglas objeto de unificación

(...)

169. La tercera regla determina que frente a 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.

(...)

4.5. Tercer problema jurídico: ¿Resulta procedente la devolución de los aportes al sistema de la Seguridad Social en salud realizados por el 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,⁵² 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». ⁵³ Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

⁵² Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 28 de septiembre de 2016. Radicación 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁵³ Cita de cita: Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Radicado 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

tanto está obligado a hacerlo por la ley⁵⁴, 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».⁵⁵

237. Así las cosas, de conformidad con lo expuesto y frente a lo requerido por el 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. -rft-

§82. Las sumas que deba cancelar la entidad accionada se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula, en donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), por el número 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 para la fecha de causación de la prestación:

$$R = Rh \quad \underline{\text{Índice Final}}$$

$$\quad \quad \quad \underline{\text{Índice Inicial}}$$

§83. Por tratarse de obligaciones de trato sucesivo, dicha fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

2.7. De las demás pretensiones

2.7.1. Perjuicios morales

§84. La parte actora solicitó el reconocimiento y pago de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño moral, a raíz del desconocimiento de la verdadera relación laboral, con las implicaciones prestacionales que ello tuvo.

§85. En un asunto también relacionado con contrato realidad⁵⁶, el Consejo de Estado precisó sobre los perjuicios morales que “*Quien pretende el reconocimiento de esta clase de perjuicios debe acreditar la ocurrencia de los mismos, salvo en aquellos casos en que se presumen*”. *Al respecto, se ha indicado que para que proceda el reconocimiento de la indemnización por concepto de perjuicios morales, es necesario*

⁵⁴ Cita de cita: Situación que también cambia y amerita mención especial con la entrada en vigor del Decreto 1273 de 2018 «Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.1.7, se adiciona el Título 7 a la Parte 2 del Libro 3 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación al pago y retención de aportes al Sistema de Seguridad Integral y Parafiscales de los trabajadores independientes y modifica los artículos 2.2.4.2.2.13 y 2.2.4.2.2.15 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo».

⁵⁵ Cita de cita: Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 25 de agosto de 2016, Radicado: 20130026001; C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁵⁶ 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

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”.

§86. Analizado el expediente, el Tribunal considera que no existe prueba que acredite la afectación moral que supuestamente padeció la parte accionante, por lo que no es procedente acceder a su reconocimiento. En efecto, debe señalarse que las consecuencias propias de adelantar el proceso judicial que finalmente da lugar al reconocimiento de la relación.

2.7.2. Devolución de las sumas descontadas por retención en la fuente

§87. La Sala debe señalar que la declaratoria de existencia de una relación laboral no otorga a la parte accionante ningún tipo de naturaleza tributaria especial, pues la retención en la fuente debe ser practicada tanto a contratistas como a empleados, aunado a que dichas sumas se tornan como un pago anticipado del impuesto de renta – conforme al artículo 367 del Estatuto Tributario–, 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 actor, son temas que debieron ser planteados ante la administración tributaria en la correspondiente declaración del impuesto de renta.

2.7.3. Devolución de lo pagado por concepto de pólizas de cumplimiento

§88. La parte demandante reclamó la devolución del valor de las pólizas únicas de cumplimiento de los contratos de prestación de servicios. Sobre el particular, el Tribunal estima que tal pretensión no está llamada a prosperar, toda vez que las pólizas fueron generadas por el vínculo contractual y no por la relación laboral, buscando garantizar el cubrimiento de daños que pudieran ocasionarse a terceras personas; y la declaración de la relación laboral administrativa no implica la devolución de sumas de dinero que se hubieran producido en virtud del vínculo contractual, pues la finalidad del pago a título de indemnización es el reconocimiento de los emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir.

2.7.4. Reconocimiento y pago de perjuicios materiales (lucro cesante)

§89. Pretende la parte demandante que por este Tribunal se reconozca indemnización por daños materiales (lucro cesante) por la pérdida de la oportunidad de recibir los beneficios económicos de la Ley 1636 de 2013.

§90. Al respecto, en criterio de esta Sala, el hecho de no haber podido percibir el auxilio de protección al cesante que establece la Ley 1636 de 2013 no puede ser objeto de reconocimiento en un proceso de esta naturaleza, habida cuenta que: (i) según unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, el restablecimiento del derecho en estos casos corresponde al reconocimiento económico derivado de la declaratoria de existencia de la relación laboral, constituido por el valor de las prestaciones sociales que por la misma época hubiera tenido derecho quien estuviera vinculado de planta en

la respectiva entidad; (ii) la sentencia declarativa del contrato realidad es constitutiva del derecho y, por lo tanto, no pueden derivarse consecuencias jurídicas anteriores; y (iii) la Ley 1636 de 2013 aplicaba para todos los trabajadores sin importar la forma de su vinculación laboral, por lo que el accionante bien pudo haber realizado las cotizaciones que correspondieran si su finalidad era obtener la protección al cesante que ahora reclama.

2.7.5. Sanción moratoria por la no consignación de cesantías oportunamente

§91. Pidió la parte accionante en la demanda que se condene al SENA al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 50 de 1990, por no haber cancelado y/o consignado oportunamente las cesantías debidas al momento de la terminación de la relación laboral en cada uno de los contratos celebrados.

§92. En relación con este tema, el Consejo de Estado⁵⁷ ha señalado lo siguiente: “*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.*”

§93. En ese sentido, no hay lugar al reconocimiento solicitado.

2.8. De la excepción de compensación

§94. La parte demandada solicitó que se tuviera en cuenta lo pagado por la entidad a la parte actora.

§95. Al respecto, se considera que el SENA no demostró qué sumas pagó por concepto de cada una de las pretensiones que se interpusieron. Además, lo pagado por el SENA a la parte accionante fue a título de honorarios. Y esta sentencia parte de dichos honorarios, para ordenar el pago de las prestaciones laborales, por lo que no se declarará probada esta excepción.

2.9. Costas en primera instancia

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 6 de octubre de 2016. Radicación Exp. 17001-23-33-000-2018-00562-00

§96. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

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

§97. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicando que, en todo caso, se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§98. Se analiza que la parte demandante fundamentó nutridamente de argumentos de principios, normativos y jurisprudenciales, y se demostró la diligencia en la vía administrativa como judicial. Y la parte demandada actuó acuciosamente en el proceso.

§99. De esta manera, se condenará en costas y agencias en derecho a la parte demandada a favor de la demandante. Se fijan agencias en derecho en un (1) salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, conforme al artículo 366 del CGP, el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, y el artículo 188 del CPCACA.

§100. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1988.

§101. Por lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO. DECLARAR no probadas parcialmente las excepciones de “Inexistencia de los elementos propios del contrato realidad, consecuentemente inexistencia del vínculo o relación laboral”, “Honorarios no retribución” y “Cobro de lo no debido”, propuestas por el SENA.

SEGUNDO: NO DECLARAR PROBADAS la excepción de compensación propuesta por el SENA.

TERCERO: DECLÁRASE probada parcialmente la excepción de prescripción extintiva de los derechos laborales y prestaciones sociales derivadas de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora **Beatriz Villada Agudelo** y el SENA, causadas en relación con los períodos laborados con anterioridad al 28 de enero de 2013, excepto en lo relacionado con los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

CUARTO: DECLÁRASE la nulidad del oficio 2-2017-00563 del 23 de febrero de 2017, expedido por el director del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA- Regional Caldas y con el cual negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales

solicitadas por la parte actora con ocasión de la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes.

QUINTO. DECLÁRASE la existencia de un contrato realidad entre la señora **Beatriz Villada Agudelo** y el SENA, por la duración de los contratos con ocasión de los cuales se desempeñó como instructor de dicha entidad, por los siguientes períodos:

Contrato y/o orden de trabajo	Fecha inicio	Fecha finalización
Contrato 151	19/07/1993	18/12/1993
Orden de trabajo 043	17/02/1994	22/12/1994
Orden de trabajo 052	23/01/1995	22/12/1995
Contrato #23	16/05/2005	30/06/2005
Contrato # 70, modificación y adición	30/08/2005	30/12/2005
Contrato # 06 y su modificación	18/01/2006	30/07/2006
Contrato 142	09/08/2006	09/09/2006
Contrato No 102 y modificación	18/05/2009	18/10/2009
Contrato 173	18/11/2009	23/12/2009
Contrato No 24	21/01/2010	20-12/2010
Contrato No 63	01/02/2011	30/06/2011
Contrato No 174	11/07/2011	16/12/2011
Contrato No. 446 y adición	28/01/2013	27/10/2013
Contrato No. 957	28/10/2013	16/12/2013
Contrato 152 y modificación	20/01/2014	12/12/2014
Contrato No 611	13/02/2015	06/09/2015

SEXTO. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNASE** al SENA a reconocer y pagar a favor de la señora **Beatriz Villada Agudelo** las mismas prestaciones sociales que hubiera percibido un empleado de planta del SENA de igual o similar categoría, correspondientes al lapso por el cual se reconoce la relación laboral y que no incluye los períodos prescritos, esto es: del 28/01/2013 al 27/10/2013; del 28/10/2013 al 16/12/2013; del 20/01/2014 al 12/12/2014; del 13/02/2015 al 06/09/2015. Para la liquidación de tales prestaciones se tomará como referencia el monto pactado como honorarios en cada contrato.

SÉPTIMO. DECLÁRASE que el tiempo laborado por la señora **Beatriz Villada Agudelo** como instructora del SENA, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en los períodos en los cuales se demostró la existencia de una relación laboral, se debe computar para efectos pensionales.

OCTAVO. CONDÉNASE al SENA a tomar el Ingreso Base de Cotización o IBC pensional de la parte actora (los honorarios pactados) dentro de la totalidad de períodos reconocidos como laborados, 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, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para lo anterior, en el acto de cumplimiento de la sentencia deberá tener en cuenta los aportes acreditados en este proceso, o los que el demandante acredite de las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos vínculos contractuales. 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.

NOVENO. NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

DÉCIMO. Las sumas que deba cancelar la entidad accionada de acuerdo con lo antes expresado, serán debidamente indexadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, se tendrá en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer dichos ajustes.

DÉCIMO PRIMERO. La entidad demandada dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición en mención.

DÉCIMO SEGUNDO. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación conforme lo determina el CGP, por lo brevemente expuesto. **FÍJASE** en un (1) salario mínimo legal mensual vigente la cuantía estimada en este proceso como agencias en derecho.

DÉCIMO TERCERO. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

DÉCIMO CUARTO. Ejecutoriada esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere, y ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PASCUAL MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ

(Ausente con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía
Sentencia de segunda instancia

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Giovani Andrés Franco Nieto
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
Radicación: 17-001-33-33-001-2021-00113-03
Acto judicial: Sentencia 62

Manizales, veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en Sala Ordinaria de Decisión.

1. Asunto

§01. **Síntesis:** La parte demandante solicita que se reliquide la pensión especial para empleados del INPEC teniendo en cuenta el 75% del promedio de los salarios devengados del último año de servicios según los factores consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. El juzgado de primera instancia accedió a las pretensiones. La sala revoca la sentencia, debido a que el actor no cumple con 500 semanas cotizadas antes de la vigencia del Decreto 2090 de 27 de julio de 2003.

§02. La Sala dicta sentencia de segunda instancia en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** interpuesto por **GIOVANI ANDRÉS FRANCO NIETO**, demandante, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, demandada. El objeto de decisión es el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 22 de junio de 2022 proferida por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda.

2. Antecedentes

2.1. La demanda¹

§03. Se pretende la nulidad de las **Resoluciones: (i) SUB 123516 del 08 de junio de 2020**, a través de la cual Colpensiones negó la reliquidación de la pensión de vejez, el 75% del promedio de los salarios devengados del último año de servicios según los factores consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978; **(ii) SUB 143071 del 06 de julio de 2020 y DPE 11351 del 24 de agosto de 2020** que confirmaron el anterior acto en sedes de reposición y apelación.

§04. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada reliquide la pensión de jubilación a partir del 01 de octubre de 2019 y el 01 de octubre de 2020, con el promedio de los factores salariales percibidos el último año de servicio, conforme el artículo 45 del decreto 1045 de 1978. En subsidio, se reliquide la pensión con los mismos factores devengados los últimos diez años de servicios.

§05. La demanda precisó que el actor: **(i)** nació el 18 de junio de 1979; **(ii)** laboró al servicio del INPEC por 21 años y un mes, completando exactamente 20 años de servicio el 13 de agosto de 2019; **(iii)** mediante la **Resolución SUB 81547 del 27 de marzo de 2020** Colpensiones reconoció pensión al accionante en cuantía de \$1.831.297, a partir del 1 de octubre de 2020; **(iv)** el 21 de mayo de 2020 el actor solicitó que se reliquidara la pensión, con la inclusión de todos los salarios devengados el ultimo año de servicio, consagrados en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978; **(v)** la entidad por la Resolución N SUB 123516 del 08 de junio de 2020 solo actualizó el valor de la pensión y negó la reliquidación; **(vi)** la decisión fue confirmada por las resoluciones N 143071 del 06 de julio de 2020, y 11351 del 24 de agosto de 2020.

§06. Como fundamentos de derecho invocó los artículos 1 y 96 de la ley 32 de 1986, inciso 7 y parágrafo transitorio 5° del Acto legislativo 01 de 2005, artículo 1 del Decreto 1950 de 2005, artículo 45 del decreto 1045 de 1978, artículo 2,29, 53 y 58 de la Constitución Política

§07. Como concepto de violación precisó que el señor **Giovanni Andrés Franco Nieto**, tiene el derecho a percibir una mesada pensional conforme los parámetros y condiciones de la Ley 32 de 1986 en concordancia con el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, teniendo en cuenta la asignación básica devengada durante el último año de servicio, en aplicación a la normativa de los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario consagrado en la Ley 32 de 1986, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y parágrafo 5 del Acto Legislativo 01 de 2005 reglamentado por el artículo 1° del Decreto 1950 de 2005.

1.2. Contestación donde COLPENSIONES se opuso a las pretensiones²

§08. La administradora aceptó los hechos referidos a los actos administrativos que concedieron la pensión, resolvieron la petición de reliquidación, y se opuso a las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda.

¹ 02C1.Exp.pdf.Fs2 a 40/143

² 12C1.Exp.pdf.Fs.1-23/65

§09. Informó que no existe obligación por parte de Colpensiones puesto que el artículo 2º del decreto 691 de 1994 indicó que, a partir de la entrada en vigencia del sistema para los servidores públicos, éstos quedaron sujetos en todo por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993.

§10. Propuso y sustentó como medios exceptivos los siguientes:

§10.1. Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional: Señala que bajo la normativa de la Ley 100 de 1993, se debe aplicar la normatividad anterior vigente, pero solamente con lo relacionado con la edad, semanas y monto, y para calcular el IBL se debe aplicar la norma en vigencia.

§10.2. Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados: Argumenta que los factores salariales pretendidos no se los toma en cuenta para aportar, así, tampoco se los debe considerar al momento de liquidar la pensión, pues se vulneraría la sostenibilidad económica de la entidad y el principio de solidaridad.

§10.3. Improcedencia de reliquidar la prestación pensional: El reconocimiento de la pensión se realizó por ser beneficiario del régimen de transición y la misma debe liquidarse como lo establece la normatividad vigente, sin incluir factores que la misma no señala.

§10.4. Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA: Para que se generen los intereses moratorios, la parte accionante debe presentar reclamación ante la entidad, pues el no hacerlo, no los generara.

§10.5. Prescripción y prescripción del reajuste de la mesada.

§10.6. Buena Fe.

§10.7. Genérica.

1.3. La sentencia que accedió a las pretensiones³

§11. La Juez Primero Administrativo del Circuito sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: SE DECLARA LA NO PROSPERIDAD de las denominadas; “ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional, improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados, improcedencia de reliquidar la prestación pensional, prescripción del reajuste a la mesada pensional, prescripción, improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA y buena fe ”, propuestas por LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en ambos procesos.

³ 21C1.Exp.pdf.Fs. 1-43/43

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos que reconocieron y ordenaron pagar la pensión de jubilación o de los que negaron reconocer y pagar el reajuste de dicha mesada pensional:

...
RAD: 2021-00113: Nulidad de las Resoluciones No. SUB 123516 del 08 de junio de 2020, Resolución No. SUB 143071 del 06 de julio 2020 y la Resolución No. DPE 11351 del 24 de agosto de 2020.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, reliquidar y pagar, la pensión de vejez, en cuantía del 75%, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios anterior a la fecha de retiro definitivo de la siguiente manera;

...
RAD: 2021-00113.mes a

Al señor Giovani Andrés Franco Nieto, además de los ya reconocidos: Asignación básica y bonificación por servicios prestados, los siguientes: Subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad y prima de riesgo, con los respectivos reajustes de ley.

CUARTO: La sumas que se paguen a favor de cada uno los demandantes se actualizará utilizando la fórmula de matemática financiera empleada por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para la actualización del dinero.

QUINTO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, las cuales serán liquidadas conforme al Código General del Proceso. Para el efecto, se tendrán en cuenta las Agencias en Derecho a cargo de la parte demandada y a favor de los demandantes, las cuáles se fijan en la suma de las cuáles se fijan en la suma de SETECIENTOS NOVENTA Y UN MIL PESOS SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL PESOS CON VEINTE CENTAVOS M/CTE (\$791.636.20) equivalentes al 6% de las pretensiones de la demanda, para el caso 1.

Y la suma de DOSCIENTOS OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON VEINTICINCO CENTAVOS M/CTE (\$208.982.25) equivalentes al 6% de las pretensiones de la demanda, para el caso 2.

Lo anterior es equivalente al 6% de las pretensiones de la demanda, conforme lo estipulado en el artículo 5º numeral 1º del Acuerdo PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”, derogatorio del Acuerdo 1887 de 2003...”

§12. El juzgado de primera instancia definió como problema jurídico el siguiente:

¿ Los demandantes tienen derecho a que Colpensiones le reliquide la pensión especial de vejez en calidad de miembro del Cuerpo de Vigilancia y Custodia del INPEC, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados durante el último año de servicios con los factores consagrados en el artículo 45 del

Decreto 1045 de 1978, de conformidad con los parámetros y condiciones establecidos para la pensión de vejez del INPEC en la Ley 32 de 1986, en concordancia con lo estipulado en el parágrafo transitorio 5 del Acto legislativo 01 de 2005, reglamentado por el artículo 1 del Decreto 1950 de 2005?

§13. Realizó un análisis normativo del régimen transición y la normatividad aplicable a los miembros del Cuerpo de Vigilancia y Custodia Penitenciaria Nacional del INPEC en materia pensional La Ley 32 de 1986, lo establecido en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

§14. Explicó que el auto del 4 de febrero de 2020 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, como la sentencia de tutela del 27 de julio de 2017 del Consejo de Estado, ilustraron que: *“Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que al peticionario le es aplicable el régimen de la Ley 32 de 1986 por estar dentro de las excepciones dadas por la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 1 de 2005, la Sala no comparte los argumentos esgrimidos por la UGPP para negar su competencia, en relación a que el señor Márquez Navarro no cumple con el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y como consecuencia de ello no le es aplicable el régimen especial. De lo que se trata es de la inaplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 al señor Márquez Navarro como integrante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional por la prevalencia del régimen especial que le correspondía (L. 32/86), dada la actividad de riesgo por él desempeñada, conforme se explicó.”*

§15. El juzgado acogió dicho pronunciamiento, por lo que infirió: **(i)** el ingreso base de liquidación -en adelante **IBL**- de los miembros de custodia del Inpec, vinculados antes de la vigencia del Decreto 2090 del 26 de julio de 2003, se rigen por las normas de la Ley 32 de 1986 y el Decreto 704 de 1994; **(ii)** aquellos miembros adquieren derecho a la pensión cuando cumplan 20 años de servicios – art. 96 L.32/1986-; **(iii)** la tasa de reemplazo es del 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios – art. 4 L.4/196-; **(iv)** los factores con los que se liquida la pensión son previstos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 – Sent. 22/04/2015 CE rad.0232-14 y 11/04/2019 CE rad. 2630-13.

§16. Sobre la prima de riesgo, a pesar que el artículo 11 del Decreto 446 de 1994 precisa que no tiene carácter salarial, el juzgado señaló que debe considerarse como factor salarial para la pensión, conforme a las sentencias del Consejo de Estado del 7 de mayo de 2015 y del 2 de marzo de 2016.

§17. Referente al subsidio familiar, la bonificación por recreación y la prima de capacitación dragoneantes técnicos, el juzgado estimó que no corresponden a prestación directa de servicios, por lo que no son factores salariales para la pensión, como lo señalan los artículos 6, 15 del Decreto 446 de 1994, y 3 del Decreto 451 de 1984, respectivamente.

§18. Por lo tanto, consideró que, los comprobantes de pago y en la certificación de salarios mes a mes, aportados al expediente, en el último año de servicios al demandante se le cancelaron los siguientes emolumentos: asignación básica mensual, sobresuelo, prima de riesgo, subsidio familiar, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de vacaciones, subsidio de alimentación, subsidio de transporte, prima de navidad, bonificación recreación y vacaciones. Pero Colpensiones liquidó la prestación con base en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, y solo incluyó como factores salariales la

asignación básica mensual y la bonificación por servicios prestados. No obstante, conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado, la prima de riesgo constituye factor salarial a efectos de liquidar pensión de jubilación a los servidores del Inpec.

1.4. La apelación de la demandada la liquidación de la pensión de vejez deberá ser reconocida conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁴

§19. La accionada solicitó que se revoque la sentencia.

§20. Señaló que, conforme a la sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 28 de agosto de 2018, los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los cuales se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al sistema de pensiones. La liquidación del IBL de las pensiones de vejez reconocidas conforme al régimen de transición se deberá realizar teniendo en cuenta el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o el artículo 21 ibidem según corresponda, así como los factores salariales establecidos en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 y artículo 1 del Decreto 1158 del 3 de junio de 1994.

§21. Refirió que la parte actora no cumple con los preceptos de la Ley 33 de 1985, pues es indispensable que el trabajador oficial sirva o haya servido durante 20 años continuos o discontinuo en el sector público. un

1.5. Actuación de segunda instancia⁵

§22. Mediante proveído del 04 de noviembre de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y se corrió traslado de alegatos de conclusión.

1.6. Alegatos de conclusión

§23. Las partes permanecieron silentes.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§24. Conforme al artículo 153 del CPACA este Tribunal es competente para conocer del presente asunto.

2.2. Problema Jurídico

§25. ¿Si al demandante le asiste derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, incluyendo la prima de riesgo, subsidio familiar, y bonificación especial de recreación?

⁴ 23C1.Exp.pdf.Fs..1-7pdf

⁵ 02C2.pdf

2.3. De los servidores del INPEC vinculados después de la Ley 83 de 1986 pero antes del Decreto 2090 de 2003

§26. Como se verá, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de internos en centros carcelarios del Inpec tiene el carácter de alto riesgo. Por tanto, gozan del régimen pensional establecido por el aludido Decreto 2090 de 2003. Sin embargo, este decreto dispuso un régimen de transición consistente en que quienes a 28 de julio de 2003 hubieren cotizado al menos 500 semanas, tendrán derecho a que una vez cumplidas 1000 semanas cotizadas, la pensión de jubilación les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo, esto es, Ley 32 de 1986.

§27. Inicialmente, el artículo 96 de la Ley 32 de 1986 dispuso que “*Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación al cumplir veinte (20) años de servicio, continuos o discontinuos al servicio de la Guardia Nacional, sin tener en cuenta la edad*”.

§28. Luego, el Decreto 407 de 1994, publicado el 21 de febrero de 1994, extendió estas normas al personal del INPEC, excepto al personal administrativo:

“Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que a la fecha de la vigencia del presente decreto se encuentren prestando sus servicios al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, tendrán derecho a gozar de la pensión de jubilación en los términos establecidos en el artículo 96 de la Ley 32 de 1986. El tiempo de servicio prestado en la fuerza pública se tendrá en cuenta para estos efectos.

Con relación a los puntos porcentuales de cotización, serán determinados por el Gobierno Nacional.

Parágrafo 1o. Las personas que ingresen a partir de la vigencia de este decreto, al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, tendrán derecho a una pensión de vejez en los términos que establezca el Gobierno Nacional, en desarrollo del artículo 140 de la Ley 100 de 1993 para las actividades de alto riesgo.

Parágrafo 2o. El personal Administrativo del Instituto se regirá por las normas establecidas en la Ley 100 de 1993.”-sft-

§29. Posteriormente, el Decreto Ley 2090 de 2003, publicado el 28 de julio de 2003, definió los beneficios pensionales para las actividades de alto riesgo, en los que incluyó en el artículo 2.7 los servidores que laboran: “*7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor.*”

§30. Para las pensiones de los que se dediquen a actividades de alto riesgo el decreto 2090 previó estas reglas:

Artículo 3º. Pensiones especiales de vejez. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.

Artículo 4º. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez. La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.

2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003[7].

La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

Artículo 5º. Monto de la cotización especial. El monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.

§31. Sobre su régimen de transición el decreto 2090 indicó que es necesario que la persona cumpla con 500 semanas de cotización a la vigencia de dicho decreto, esto es, el 28 de julio de 2003:

Artículo 6º. Régimen de transición. Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.

Parágrafo. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.

§32. Y el artículo 1º del Decreto 1950 de 2005 reafirmó que quienes hubieran sido vinculados antes de la vigencia del Decreto 2090 de 2003, o sea el 28 de julio de 2003, “... se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, esto es, el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes de conformidad con el Decreto-ley 407 de 1994 en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1835 de 1994”.

§33. En recientes posturas, este Tribunal ha considerado:

§33.1. El Consejo de Estado en sentencia del 12 de abril de 2011⁶ estimó que “... para que a un empleado del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, le fuera reconocida una pensión de jubilación con aplicación del régimen especial previsto en los artículos 96 de la Ley 32 de 1986 y 168 del Decreto 407 de 1994 debía acreditar una de las condiciones descritas en el artículo 36 de la citada Ley 100 de 1993, estas son, edad o tiempo de servicio.”

§33.2. En reciente sentencia del 23 de junio de 2022 el Consejo de Estado estableció que solamente debía tenerse en cuenta el cumplimiento de las 500 semanas de cotización antes del Decreto 2090 de 27 de julio de 2003 para acceder al régimen de transición:

“... como el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 establece unos supuestos para la transición de un régimen especial y al mismo tiempo para un régimen general, se debe dar la interpretación que más favorezca al servidor, es decir, la que permite la aplicación preferente de la regla de transición que le posibilite el reconocimiento de su pensión especial de jubilación, con fundamento en el principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, para lo cual se destaca el siguiente aparte de la mencionada sentencia C-663 de 2007: «en el hipotético caso en que en una situación concreta un trabajador se vea amparado por ambos regímenes de transición, el de la Ley 100 y el del Decreto 2090 de 2003-, lo cierto es que al existir dos normas vigentes y aplicables para una misma situación, debe prevalecer a la luz de la Constitución aquel régimen que resulte más favorable y benéfico para el trabajador involucrado, por tratarse de disposiciones pensionales.».

(...)

35. De esta manera, cuando resulta más favorable, se ha optado por dar aplicación al primer inciso del artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 cuando se acreditan 500 semanas de cotización en actividades de alto riesgo al 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003.

<i>Para el 28 de julio de 2003</i>	<i>Cuando menos 500 semanas en cualquier actividad que haya sido calificada jurídicamente como de alto riesgo</i>
<i>Cotizaciones</i>	<i>Deben cumplir con “el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión”, esto es, un mínimo de 1000 semanas, como lo establece el numeral 2 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Este mínimo de 1000 semanas de cotización debe entenderse como requisito necesario para ser beneficiario de la transición y no como un requisito para</i>

⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B” C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del doce (12) de abril de dos mil once (2011) Radicación número: 11001-03-15-000-2011-00286-00(AC).

acceder al derecho pensional.

36. Así, cumplido lo anterior tendrán el derecho a que la pensión les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.”

§34. En igual sentido la sentencia del 19 de enero de 2023⁷, donde resaltó que desde 2015, la postura de la Sección Segunda ha sido la última expuesta, salvo tres sentencias⁸.

§35. En este orden, de acuerdo con el marco de interpretación vigente de las condiciones previstas en el Decreto 2090 de 2003, para los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC vinculados al servicio con anterioridad a la expedición del Decreto 407 de 1994 y que pretenden adquirir su pensión con base en los mandatos de la Ley 32 de 1986, únicamente resulta posible exigir el requisito de 500 semanas cotizadas para la data de expedición del mencionado Decreto 2090 (28 de julio de 2003), postura que acogió recientemente esta Sala Plural (sentencia de 31 de marzo de 2023, expediente N°170013339008-2020-00206-02).

2.4. Lo demostrado en el proceso y caso concreto

§36. El señor Giovanni Andrés Franco Nieto nació el 18 de junio de 1979⁹. Y según el certificado de información laboral, el actor prestó sus servicios como *Dragoneante* adscrito al INPEC, desde el **13/08/1999** hasta el 30 de septiembre de 2020. Por lo que había prestado servicios por más de 20 años, o sea, 1095 semanas¹⁰.

§37. §38. El INPEC informó que el actor había devengado los últimos diez años de servicios estos elementos salariales: prima de riesgo, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios, bonificación por recreación y subsidio familiar.

⁷ Expediente 20001 23 33 000 2018 00321 01 (3752-2021) con ponencia del Magistrado Rafael Francisco Suárez Vargas

Al respecto consultar las siguientes providencias: i) de la Subsección A: a. 2017-04906-01 (5983-19) mayo de 2021; b. 2011-01522-01(4084-17), febrero de 2020; c. 2011-00900-01(2789-15) febrero de 2020; d. 2015- 00353-01(3044-16) febrero de 2020; e. 2014-00174-01(2689-15) enero de 2020, M.P. William Hernández Gómez; f. 2013-00621-01(1713-14) marzo de 2020; g. 2017-03352-02(1641-19) julio de 2020; h. 2015-00434- 01(4589-18) mayo de 2020, M.P. Gabriel Valbuena Hernández; i. 2012-00916-01(0213-16) junio de 2020; j. 2013-00022-01(1931-14) septiembre de 2020 M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas ii) de la Subsección B: a. 2014-01048-01(2471-15) julio de 2020; b. 2013-01723-01(4598-18) marzo de 2020; c. 2013-01418-01(2814- 14) noviembre de 2020; d. 2013-00329-01(2790-14) noviembre de 2020; e. 2012-00033-01(0510-14) noviembre de 2020; f. 2013-00097-01(3180-14) noviembre de 2020; g. 2011-00431-01(1611-14) noviembre de 2020; g. 2009-01059-01(4770-13) octubre de 2020; h. 2015-04984-01(3270-17) mayo de 2021; i. 2013-03776-01(4057- 15) junio de 2021; j. 2011-00470-01(1885-13) febrero de 2020; k. 2012-00082-01(0391-14) junio de 2017, M.P. César Palomino Cortés; l. 2017-00025-01(4414-17) octubre de 2020; m. 2015-05021-01(3562-17) octubre de 2020; n. 2016-00356-01(2735-17) septiembre de 2020; ñ. 2015-05313-01(3736-17) septiembre de 2020; o. 2013-00937-01(4328-17) agosto de 2020; p. 2012-00561-01(4923-15) agosto de 2020; q. 2011-01408-01(4144- 17) agosto de 2020, r. 2016-00759-00(3482-16) abril de 2019, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez; s. 2015-04999- 01(5735-18) septiembre de 2020; t. 2014-03056-01(0100-17) junio de 2020; u. 2013-90287-01(4214-15) octubre de 2019; v. 2013-00346-01(4956-14) junio de 2019; w. 2011-01096-01(1176-14) mayo de 2019, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁸ Radicados 25000 23 42 000 2013 04113 01 (2338-15) del 28 de octubre de 2016; 63001 23 33 000 2018 00155 01 (3320-19), del 6 de agosto de 2020; y 88001 23 33 000 2014 00006 01 (4678-14), del 22 de octubre de 2020.

⁹ 01 C1.Exp.pdf.Fs 142/143

¹⁰ 01 C1.Exp.pdf.Fs 135/143

§38. Según lo visto en la parte dogmática de este acto judicial, para que al actor se le aplique el régimen de transición, debe cumplir con 500 semanas cotizadas antes de la vigencia del Decreto 2090 de 27 de julio de 2003.

§39. El demandante, del 13 de agosto de 1999 al 27 de julio de 2003 solo tenía 206,43 semanas cotizadas, por lo que no cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición.

§40. De esta manera, se declarará demostrada la excepción de “Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional” propuesta por Colpensiones, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia con respecto al actor, y se negarán las pretensiones.

3. Costas de primera y segunda instancia

§41. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

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

§42. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicando que, en todo caso, se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§43. Se analiza que la parte demandante fundamentó nutridamente de argumentos de principios, normativos y jurisprudenciales, y se demostró la diligencia en la vía administrativa como judicial. Y la parte demandada actuó acuciosamente en el proceso.

§44. Lo anterior, acogiendo la postura del Consejo de Estado, en un caso donde revocó la condena en costas impuesta por este Tribunal así:

“(...) 50. La jurisprudencia de la Sala en materia de costas procesales, ha precisado que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, la cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

51. En el caso, la Sala haciendo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echa de menos alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandante, quien dentro de sus facultades hizo uso de su derecho de acción. Por ello, esta sentencia se abstendrá de condenar al vencido. (...)”

§45. De esta manera, al no encontrarse una generación de expensas que justifiquen su imposición, no se condenará en costas y agencias en derecho a la parte demandante en primera y segunda instancia.

§46. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1988.

§47. Por lo discurrido, la Sala Sexta de Decisión del Honorable Tribunal Administrativo de Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

SENTENCIA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de “Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional” propuesta por Colpensiones

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente y respecto al demandante **Giovani Andrés Franco Nieto**, los numerales, primero, segundo, tercero, cuarto y quinto de la sentencia proferida el 22 de junio de 2022, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor **Giovani Andrés Franco Nieto** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**.

TERCERO: NEGAR las pretensiones del demandante por los argumentos expuestos en este proveído.

CUARTO: No se impondrá condena en **COSTAS** en ambas instancias.

QUINTO: Ejecutoriada esta sentencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



P. Martín Andrés Patiño Mejía
PÚBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ
(Ausente con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Acción:	Acción Popular
Demandante:	Sebastián Ramírez
Demandados:	Oficina de Registro de Instrumentos Pùblicos Aguadas – Caldas
Vinculados:	Superintendencia de Notariado y Registro- Municipio de Aguadas - Caldas
Radicado:	17001233300020210025100
Acto judicial:	Sentencia 61

Manizales, veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sala Ordinaria de Decisión de la presente fecha.

Síntesis: Se pretende que la Oficina de Registro de Instrumentos Pùblicos implemente la atención de las personas sordas y sordociegas con un intérprete. La sala encuentra que durante el trámite se presentó el hecho superado, porque la superintendencia de notariado cuenta con la atención virtual de intérprete a nivel nacional, y no se evidenció en el proceso que en el municipio de Aguadas existiera población sordociega que no pudiera ser cubierta por el servicio de atención implementado.

§01. Esta Sala de Decisión procede a dictar sentencia de primer grado en la acción popular interpuesta por el Personero del municipio de Viterbo – Caldas contra el Instituto Nacional de Vías – en adelante **INVIAS**.

1. Antecedentes

1.1.Tránsito procesal

§02. La demanda fue presentada ante los juzgados de circuito de Aguadas, correspondiéndole al Juzgado Primero, quien admitió la demanda el 1º de junio de 2021.

1.2.La demanda¹

¹ 02EscritoAcciònPopular

§03. La parte accionante formuló demanda de acción popular con los siguientes fundamentos y pretensiones

“El CIUDADANO registrador de instrumentos públicos -sic- de Aguadas Cds, no cuenta en el inmueble donde presta el servicio al público -sic- de Registrador, con lo que manda ley 982 de 2005, art 5 y 8, desconociendo literales, d, l, m entre otros del art 4 ley 472 de 1998, ademas -sic- de desconocer tratados internacionales firmados por Colombia tendientes a evitar todo tipo de desigualdad entre los ciudadanos con limitaciones físicas -sic-, ademas-sic- de las leyes que determine el juez Constitucional en mi accion -sic- popular”

“El accionad-sic-, vulnera derechos colectivos al inaplicar lo que le ordena art 5, 8 ley 982 de 2005, al no contar con un profesional interprete ni profesional guia-sic- interprete de planta en dicho inmueble donde presta el servicio al público-sic-, además -sic- tampoco cuenta con contrato de prestación -sic- de servicio con entidad idonea-sic- autorizada por EL MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL, PARA ATENDER A LA POBLACION OBJETO DE LA LEY 982 DE 2005 ART 5 Y 8, DE LA MISMA MANERA NO SE CUENTA EN DICHO INMUEBLE CON SEÑALES LUMINOSAS, SONORAS, AUDITIVAS, ALARMAS LUMINOSAS QUE ORDENA LA LEY 982 DE 2005,Ç.”

pretensiones

SE ORDENE-sic- AL ACCIONADO CIUDADANO REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PUBLICOS QUE CUMPLA LO QUE LE ORDENA LEY 982 DE 2005, ART 5 , 8

SE CONDENE AL CIUDADANO ACCIONADO EN COSTAS, AGENCIAS EN DERECHO AMI FAVOR -sic-”

1.3. Contestación de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Aguadas- Caldas²

§04. La entidad negó la vulneración de los derechos de los usuarios. Se opuso a las pretensiones de la demanda.

§05. **Propuso las excepciones de:** (i) **Improcedencia medio de control**, porque el actor debió instaurar una acción de cumplimiento; (ii) **inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad**, pues no se solicitó previamente a la autoridad que adoptara las medidas para la protección de los derechos colectivos; y, (iii) **genérica**.

1.4. Contestación de la Superintendencia de Notariado y Registro³

§06. La entidad negó la vulneración de los derechos a la población invidente o sordociegas. Se opuso a las pretensiones de la demanda.

§07. **Propuso las excepciones de:** (i) **Improcedencia medio de control**, porque el actor debió instaurar una acción de cumplimiento; (ii) **inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad**, pues no se solicitó

² 22ContestacionSuperIntendenciaAccionPopular.

³ 23ContestacionAccionPopularRadicado20210005900.

previamente a la autoridad que adoptara las medidas para la protección de los derechos colectivos; **(iii) Improcedencia de solicitud de póliza de cumplimiento**, porque el actor ya por sentado que la entidad ya fue vencida en el proceso; **(iv) Enriquecimiento sin causa**, si se reconoce algún incentivo económico al demandante; **(v) genérica**.

1.5. El Municipio de Aguadas- Caldas permaneció silente⁴

§08. La entidad territorial no contestó la demanda.

1.6. Trámite procesal⁵

§09. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Aguadas por auto del 22 de junio de 2021 declaró la falta de jurisdicción remitiendo el sumario a la jurisdicción administrativa. Le correspondió el conocimiento al Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, quien por auto del 1º de julio de 2021 avocó el conocimiento y fijó fecha para audiencia de pacto de cumplimiento. Por auto del 26 de agosto de 2021 el juzgado declaró la falta de competencia para conocer del proceso, por ser demandada una autoridad del orden nacional. El proceso así fue repartido a este despacho el 5 de octubre de 2021.

§10. A la audiencia de pacto de cumplimiento no concurrió el accionante. Sin embargo, la Superintendencia de Notariado y Registro propuso una fórmula de arreglo que atendería a la población en estado de situación de discapacidad visual y auditiva, por lo que el despacho ponente suspendió la audiencia y citó al actor para la próxima audiencia. Sin embargo, el accionante no asistió a la nueva diligencia, por lo que se declaró fallida el 2 de diciembre de 2021.⁶

§11. Decretadas y practicadas las pruebas, se llamó a las partes para alegatos el 14 de diciembre de 2022⁷. Solamente presentaron alegatos el accionante y la Superintendencia de Notariado y Registro. El Ministerio Público presentó concepto.

§12. **En los alegatos la parte demandante⁸** solicitó “... AMPARAR LA ACCION CONSTITUCIONAL BASADO EN BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD AMPLIO”.

§13. **Los alegatos de la Superintendencia de Notariado y Registro⁹** se basaron en que conforme a la propuesta hecha en la audiencia de pacto de cumplimiento, la entidad ha efectuado las siguientes acciones que demuestran la superación de alguna circunstancia que haya vulnerado los derechos colectivos: **(i)** celebró contratos de prestación de servicios para que intérpretes de lenguaje de señas a

⁴ 23ContestacionAccionPopularRadicado20210005900.

⁵ Expediente digital. 23actaaudienpactoy autopruuebas. 28 ActaAudienciPracPruebas. 33ActaInspecciónJudicial

⁶ 058Actapactodecumplimiento 066Actacontinuacion pacto de cumplimiento

⁷ 091AutoTrasladoAlegatosConclusión

⁸ Expediente digital. 36AlegatosConclusiónPersoneriaViterbo

⁹ Expediente digital. 34AlegatosConclusiónInvias184

nivel nacional; **(ii)** capacitaciones en lenguaje de señas para los funcionarios de las oficinas de registro de las distintas regionales.

§14. **El Agente del Ministerio Público** conceptuó que se cumplen los requisitos para declarar la carencia actual de objeto por hecho superado porque: **(i)** los artículos 5 y 8 de la Ley 982 de 2005 obligan a las entidades estatales a incorporar paulatinamente dentro de los programas de atención al cliente, el servicio de intérprete y guía intérprete para las personas sordas y sordociegas que lo requieran; **(ii)** la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, han considerado que la prosperidad de la acción popular no depende de que exista un daño o perjuicio, pues la posibilidad de que se vulnere un derecho colectivo es razón suficiente para que el juez conceda la acción; **(iii)** respecto de las personas con limitaciones auditivas, de habla o de visión graves, la Constitución establece una protección constitucional reforzada; **(iv)** las instituciones gubernamentales y no gubernamentales que ofrezcan servicios al público, deberán incorporar paulatinamente dentro de los programas de atención al cliente, el servicio de intérprete y guía intérprete para las personas sordas y sordociegas; **(v)** de acuerdo con los documentos allegados por la superintendencia, se desplegó la contratación de profesionales intérpretes en lenguaje de señas, que son atendidos por las diferentes oficinas de registro, de manera virtual y centralizada en la superintendencia; **(vi)** de esta forma, la superintendencia adoptó medidas para superar la posible vulneración de los derechos colectivos, por lo que se configura el hecho superado.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§15. Esta decisión corresponde a este tribunal, conforme al artículo 16 de la Ley 472 de 1998³³ y 152 numeral 14 del CPACA modificado por el artículo 28 de la Ley 2080 de 2021.

2.2. Problemas Jurídicos

§16. ¿Se presentó la vulneración de los derechos colectivos demandados por parte de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Aguadas, Caldas, como por la Superintendencia de Notariado y Registro?

§17. ¿Se presenta en este caso la carencia de objeto por hecho superado?

2.3. Marco Dogmático

§18. Los derechos humanos, incluidos los colectivos, reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fueron adoptados en los artículos 78 a 82 de la Constitución Política de Colombia en 1991, y son protegidos por la acción popular, de índole pública, altruista y preventiva, cuando estos resulten amenazados o vulnerados, por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares que actúen en desarrollo de funciones administrativas que enfatizó en sus caracteres. (art. 88 CP, L.472/1998)

§19. El Honorable Consejo de Estado¹⁰ indicó los siguientes supuestos sustanciales requeridos para la procedencia de las acciones populares: “*A) Una acción u omisión de la parte demandada. B) Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana. Y, C) La relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses.*

§20. El derecho colectivo a la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos “*... está esencialmente constituido por la capacidad que detentan los miembros de una comunidad de convertirse en usuarios o receptores o beneficiarios de aquellas actividades susceptibles de catalogarse como servicios públicos. Esta sola condición, sin embargo, no basta; a esta capacidad debe agregársele el cumplimiento de unos requisitos que deben cumplir los prestadores de estos servicios: eficiencia y oportunidad. Por eficiencia, que como se anotó es un imperativo constitucional de los servicios públicos, debe entenderse la prestación de estos utilizando y disponiendo del mejor modo posible los instrumentos o recursos necesarios para cumplir los fines propuestos; por oportunidad, en cambio, se debe entender la respuesta dentro de un plazo razonable que debe tener un usuario cuando requiera estos servicios, así como la permanencia de la prestación de los mismos. La vulneración de este derecho colectivo entonces se manifiesta cuando se lesione el interés subjetivo de la comunidad a que le presten servicios públicos de manera eficiente y oportuna.*”¹¹

§21. El artículo 8º de la Ley 982 de 2005 dispuso:

“*Las entidades estatales de cualquier orden, incorporan paulatinamente dentro de los programas de atención al cliente, el servicio de intérprete y guía intérprete para las personas sordas y sordociegas que lo requieran de manera directa o mediante convenios con organismos que ofrezcan tal servicio.*

De igual manera, lo harán las empresas prestadoras de servicios públicos, las Instituciones Prestadoras de Salud, las bibliotecas públicas, los centros de documentación e información y en general las instituciones gubernamentales y no gubernamentales que ofrezcan servicios al público, fijando en lugar visible la información correspondiente, con plena identificación del lugar o lugares en los que podrán ser atendidas las personas sordas y sordociegas.”

§22. El Consejo de Estado señaló al respecto: “*...no cabe duda que el conjunto de medidas previstas por la Ley 982 de 2005 representa un desarrollo específico del artículo 47 CP en relación con el mandato de articular una política de integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, “a quienes se prestará la atención especializada que requieran”; ni de que la misma constituye una clara expresión de la denominada acción afirmativa...*”

§23. Además, para la protección de los derechos colectivos de la población en situación de discapacidad auditiva o auditiva-visual – sordos o sordociegos, las

10 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01920-01(AP).

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2007, Rad. No. 54001-23-31-000-2003-00266-01(AP). C.P.: Alier Eduardo Hernández Enriquez.

acciones populares son un mecanismo principal de protección, aunque existan otras acciones, como de cumplimiento o tutela, porque “... *una situación susceptible de amparo constitucional por vía de tutela, no excluye la configuración paralela de un supuesto re conducible al ámbito de los derechos colectivos que podrá ser objeto de valoración por el juez de acción popular. Será necesario, en ese caso, que el comportamiento enjuiciado incida efectivamente sobre los bienes jurídicos que protege este mecanismo procesal. El referido carácter principal de esta acción respecto de la defensa y garantía de los derechos e intereses colectivos disipa cualquier duda sobre su procedencia y pertinencia en esta clase de eventos.*”¹²

§24. Por lo considerado en el argumento inmediatamente anterior, de una vez, se declarará no probada la excepción de “Improcedencia medio de control”, propuesta por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Aguadas y la Superintendencia de Notariado y Registro.

2.4. Consideración especial acerca de la población sordociega

§25. Tal parece que se piensa que la población en situación de discapacidad auditiva – sorda- es igual a la población en situación de discapacidad auditiva-visual (sordociega).

§26. Sin embargo, no son lo mismo. La población en situación de discapacidad auditiva – sorda- puede ver, por lo que su atención se puede realizar visual y virtualmente, con un intérprete. Empero, la población en situación de discapacidad auditiva-visual (sordociega) no tiene esta posibilidad.

§27. En efecto, a través de Helen Keller¹³, una mujer que nació sordociega, y a pesar de ello, logró graduarse de la Universidad Radcliffe College, quien entendía varios idiomas, incluidos griego y latín clásicos, podemos tratar de comprender que una persona sordociega solamente puede conocer el mundo a través del TACTO:

“No recuerdo lo que aconteció en los primeros meses después de mi enfermedad. Únicamente sé que pasaba el tiempo en brazos de mi madre, o prendida de sus faldas mientras ella desempeñaba sus ocupaciones domésticas. Estudiaba al tacto todos los objetos, y me dediqué a observar todo lo que se movía a mi alrededor; así pude enterarme de muchas cosas. No tardé en sentir la necesidad de comunicarme con los demás, y comencé a explicarme por medio de una mimética muy sencilla; decía sí y no con la cabeza; tiraba para decir ven, empujaba para decir vete.

(...) El día más notable de mi vida fue aquel en que mi maestra, Anne Mansfield Sullivan, vino a instalarse junto a mí. No me canso de admirarme, comparando la triste época anterior con la nueva era que inauguró para mí la llegada de mi maestra. Fue el tres de marzo de 1887, tres meses antes de cumplir yo los siete años.

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA
Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA Bogotá, D. C., veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013) Radicación número: 15001-23-31-000-2010-01166-01(AP)

¹³ La historia de mi vida. 2012.

(...) Un día mientras jugaba con mi muñeca nueva, miss Sullivan me puso también entre los brazos mi gran muñeca de trapo, y deletreó muñeca, intentando hacerme entender que la palabra muñeca se aplicaba a los dos objetos.

(...) Bajamos por el sendero hacia el pozo, atraídas por el aroma de la madreselva que lo cubría. Alguien sacaba agua, y la maestra me colocó la mano bajo el chorro. Mientras experimentaba la sensación del agua fresca, escribió miss Sullivan sobre mi mano libre la palabra agua, primero lentamente, después con más presteza. Permanecí inmóvil, con toda la atención concentrada en el movimiento de sus dedos. Súbitamente me vino un confuso recuerdo, de cosa olvidada hacia mucho tiempo; de golpe el misterio del lenguaje me fue revelado. (...) Ingresé en la Escuela Cambridge para señoritas en octubre de 1896, a fin de prepararme para Radcliffe.

(...) Durante el primer curso, las asignaturas eran historia de Inglaterra, literatura inglesa, alemán, latín, aritmética, composición latina y temas de actualidad.

(...) A pesar de todo, encontré obstáculos graves para adelantar. Miss Sullivan no podía deletrearme en la mano todo lo que los libros requerían, y era muy difícil obtener a tiempo los textos en relieve que necesitaba, no obstante, los esfuerzos de mis amistades en Londres y Filadelfia para promover la confección de estos libros especiales. Durante bastante tiempo tuve que copiar mis lecciones de latín en caracteres de Braille, a fin de poder recitarlas como las demás alumnas.”

§28. Es claro que el tratamiento de la población en situación de discapacidad auditiva-visual (sordociega) es más especializado que de los sordos, porque requiere comunicación táctil.

§29. Ciertamente, según la Asociación Colombiana de Sordociegos¹⁴, los sistemas de comunicación son: **(i)** Sistemas Alfabéticos: Deletreo táctil, Escritura en la palma de la mano, Braille Táctil, Tablillas alfabéticas; **(ii)** Sistemas NO Alfabéticos: Voz amplificada, Lengua de señas táctil, LS en campo visual reducido; Comunicación apoyada con dispositivos tecnológicos. (braille)

2.5. Caso concreto y lo probado

§30. Como previamente se indicó, el Consejo de Estado precisa que los presupuestos sustanciales para las acciones populares son: A) *Una acción u omisión de la parte demandada. B) Un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos; peligro o amenaza que no es en modo alguno la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana. Y, C) La relación de causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses.*

2.5.1. La actuación de las entidades demandadas

§31. **Sobre la obligación de las entidades públicas de contar un intérprete**, el artículo 8º de la Ley 982 de 2005 dispuso “... *Las entidades estatales de cualquier orden, incorporan paulatinamente dentro de los programas de atención al cliente, el servicio de intérprete y guía intérprete para las personas sordas y sordociegas*

¹⁴ <https://www.surcoe.org/sistemas-de-comunicacion/>

que lo requieran de manera directa o mediante convenios con organismos que ofrezcan tal servicio.”

§32. La Superintendencia de Notariado y Registro ha realizado acciones tendientes para la atención a través de intérpretes: (i) en instancia de alegatos, la superintendencia informó sobre la implementación de la atención centralizada y virtual de las personas con necesidades especiales de comunicación: sordos, mudos y ciegos; (ii) al efecto allegó dos contratos de prestación de servicios para dos intérpretes, por tres meses, para “*para atender desde el nivel central a los usuarios que lo requieran y sirva de intérprete de lenguaje de señas a nivel nacional, conectando por medio de teams o cualquier otra herramienta que pueda traducir por cámara y micrófono en las oficinas de registro...*”; (iii) los intérpretes también tienen la función de “*... Diseñar y ejecutar un plan de capacitación dirigido a los funcionarios de todas las ORIPS del país y del Nivel Central durante el tiempo y vigencia del contrato en pro de mejorar la atención y asesoría a los ciudadanos con necesidades especiales de comunicación (sordos, mudos y ciegos)...*”; (iv) también se allegó la programación de capacitación efectuada al personal de las oficinas de registro.

§33. A pesar que dicha documentación se aportó con los alegatos, y no se decretó como prueba, se constata en la página web de la superintendencia que ya se implementó la atención presencial con ayuda virtual para el servicio de interpretación en lengua de señas¹⁵:



Inicio Transparencia y Acceso a la Información Pública Atención y servicios a la ciudadanía Participa Áreas Comunicaciones Normatividad

Canales de Atención y Pida Una Cita

Inicio » Atención y Servicios a la Ciudadanía » Canales De Atención Y Pida Una Cita

Canales de Atención y Pida una Cita

Descargue aquí la información de canales de atención en formato PDF

Atención Presencial

Para peticiones de orientación e información: diríjase a la Oficina de Atención al Ciudadano ubicada en la Calle 26 N.º 13-49 Interior 201 de la ciudad de Bogotá, D.C. Horario de atención: lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. en jornada continua.

Servicio de Interpretación en Lengua de Señas. Ley 982 de 2005, Artículo 8.

Para personas con discapacidad auditiva

- En la Oficina de Atención al Ciudadano ubicada en la Calle 26 N.º 13-49 Interior 201 de la ciudad de Bogotá, D.C. Horario de atención: lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. en jornada continua.
- Oficinas de Registro de Instrumentos Púlicos del País. Para la solicitud del servicio de intérprete se debe comunicar previamente al correo ferney.recalde@supernotariado.gov.co para coordinar la respectiva conexión a través de la plataforma Teams.

2.5.1.La situación de riesgo o amenaza de los derechos colectivos

§34. Según se demostró, ya aparece la atención a través de intérprete por el lenguaje de señas, a través del medio virtual. Esto cubriría a la población sorda, y a la sordociega que cuente con un acudiente que le comunique en forma táctil.

¹⁵ <https://www.supernotariado.gov.co/atencion-servicios-ciudadania/canales-de-atencion-y-pida-una-cita/>

§35. Sin embargo, la implementación del servicio de intérprete también debe hacerse a la población sordociega, lo cual difícilmente podría realizarse a través de una cámara y micrófono, cuando el usuario no tenga una persona acudiente que pueda comunicarse en forma táctil.

§36. Para establecer si existe población sordociega que no pueda ser atendida en el municipio de Aguadas, el informe de discapacidad del DANE por departamentos¹⁶, no diferencia entre población sorda de la sordociega, sino que indica que para Aguadas existe una población de 434 personas con alteraciones en los ojos y 251 de los oídos.

§37. De esta manera, no está demostrado que la atención actual con intérprete con lenguaje de señas visual que ofrece la superintendencia, sea insuficiente, porque no se demostró la existencia de población sordociega en Aguadas.

2.5.2.La relación de causalidad

§38. Se encuentra que la Superintendencia de Notariado y Registro ha implementado el intérprete en lenguaje de señas para la población en situación de discapacidad sorda, ciega y muda, que cubre todas las oficinas de registro en forma virtual, incluida la localizada en el municipio de Aguadas.

§39. No se demostró que existiera vulneración respecto a la población sordociega, debido a que no se probó que existiera la misma en el municipio de Aguadas.

2.5.3.El hecho superado en acciones populares

§40. Conforme a la sentencia del 4 de septiembre de 2018¹⁷ del Consejo de Estado, que procedió a: “**UNIFICAR la jurisprudencia en relación con la configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado, dentro de una acción popular, en los siguientes dos sentidos: i) en aquellos casos en que la amenaza a los derechos colectivos subsista no es procedente declarar el hecho superado, aun cuando se verifique que se ha adelantado alguna actuación enderezada a cesar la amenaza o vulneración de los mismos; ii) el hecho de que, durante el curso de la acción popular, el juez compruebe la desaparición de la situación que originó la afectación de derechos colectivos, no es óbice para que proceda un análisis de fondo, a fin de establecer el alcance de dichos derechos.**”

§41. En el presente caso, durante el trámite de la acción popular las entidades demandadas implementaron el intérprete del lenguaje de señas, que puede prestar sus servicios de atención virtual en toda Colombia, incluso en el municipio de Aguadas.

¹⁶ <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/discapacidad>

<https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/discapacidad/CALDAS.xls>

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO- SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO- Bogotá, D. C., cuatro (4) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)- Radicación número: 05001-33-31-004-2007-00191-01(AP)SU

§42. Por lo anterior, se verifica la cesación de la afectación de los derechos colectivos de la población con discapacidad auditiva en Aguadas, y se declarará el hecho superado.

2.6. Condena en Costas

§43. La sentencia de unificación del Consejo de Estado del 6 de agosto de 2019 señaló sobre la condena en costas:

“PRIMERO: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar el alcance de la interpretación del artículo 38 de la Ley 472 de 1998 y su armonización con las disposiciones que regulan el reconocimiento, la condena y la liquidación de las costas, así:

2.1 El artículo 38 de la Ley 472 de 1998 admite el reconocimiento de las costas procesales a favor del actor popular y a cargo de la parte demandada, siempre que la sentencia le resulte favorable a las pretensiones protectorias de los derechos colectivos, y la condena en costas, a la luz del artículo 361 del Código General del proceso, incorpora tanto el concepto de expensas y gastos procesales como el de las agencias en derecho.

2.2 También hay lugar a condenar en costas a la parte demandada, en los componentes de expensas y gastos procesales y de agencias en derecho, cuando haya obrado con temeridad o mala fe. En este último evento, también habrá lugar a condenarlo al pago de la multa prevista en la disposición 38 ibídem.

2.3 Sólo cabe reconocer costas a favor de la parte demandada y a cargo del actor popular, cuando este último actuó temerariamente o de mala fe, caso en el cual también habrá lugar a imponer la multa prevista en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998. No hay lugar a condenarlo cuando la demanda le sea decidida en contra. En este evento la condena en costas sólo admite el reconocimiento de los honorarios y de las expensas, pues al tenor del artículo 364 del Código general del Proceso, es claro que las agencias en derecho no corresponden a los honorarios a los que se refiere la norma, pues ellos se señalan- n relación con los auxiliares de la justicia.

2.4 Conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, armonizado con el artículo 361 del Código General del Proceso, en las acciones populares la condena en costas a favor del actor popular incluye las expensas, gastos y agencias en derecho con independencia de que la parte actora haya promovido y/o concurrido al proceso mediante apoderado judicial o lo haya hecho directamente.

2.5 En cualquiera de los eventos en que cabe el reconocimiento de las costas procesales, bien sea en cuanto a las expensas y gastos procesales o a las agencias en derecho, bien sea a favor del actor popular o de la parte demandada, la condena se hará atendiendo las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso, de forma que sólo se condenará al pago de aquellas que se encuentren causadas y se liquidarán en la medida de su comprobación, conforme con lo previsto en el artículo 366 del Código general del Proceso.

2.6 Las agencias en derecho se fijarán por el juez aplicando las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el actor popular, con

independencia de si actuó directamente o mediante apoderado, u otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

§44. Al efecto, se encuentra que no se generaron costas en el proceso. Además, el actor solo presentó la demanda, y no concurrió a la audiencia de pacto de cumplimiento donde la entidad planteó soluciones para la presente situación, que hubieran facilitado la protección de los derechos colectivos, por lo que no se hará condena en costas.

§45. Por lo anteriormente expuesto, esta Sala Sexta de Decisión del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

SENTENCIA

PRIMERO: DECLARAR la carencia actual de objeto superado, en la acción popular interpuesta por **Sebastián Ramírez** contra la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Aguadas – Caldas, y donde fueron vinculados la Superintendencia de Notariado y Registro y el Municipio de Aguadas - Caldas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Esta sentencia es susceptible del recurso de apelación, en los términos del artículo 37 de la Ley 472 de 1998. Si no es apelada, archívense las presentes diligencias previas las anotaciones respectivas en el programa informático “Justicia Siglo XXI”

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



P. Martín Andrés Patiño Mejía



Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ
(Ausente con permiso)



**Honorable Tribunal Administrativo De Caldas
Sala de Decisión**

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

A.S.100

RADICACIÓN	170013339008201700-410-02
CLASE:	GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA INCIDENTE DE DESACATO (POPULAR)
ACCIONANTE:	JORGEN HERNÁN HOYOS
ACCIONADO:	ALCALDÍA DE MANIZALES -INSTITUTO DE CULTURA Y TURISMO DE MANIZALES- ARCHIVO GENERAL DE LA NACIÓN

Manizales, treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Síntesis: Se ordena revolver el trámite de consulta al juzgado de origen para que sea resuelta la nulidad propuesta por el Municipio de Manizales.

Asunto

Observa el Despacho que el municipio de Manizales, el 17 de mayo del año avante allegó a través de correo electrónico, solicitud de nulidad de todo lo actuado en el trámite procesal en virtud del numeral 5 del artículo 133 del CGP.

Dicha solicitud tiene sustento, en la omisión de practicar las pruebas allegadas y solicitadas ante el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del incidente de desacato.

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta que el fundamento de la solicitud se basa en el trámite efectuado por el juzgado que dio trámite al incidente de desacato, no es esta la instancia judicial que deba resolver la nulidad propuesta.

Por lo anterior, se ordenará devolver el trámite para que sea resuelto por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales.

Resuelve:

Primero: Se ordena devolver el trámite para que sea resuelto por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro de la actuación de Popular promovida por **JORGEN HERNÁN HOYOS** contra de la **ALCALDÍA DE MANIZALES**

Segundo: **Devuélvase**, las diligencias al Juzgado de origen previa anotación en el programa informativo “*justicia Siglo XXI*”

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Pascual Martín Andrés Patiño Mejía

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No.
FECHA: 31/05/2023
Secretario(a)