



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD**  
**DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019**-00**102**-00  
**Demandante:** **MARÍA EUGENIA OCAMPO DÍAZ**  
Demandada: HOSPITAL MILITAR CENTRAL  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **MARÍA EUGENIA OCAMPO DÍAZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 24.824.668 de Neira, actuando a través de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1.1. PRETENSIONES.**

Las pretensiones de la demanda fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 13 de abril de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

**1.2. HECHOS.**

**1.1.1.** La demandante presta sus servicios en el Hospital Militar Central, su vinculación ocurrió el 8 de junio de 1993 y actualmente se desempeña en el cargo de Auxiliar de Servicios en el departamento de Enfermería y ha devengado las siguientes asignaciones básicas:

- 2013: \$1.287.849
- 2014: \$1.387.491
- 2015: \$1.387.491
- 2016: \$1.495.300
- 2017: \$1.436.610

**1.1.2.** La actora labora por el sistema de turnos, los cuales son programados previamente por la entidad.

**1.1.3.** Los desprendibles de nómina de la demandante contienen los valores que devengó por asignación básica y por su trabajo en tiempo extraordinario, en jornada nocturna y en días de descanso obligatorio.

**1.1.4.** El Hospital Militar Central tiene por objeto la prestación de los servicios de salud a los afiliados y beneficiarios de las Fuerzas Militares, de forma permanente e ininterrumpida, de conformidad con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 352 de 1997, razón por la cual, programa a sus servidores para que desarrollen su trabajo por el sistema de turnos.

**1.1.5.** Dada la necesidad de la entidad, los trabajadores prestan sus servicios habitualmente durante todos los días de la semana, en jornada nocturna, en días domingos y feriados que son de descanso obligatorio por disposición legal.

**1.1.6.** La programación de turnos en el Hospital Militar Central se maneja por medio de planillas mensuales, por áreas o servicios y por mes calendario, donde se incluye el nombre del servidor público y su situación administrativa se distingue con la primera letra del respectivo día, siendo que las filas y las casillas correspondientes a los días domingos y lunes festivos, aparecen adicionalmente sombreados.

**1.1.7.** Los días en que la actora no era programada para trabajar, se clasifican como libres y, por tanto, aparecen señalados con la letra "L", en tanto que días en que la demandante presta su turno, se colocan otras distinciones para indicar si corresponde a mañana (M), tarde (T), noche uno (NI) o noche 2 (N2) y el área a la cual fue asignada; o sea que el Hospital Militar Central utiliza diferentes símbolos para identificar la situación en la que diariamente se encuentra cada trabajador, siendo que en las filas de los días domingos o lunes donde no hay la letra "L", significa que la demandante laboró en esa fecha.

**1.1.8.** Los pagos por recargo nocturno, por dominicales y festivos trabajados por la demandante, deben ser cancelados en la nómina del mes siguiente, pues solamente los laborados en diciembre se cancelan en ese mismo mes.

**1.1.9.** La entidad no cancela la totalidad de los salarios causados por recargo nocturno o festivo, porque a pesar de que la ley ordena pagar días, el Hospital solamente liquida horas de trabajo, en el caso de los dominicales y festivos.

**1.1.10.** Los dineros percibidos y los que se ordenen en el presente asunto a favor de la parte actora por trabajar en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, hacen parte del salario con todos los efectos prestacionales que este concepto implica.

**1.1.11.** Los salarios que la demandante percibe o deba percibir por trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario o en días de descanso obligatorio, son excluidos por el Hospital Militar Central de la base para liquidar vacaciones, las primas, auxilios, bonificaciones, subsidios, cesantías e intereses sobre las mismas y aportes a los Sistemas Integrales de Seguridad Social y Parafiscalidad.

**1.1.12.** La actora como empleada del centro hospitalario devenga además del salario básico, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, los siguientes derechos prestacionales: subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y cesantías.

**1.1.13.** La remuneración percibida por la demandante por los derechos prestacionales y los aportes a los Sistemas Integral de Seguridad Social y Parafiscalidad, fueron liquidados con un salario inferior, porque de su base se excluyeron el salario cancelado por concepto de trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días domingos y festivos.

**1.1.14.** La entidad demandada se abstiene de pagar los aportes al Sistema integral de Seguridad Social con base en todos los factores y salarios devengados, como lo disponen los artículos 18 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, toda vez que, al tomar el salario básico de cualquier mes, al cual se le aplica el porcentaje con el cual el trabajador aporta a dicho sistema, el resultado evidencia que dicho aporte se realiza únicamente con el salario básico.

**1.1.15.** A partir del mes de mayo del año 2018 (aportes correspondientes al mes de abril), el centro hospitalario empezó a pagar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social con algunos factores y salarios adicionales al sueldo básico.

**1.1.16.** El 24 de mayo de 2018, la demandante le solicitó al Hospital Militar Central el reconocimiento y pago de los mismos derechos que se reclaman en el presente asunto, petición que fue negada a través de la Comunicación No. E-00022-2018005439 del 19 de junio de 2018, decisión que fue objeto de recurso de reposición, el cual, fue resuelto desfavorablemente mediante el Oficio No. “R-00003-2018011506 del 29 de junio de 2018”.

**1.1.17.** Se convocó al Hospital Militar Central ante la Procuraduría General de la Nación, con el objeto de que se llevara a cabo la audiencia de conciliación extrajudicial, la cual se declaró fallida, debido a que no se llegó a un acuerdo sobre las pretensiones propuestas por la demandante, en virtud de lo dispuesto por el Comité de Conciliación.

## II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 113, 123, 189 y 336 de la Constitución Política; el Decreto Ley 3135 de 1968; los Decretos Nos. 2400 de 1968, 1042 y 1045 de 1978, 2701 de 1988, 1158 de 1994; las Leyes 4 de 1992, 244 de 1995, 344 de 1996, 100 de 1993 (artículo 18) y 1071 de 2006, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Indicó que la demandante presta sus servicios en el Hospital Militar Central por el sistema de turnos, razón por la cual **desarrolla su labor en jornadas diurnas y nocturnas e incluso en días clasificados por la ley como de descanso obligatorio**; sin embargo, la entidad no le paga en su integridad los recargos que por dichos conceptos le asiste el derecho y tampoco los tiene en cuenta dentro del salario que fija la base para la liquidación y pago de los demás derechos de origen laboral.

Precisó que el pago de los salarios para los empleados públicos del Sector Defensa, como es el caso de la actora, se encuentra regulado en la Ley 4 de

1992 y en el Decreto 2701 de 1988, el cual solo establece el régimen prestacional.

Señaló que después de una histórica conquista laboral lograda por ASEMIL, el Hospital Militar Central empezó a cancelar a sus trabajadores los salarios por trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario o en días de descanso obligatorio; no obstante, omite aplicar dichos conceptos para la liquidación y pago de: i) las vacaciones, ii) las prestaciones sociales y iii) los aportes al sistema integral de seguridad social.

Luego de exponer las disposiciones contenidas en los artículos 33 y 39 del Decreto 1042 de 1978, afirmó que la entidad demandada de forma equivocada ha considerado que la existencia del régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 2701 de 1988, excluye la aplicación de las disposiciones complementarias contenidas en las normas generales que rigen a los servidores públicos del Estado, lo que conllevó a que no se diera aplicación al artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, según el cual, los dineros percibidos por concepto de trabajo suplementario constituyen salario y, en consecuencia, debe aplicarse para todos sus efectos.

Aludió que si bien el Decreto 2701 de 1988, señala de forma taxativa los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las vacaciones, las primas las cesantías y sus intereses, lo cierto es que debe complementarse con las normas generales que rigen a los servidores públicos, pues pensar lo contrario sería considerar que la especialidad de dicha normatividad es excluyente, discriminatoria y contraria al principio de progresividad que rige el derecho de trabajo y su remuneración.

En ese sentido, refirió que se debe dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 30 y 31 del Código Civil y, en tal virtud, se debe tener en cuenta que el artículo 6° del Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1159 del mismo año, estableció, entre otros, que la remuneración percibida por el trabajo en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, se contabiliza como base de liquidación al sistema general de pensiones.

Sostuvo que teniendo en cuenta lo contemplado en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, esto es, el establecido en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978.

### **III. CONTESTACIÓN**

Se advierte que, tal como se señaló en Audiencia Inicial llevada a cabo el 13 de abril de 2021, no se tuvo en cuenta la contestación del libelo, toda vez que la demanda fue notificada el 26 de marzo de 2019, razón por la cual la entidad demandada tenía hasta el 21 de junio de la misma anualidad, para contestarla, actuación que realizó hasta el 19 de septiembre de 2019, esto es, de forma extemporánea.

### **IV. ALEGATOS**

#### **4.1. Parte demandante**

La apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **7 de julio del presente año**, solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en el concepto de violación del escrito demandatorio y señalando que la señora María Eugenia Ocampo Díaz percibe en forma continua y permanente salarios por trabajo en días de descanso obligatorio y en jornada nocturna, aunque de forma incompleta, en la medida que el Hospital Militar Central cancela estos derechos por hora y no por día laborado como lo ordenan las normas y de manera inexplicable, en turnos que son de doce horas, solamente cancela once, como se colige de la confrontación que se hace entre las planillas de programación de turnos, los recibos de nómina y certificaciones de pagos allegados al expediente.

Anotó que el Decreto 2701 de 1988, no hace alusión a la forma como deben ser remunerados los servidores públicos del Hospital Militar Central o la forma como deben liquidarse, dado que solo regula el régimen prestacional, razón por la cual la entidad aplica el Decreto Ley 1042 de 1978, para reconocer y

pagar los salarios que se causan por el trabajo que realiza la señora María Eugenia Ocampo Díaz en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Afirmó que el Decreto 2701 de 1988, no señala taxativamente los salarios por trabajo en días domingos y festivos o por recargo nocturno, toda vez que no están expresamente consagrados; sin embargo, ello obedece a que históricamente, el Hospital Militar Central no pagaba los mismos, pero la persistencia de los trabajadores para conquistar sus derechos en forma individual y colectiva, representados y orientados por ASEMIL, permitieron que a finales de la década de los noventa, fueran reconocidos esos derechos y ahora se busca que por vía judicial se logre que la aplicación del criterio salarial (no prestacional) sea integral.

Precisó que dichos conceptos deben tenerse en cuenta al momento de liquidar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, debido a que desde el año 1994, se estableció en forma clara que dichos pagos se deben hacer con base en los factores que en forma expresa se determinan en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 691 de 1994 y 1158 del mismo año, los cuales, por ser irrenunciables e imprescriptibles, deben reconocerse por todo el tiempo en que la parte demandante ha percibido tales rubros.

#### **4.2. Parte demandada**

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **7 de julio de 2021**, manifestó que a la parte demandante no le asiste el derecho a lo deprecado en la presente controversia, debido a que se desempeña como empleada pública del Hospital Militar Central, entidad regulada por el Decreto Ley 2701 de 1988, compendio de carácter especial que establece el régimen prestacional, donde se señala expresamente los factores de salario para liquidar prestaciones sociales, entre los cuales no se encuentran los recargos nocturnos, dominicales y festivos.

Indicó que la entidad demandada no le adeuda suma alguna a la señora María Eugenia Ocampo Díaz, por tales conceptos, como lo acreditan los desprendibles de nómina obrantes en el expediente, pues estos fueron pagados en su totalidad y liquidados para efectos de realizar los aportes al sistema de seguridad social.

Aludió que en el caso de existir una eventual condena respecto a la reliquidación de los aportes al aludido sistema, deberá tenerse en cuenta la prescripción que se predica de las contribuciones parafiscales, en virtud de lo señalado por el H. Consejo de Estado, en sentencia del 26 de marzo de 2009, Consejera Ponente Dra. Ligia López Díaz, dentro del expediente No. 25000-23-27-000-2002-00422-01(16257), que se ocupó de citar.

#### **4.3. Agente del Ministerio Público.**

Se advierte que el señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

En la Audiencia Inicial llevada a cabo el 13 de abril de 2021, se precisó que no había medios exceptivos que resolver a favor de la entidad demandada, dado que contestó la demanda de forma extemporánea; sin embargo, se estudió de oficio la excepción de **pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto**, la cual se declaró probada parcialmente, respecto del reconocimiento y pago del descanso compensatorio por cada dominical o festivo que, se aduce, prestó sus servicios la demandante, con antelación al **31 de diciembre de 2015**.

De otra parte, el Despacho estudiará de oficio la excepción de **prescripción**, en caso de prosperar las súplicas de la demanda.

#### **5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.**

**5.2.1.** Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, en la que se acredita que nació el 25 de marzo de 1967.

**5.2.2.** Resolución No. 623 del 4 de junio de 1993, por medio de la cual el Director del Hospital Militar Central nombró a la señora María Eugenia Ocampo Díaz, en el cargo de Enfermera Auxiliar, 6045 – 07.

**5.2.3.** Acta No. 101, en la cual se dejó constancia que el **8 de junio de 1993**, la demandante tomó posesión del cargo señalado anteriormente.

**5.2.4.** Reporte de semanas cotizadas en pensiones por la actora, expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por el lapso del 1 de enero de 1995 al 31 de diciembre de 2017.

**5.2.5.** Petición elevada el **24 de mayo de 2018**, por medio de la cual la demandante le solicitó al Hospital Militar Central que acepte que le asiste el Derecho al reconocimiento del tiempo extraordinario en que prestó sus servicios, así como a los recargos nocturnos y en días de descanso obligatorio y, en consecuencia, le pague los salarios que trabajó en dichas jornadas y le reliquide las prestaciones sociales.

**5.2.6.** Certificación expedida el 29 de mayo de 2018, mediante la cual la Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central - Ministerio de Defensa Nacional, hizo constar que la demandante presta sus servicios en el centro hospitalario desde el **8 de junio de 1993** y que para ese momento se encontraba activa en el cargo de Auxiliar de Servicios, Grado 6-1, Código 33.

**5.2.7.** Desprendibles de Nómina de la señora María Eugenia Ocampo Díaz, expedidos por el Hospital Militar Central por los periodos comprendidos entre junio y diciembre de los años 2013 a 2017.

**5.2.8. Oficio No. E-00022-2018005439 del 19 de junio de 2018**, a través del cual la Jefe de la Oficina Asesora del Sector Defensa, negó la petición radicada por la actora el 24 de mayo de 2018, señalando que los recargos nocturnos, el tiempo suplementario y en días de descanso obligatorio, le fueron pagados en su integridad y precisó que no hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales, dado que los servidores públicos que laboran en el Hospital Militar Central se rigen por las disposiciones contenidas en el Decreto 2701 de 1988, que establece taxativamente los factores de salario para su liquidación, donde no se contempló los recargos nocturnos, dominicales o festivos.

De otro lado, respecto a los aportes al sistema de seguridad social, indicó que la entidad realiza las cotizaciones, de conformidad con lo señalado en las

disposiciones legales que regulan la materia, situación que igualmente se presenta frente a los aportes parafiscales.

**5.2.9.** Escrito del **29 de junio de 2018**, por medio del cual la demandante interpone recurso de reposición contra la decisión anterior.

**5.2.10. Oficio No. E-00022-2018007248 del 17 de agosto de 2018**, por medio del cual se resuelve desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por la actora, confirmando en su integridad el Oficio No. E-00022-2018005439 del 19 de junio de 2018.

**5.2.11.** Expediente administrativo de la demandante, contentivo de: i) la certificación laboral de la actora; ii) la relación de los valores devengados y cancelados a la demandante por la entidad demandada desde el 1 de enero de 2013 al 30 de junio de 2019 y iii) las planillas de turno y reporte diario de recargos nocturnos, dominicales, festivos y horas extras, desde el mes de **enero de 2013 hasta el mes de mayo de 2019**.

**5.2.12. Oficio No. E-00003-202103053-HMC del 22 de abril de 2021**, por medio del cual el doctor Miguel Ángel Tovar Herrera, Jefe de la Oficina Asesora del Sector Defensa del Hospital Militar Central, certificó el horario laboral que le fue asignado a la demandante, a partir del año 1997 hasta el 18 de abril de 2021.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 13 de abril de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consiste en establecer si la señora María Eugenia Ocampo Díaz tiene o no derecho a: i) que el Hospital Militar Central le reconozca salarialmente el tiempo extraordinario y los recargos nocturnos que afirma fueron laborados, a partir del **1 de enero de 2013**, así como al pago del descanso compensatorio por cada dominical o festivo, desde el **1 de enero de 2016**, con las incidencias en la liquidación de sus prestaciones sociales y ii) a la reliquidación de los aportes al sistema de seguridad social, **durante la vigencia de su relación legal y reglamentaria**, reconociéndole los ajustes de valor de acuerdo con el IPC o subsidiariamente con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, con el objeto de resolver el problema jurídico planteado en precedencia, procede el Despacho a referirse a: i) la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del Hospital Militar Central, ii) el régimen prestacional de los empleados públicos de dicho centro hospitalario, iii) el régimen de seguridad social aplicable a la demandante y iv) los factores base de liquidación para los aportes parafiscales, a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta.

### **5.3.1. Aplicación del régimen general dispuesto para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva, en materia de jornada ordinaria de trabajo a los empleados públicos del Hospital Militar Central.**

Sea lo primero señalar que las disposiciones del régimen especial del Hospital Militar Central no contemplan lo relativo al reconocimiento y pago de los recargos nocturnos, dominicales y festivos, razón por la cual se debe acudir a las normas generales sobre la materia, para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva, esto es, las contenidas en el Decreto 1042 de 1978. Sobre el particular, se pronunció el Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil-, en el Concepto No. 1254 del 9 de marzo de 2000<sup>1</sup>, así:

*“El decreto 2701 de 1988 no regula el asunto de la consulta. **En materia salarial y prestacional los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados al Hospital Militar Central, deben regirse por el régimen especial que habrá de dictar el gobierno nacional. Entre tanto, para efectos del reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos de sus empleados públicos, debe acudirse a la aplicación de las normas generales contenidas en el decreto 1042 de 1978, en la forma precisada en este concepto. También se aplicará a los trabajadores oficiales, de la manera dicha, sin perjuicio de las cláusulas de las convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales vigentes sobre la materia...**”* (negrita del Despacho).

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “D”, mediante providencial del 11 de junio de 2020<sup>2</sup>, con fundamento en el aludido concepto, señaló:

<sup>1</sup> Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, radicación 1254, Referencia: Horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos. Reconocimiento y pago. Hospital Militar Central.

<sup>2</sup> Sentencia del 11 de junio de 2020, Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “D”, Magistrada Ponente: Dra. Alba Lucía Becerra Avella, expediente No.: 11001-33-35-007-2017-00193-01, demandante Luz Elena Silva Sánchez, demandada: Hospital Militar Central.

*“Queda claro entonces que el legislador, en forma reiterada confirió al Gobierno Nacional la facultad de expedir la normatividad especial relativa al régimen salarial de los servidores del Hospital Militar Central, sin embargo, a la fecha esto no ha ocurrido, por tanto, se colige que, en este aspecto **al existir un vacío normativo, este debe llenarse con la aplicación de las normas generales que regulan el asunto, esto es, del Decreto 1042 de 1978...**”.*

### **5.3.2. De la jornada laboral desempeñada por la actora.**

En el artículo 2º de la Ley 269 de 1996 *“Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público”*, se estableció que la jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter **asistencial** en las entidades prestadoras de servicios de salud, podrá ser máximo de doce (12) horas diarias y sesenta y seis (66) semanales, cualquiera sea la modalidad de vinculación, jornada que sólo es dable cumplirla al personal que preste directamente servicios de salud<sup>3</sup>, como es el caso de la actora.

Al respecto, el Consejo de Estado, en el concepto citado líneas atrás, refirió que *“4. La asignación mensual de los servidores del Hospital Militar Central, corresponde a jornadas de 44 horas semanales. Conforme a la ley 269 de 1996 **la jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud, podrá ser máximo de 12 horas diarias y 66 semanales, cualquiera sea la modalidad de vinculación. Esta jornada extendida, sólo es dable cumplirla al personal asistencial que preste directamente servicios de salud y, por tanto, no cubre al personal administrativo de la entidad, ni al de dirección y confianza**”* - negrita fuera del texto-.

Ahora bien, mediante la Resolución No. 1358 del 3 de diciembre de 2018 *“Por la cual se establece la jornada laboral y el horario de trabajo y de atención al usuario en el Hospital Militar Central”*<sup>4</sup>, expedida por la Directora General de dicho centro hospitalario, se dispuso:

**“ARTÍCULO TERCERO.-** *Horario de trabajo. Los servidores públicos del Hospital Militar Central, prestarán sus servicios en el siguiente horario, jornada continua:*

<sup>3</sup> Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Dr.: Flavio Augusto Rodríguez Arce, 9 de marzo de 2000, radicación número: 1254.

<sup>4</sup> [https://www.hospitalmilitar.gov.co/recursos\\_user/resolucion\\_1358\\_de\\_2018.pdf](https://www.hospitalmilitar.gov.co/recursos_user/resolucion_1358_de_2018.pdf)

(...)

*Parágrafo Segundo. Cuando por necesidades de las dependencias se requiera extender o modificar el horario de trabajo el Jefe de la entidad podrá ampliar dicho horario, dentro del marco normativo establecido para la jornada laboral de los servidores públicos. Los servidores públicos que laboren bajo el sistema de turnos para el **Área Asistencial, y Admisiones**, prestarán sus servicios en los siguientes horarios:*

- De 7:00 am. a 1:00 p.m.
- De 1:00 p.m. a 7:00 p.m.
- **De 7:00 p.m a 7:00 a.m.**
- Turno de fin de semana Rotativo: De 7:00 a.m a 7:00 p.m.
- **(El personal asistencial que entrega el servicio deberá permanecer media hora después de su turno)**” (subrayado del Despacho).

Descendiendo al caso en estudio, obra en el expediente la Resolución No. 623 del 4 de junio de 1993, así como la certificación expedida el 29 de mayo de 2018, por la Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, de cuya lectura se advierte que la demandante se vinculó a la entidad el **8 de junio de 1993**, en el empleo de Auxiliar de Servicios, Código 6-1, Grado 33.

A su vez, el doctor Miguel Ángel Tovar Herrera, Jefe de Oficina Asesora del Sector Defensa Oficina Asesora Jurídica, mediante Oficio No. E-00004-202103053 -HMC del 22 de abril de 2021, respecto al horario laboral de la demandante, señaló:

*“(...) Por medio de la presente me permito certificar horario de la señora la señora María Eugenia Ocampo Díaz, el cual de conformidad con la información suministrada por el Servicio de Enfermería y la revisión de archivos (año 1999 al mes de abril del 2021), son:*

(...)

*Del **01 de Mayo de 2008** a la fecha Abril 18 de 2021 desempeña sus funciones en el horario de las **19 horas a las 7.30 horas**, noche intermedia según corresponda.”* (negrita del Despacho).

En ese orden de ideas, se concluye que la actora presta sus servicios en Hospital Militar Central por el sistema de **turnos**, el cual ejerce de forma **habitual** en horas diurnas y nocturnas, así como en días domingos y festivos, razón por la cual labora en una **jornada mixta**.

### **5.3.3. Del reconocimiento y pago de los recargos dominicales y festivos.**

En cuanto al trabajo **ordinario** en días dominicales y festivos el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señaló:

**“ARTÍCULO 39°.- Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos.** Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, **tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.**

*La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrado en la asignación mensual.*

*Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos”. (Resaltado fuera del texto original)*

A su vez, el artículo 40 *ejusdem*, en lo atinente al trabajo **ocasional** en días dominicales y festivos, indicó:

**“ARTÍCULO 40. Del trabajo ocasional en días dominicales y festivos.** (Modificado por los Decretos anuales salariales) Por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.

*Para efectos de la liquidación y el pago de la remuneración de los empleados públicos que ocasionalmente laboren en días dominicales y festivos, se aplicarán las siguientes reglas:*

*a) (Modificado por los Decretos anuales salariales) Modificado tácitamente por el Artículo 12 del Decreto 660 de 2002. Sus empleos deberán tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.*

*b) El trabajo deberá ser autorizado previamente por el jefe del organismo o por la persona en quien este hubiere delegado tal atribución, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las tareas que hayan de desempeñarse.*

*c) El reconocimiento del trabajo en dominical o festivo se hará por resolución motivada.*

**d) El trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario. Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si este fuere menor.**

*Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ocasional en días dominicales y festivos.*

e) *El disfrute del día de descanso compensatorio o la retribución en dinero, se reconocerán sin perjuicio de la asignación ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.*

f) *La remuneración por el día de descanso compensatorio se entiende incluida en la asignación mensual.*” (Negrita fuera del texto original)

Debe señalarse que el trabajo realizado en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria tiene un recargo propio equivalente al doble del valor de un día de trabajo, por lo tanto, debe tasarse en **200%**.

Ahora bien, afirma la apoderada de la demandante que la entidad demandada no le reconoció a su representada en su integridad los recargos nocturnos, dominicales y festivos que laboró el en centro hospitalario desde el **1 de enero de 2013**, razón por la cual, el análisis que realizará el Despacho solo se centrará en determinar si dichos recargos le fueron pagados a la demandante en su totalidad, a partir de la referida fecha y no en la forma en que fueron liquidados, pues sobre dicho aspecto no existe reparo.

Sobre el particular, dado que la actora presta sus servicios de forma habitual en el Hospital Militar Central por el sistema de turnos, para efectos de retribuir su labor, le resulta aplicable el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, de tal forma que le asiste el derecho a **percibir su equivalente en dinero, más el disfrute de un día de descanso compensatorio**, sin perjuicio de la remuneración ordinaria por haber trabajado el mes completo, como lo contempló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto No. 2422 de 2019<sup>5</sup>, así:

*“... El carácter esencial del servicio público de salud y su prestación de manera continua e ininterrumpida lleva a que, dada la existencia de una jornada laboral máxima, **los empleados públicos vinculados a ese servicio laboren habitualmente domingos y festivos por el sistema de turnos.***

*Como lo sostuvo la Sala en el Concepto 1254 de 2000, la noción de **habitualidad está referida a la naturaleza del servicio, de manera que, si este no es susceptible de interrupción y, por tanto, debe garantizarse su continuidad y permanencia, normalmente todos los días -incluidos, claro está, los domingos y festivos-, el trabajo se tornará en «habitual y permanente».** Este es el caso de quienes*

---

<sup>5</sup> <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=105933>

**laboran en el servicio de salud los domingos o festivos por el sistema de turnos, o lo hacen como parte de la jornada ordinaria.**

En la mencionada oportunidad la Sala citó el criterio de la Sección Segunda de esta Corporación, que, en sentencia de 13 de agosto de 1.998, expediente 2198, precisó:

**«...el trabajo habitual u ordinario en dominical y festivo, es aquél que se presta en forma permanente, aun cuando el empleado lo haga por el sistema de turnos, pues la permanencia se refiere es a la habitualidad del servicio, como sería el que se presta en un hospital...».**

(...)

Ahora, si el carácter esencial del servicio público de salud y su prestación de manera continua e ininterrumpida lleva a que los empleados laboren habitualmente domingos y festivos en un turno de 12 horas, **necesariamente tendrá que reconocerse un día de descanso compensatorio**

(...)

**En atención a que el derecho al descanso del trabajador es fundamental y que las normas laborales vigentes para los empleados públicos -vr. gr. Decreto Ley 1042 de 1978 o la Ley 269 de 1996-, no establecen un número de horas laboradas en dominical o festivo, para tener derecho al descanso compensatorio, la Sala concluye que la prestación del servicio de manera habitual los domingos y festivos por el sistema de turnos, conlleva para el trabajador el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, según lo establece el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, sin importar las horas que se le asignen para completar su jornada laboral por el sistema de turnos”.**

Bajo el anterior criterio, se concluye que normativamente no se ha determinado un número de horas laboradas en dominical o festivo, **para que el servidor tenga derecho al descanso compensatorio**, razón por la cual debe disfrutar de un día completo sin importar las horas que se le asignen para completar su jornada, por el sistema de turnos; sin embargo, su remuneración se **liquidará en proporción a las horas que efectivamente prestó sus servicios**<sup>6</sup>.

Al respecto, obran en el plenario las planillas de turno y los reportes diarios, expedidos por la entidad demandada, de los que se puede establecer que la demandante laboró en **horas dominicales y festivas**, así:

<sup>6</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – sentencia del 5 de octubre de 2006, M. P. Dr. Alberto Arango Mantilla, expediente 2005-5721.

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.  
Expediente: 11-001-33-35-018-2019-00102-00

AÑO	MES	RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS
2013	ENERO	20
	FEBRERO	17,5
	MARZO	27,5
	ABRIL	25
	MAYO	32,5
	JUNIO	37,5
	JULIO	30
	AGOSTO	32,5
	SEPTIEMBRE	22,5
	OCTUBRE	32,5
	NOVIEMBRE	25
	DICIEMBRE	27,5
<b>TOTAL</b>	<b>330</b>	

AÑO	MES	RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS
2014	ENERO	30
	FEBRERO	25
	MARZO	30
	ABRIL	25
	MAYO	30
	JUNIO	17,5
	JULIO	12,5
	AGOSTO	42,5
	SEPTIEMBRE	25
	OCTUBRE	32,5
	NOVIEMBRE	35
	DICIEMBRE	37,5
<b>TOTAL</b>	<b>342,5</b>	

AÑO	MES	RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS
2015	ENERO	10
	FEBRERO	25
	MARZO	35
	ABRIL	37,5
	MAYO	37,5
	JUNIO	17,5
	JULIO	12,5
	AGOSTO	37,5
	SEPTIEMBRE	25
	OCTUBRE	32,5
	NOVIEMBRE	30
	DICIEMBRE	37,5
<b>TOTAL</b>	<b>337,5</b>	

AÑO	MES	RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS
2016	ENERO	40
	FEBRERO	25
	MARZO	30
	ABRIL	32,5
	MAYO	37,5
	JUNIO	32,5
	JULIO	12,5
	AGOSTO	32,5
	SEPTIEMBRE	25
	OCTUBRE	37,5
	NOVIEMBRE	37,5
	DICIEMBRE	30
<b>TOTAL</b>	<b>372,5</b>	

AÑO	MES	RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS
2017	ENERO	30
	FEBRERO	25
	MARZO	25
	ABRIL	40
	MAYO	35
	JUNIO	30
	JULIO	5
	AGOSTO	35
	SEPTIEMBRE	32,5
	OCTUBRE	30
	NOVIEMBRE	37,5
	DICIEMBRE	37,5
<b>TOTAL</b>	<b>362,5</b>	

AÑO	MES	RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS
2018	ENERO	30
	FEBRERO	25
	MARZO	45
	ABRIL	25
	MAYO	30
	JUNIO	22,5
	JULIO	5
	AGOSTO	37,5
	SEPTIEMBRE	25
	OCTUBRE	12,5
	NOVIEMBRE	37,5
	DICIEMBRE	35
<b>TOTAL</b>	<b>330</b>	

AÑO	MES	RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS
2019	ENERO	30
	FEBRERO	25
	ABRIL	25
	MAYO	22,5
<b>TOTAL</b>	<b>102,5</b>	

Ahora bien, de la certificación expedida el 10 de septiembre de 2019, por la doctora María Andrea Grillo Roa, Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa y los reportes de nómina que reposan en el expediente, se evidencia que la entidad demandada le canceló a la actora por dicho concepto, las siguientes horas:

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.  
Expediente: 11-001-33-35-018-2019-00102-00

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2013	ENERO	
	FEBRERO	18
	MARZO	16,5
	ABRIL	26,5
	MAYO	23
	JUNIO	29,5
	JULIO	34,5
	AGOSTO	34,5
	SEPTIEMBRE	36
	OCTUBRE	21,5
	NOVIEMBRE	29,5
	DICIEMBRE	54
<b>TOTAL</b>		<b>323,5</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2014	ENERO	
	FEBRERO	28
	MARZO	23
	ABRIL	28
	MAYO	28
	JUNIO	34,5
	JULIO	16,5
	AGOSTO	11,5
	SEPTIEMBRE	39,5
	OCTUBRE	23
	NOVIEMBRE	29,5
	DICIEMBRE	33
<b>TOTAL</b>		<b>322,5</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2015	ENERO	
	FEBRERO	10
	MARZO	23
	ABRIL	33
	MAYO	34,5
	JUNIO	34,5
	JULIO	16,5
	AGOSTO	18
	SEPTIEMBRE	34,5
	OCTUBRE	23
	NOVIEMBRE	28
	DICIEMBRE	34,5
<b>TOTAL</b>		<b>317,5</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2016	ENERO	
	FEBRERO	31,5
	MARZO	23
	ABRIL	39,5
	MAYO	29,5
	JUNIO	34,5
	JULIO	29,5
	AGOSTO	18
	SEPTIEMBRE	29,5
	OCTUBRE	23
	NOVIEMBRE	34,5
	DICIEMBRE	28
<b>TOTAL</b>		<b>355</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2017	ENERO	
	FEBRERO	28
	MARZO	23
	ABRIL	23
	MAYO	36
	JUNIO	33
	JULIO	34,5
	AGOSTO	5
	SEPTIEMBRE	33
	OCTUBRE	23
	NOVIEMBRE	34,5
	DICIEMBRE	34,5
<b>TOTAL</b>		<b>342</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2018	ENERO	
	FEBRERO	28
	MARZO	23
	ABRIL	34,5
	MAYO	36
	JUNIO	28
	JULIO	28
	AGOSTO	5
	SEPTIEMBRE	28
	OCTUBRE	23
	MESES ANT.	1
	NOVIEMBRE	11,5
DICIEMBRE	34,5	
<b>TOTAL</b>		<b>313,5</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2019	ENERO	
	FEBRERO	28
	ABRIL	24,5
	MAYO	29,5
<b>TOTAL</b>		<b>82</b>

Conforme a lo anterior, tenemos que por el periodo comprendido entre los años 2013 y 2019, la demandante trabajó **2177,5 horas** dominicales y festivas, de las cuales la entidad demandada canceló **2056 horas**, quedando un saldo pendiente por sufragar de **121.5 horas**, que corresponden a las siguientes anualidades:

AÑO	TOTAL RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS	TOTAL RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS	PENDIENTES POR PAGAR
2013	330	323,5	6,5
2014	342,5	322,5	20
2015	337,5	317,5	20
2016	372,5	355	17,5
2017	362,5	342	20,5
2018	330	313,5	16,5
2019	102,5	82	20,5
<b>TOTAL</b>	<b>2177,5</b>	<b>2056</b>	<b>121,5</b>

Por consiguiente, le asiste razón a la apoderada de la parte actora, al manifestar que la entidad no remuneró en su integridad los recargos que por dichos conceptos debe percibir la señora María Eugenia Ocampo Díaz, como se evidencia de la confrontación de la programación de su jornada, de los desprendibles de nómina y del certificado expedido el 10 de septiembre de 2019, por dicha entidad, pues conforme con lo previsto en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, la demandante tiene derecho a percibir una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por el tiempo que prestó sus servicios en horas dominicales y festivas, independientemente del disfrute del compensatorio, razón por la cual se accederá a las súplicas de la demanda sobre esta pretensión, ordenándose la liquidación de las horas laboradas en dichos días, en el porcentaje establecido en la citada normatividad.

No obstante, en consideración a que el Hospital Militar Central le pagó a la actora el tiempo que prestó sus servicios en días dominicales y festivos con el 100%, esto es, como una jornada ordinaria, lo conducente es que la entidad le cancele los recargos que le adeuda, con el **100% restante**.

#### **5.3.4. Del reconocimiento y pago de los recargos nocturnos.**

El artículo 34 del Decreto 1042 de 1978, respecto de la jornada ordinaria nocturna, dispone:

**“ARTÍCULO 34. De la jornada ordinaria nocturna.** Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las **6 p.m. y las 6 a.m.**, del día siguiente.

*Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, **los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.***

*No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.*

*Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo”. (Negrilla del Despacho).*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, la jornada **ordinaria nocturna es la ejercida entre las 6:00 p.m. y 6:00 a.m. del día siguiente**, en tanto que la jornada ordinaria diurna es la que se desempeña entre las 6:00 a.m. hasta las 6:00 p.m.

Respecto a las **jornadas mixtas**, el artículo 35 del mencionado decreto, contempló:

**“Artículo 35°.- De las jornadas mixtas.** Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turno, **cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso.**

*Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo”. (Resaltado del Despacho).*

De la normatividad transcrita, ha de precisarse que el trabajo realizado por los empleados públicos que desarrollen su labor ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y nocturnas, estas últimas se compensan **con un recargo del 35% o con períodos de descanso.**

Igual consideración debe hacerse en relación con el reconocimiento de las horas dominicales y festivas nocturnas, en la medida que al valor doblado de trabajo se le debe incrementar el **235%**.

Ahora bien, según las planillas de turnos y reportes diarios de la actora, se advierte que por el tiempo comprendido entre las entre las **6:00 p.m. y 6:00 a.m. del día siguiente**, desarrolló su labor, así:

AÑO	MES	SUBTOTAL		TOTAL RECARGOS NOCTURNOS
		RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	
2013	ENERO	104	17	121
	FEBRERO	105	16	121
	MARZO	95	26	121
	ABRIL	121	22	143
	MAYO	110	22	132
	JUNIO	105	27	132
	JULIO	116	27	143
	AGOSTO	110	22	132
	SEPTIEMBRE	133	21	154
	OCTUBRE	121	22	143
	NOVIEMBRE	55	22	77
	DICIEMBRE	54	23	77
<b>TOTAL</b>		<b>1229</b>	<b>267</b>	<b>1496</b>

AÑO	MES	SUBTOTAL		TOTAL RECARGOS NOCTURNOS
		RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	
2014	ENERO	122	21	143
	FEBRERO	99	22	121
	MARZO	105	27	132
	ABRIL	116	16	132
	MAYO	116	27	143
	JUNIO	61	16	77
	JULIO	55	11	66
	AGOSTO	122	32	154
	SEPTIEMBRE	121	22	143
	OCTUBRE	110	22	132
	NOVIEMBRE	100	32	132
	DICIEMBRE	94	27	121
<b>TOTAL</b>		<b>1221</b>	<b>275</b>	<b>1496</b>

AÑO	MES	SUBTOTAL		TOTAL RECARGOS NOCTURNOS
		RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	
2015	ENERO	89	10	99
	FEBRERO	110	22	132
	MARZO	111	32	143
	ABRIL	116	27	143
	MAYO	110	33	143
	JUNIO	94	16	110
	JULIO	44	11	55
	AGOSTO	116	27	143
	SEPTIEMBRE	121	22	143
	OCTUBRE	66	22	88
	NOVIEMBRE	94	27	121
	DICIEMBRE	99	33	132
<b>TOTAL</b>		<b>1170</b>	<b>282</b>	<b>1452</b>

AÑO	MES	SUBTOTAL		TOTAL RECARGOS NOCTURNOS
		RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	
2016	ENERO	79	31	110
	FEBRERO	121	22	143
	MARZO	105	27	132
	ABRIL	104	28	132
	MAYO	116	27	143
	JUNIO	88	22	110
	JULIO	55	11	66
	AGOSTO	110	22	132
	SEPTIEMBRE	121	22	143
	OCTUBRE	99	33	132
	NOVIEMBRE	105	27	132
	DICIEMBRE	116	27	143
<b>TOTAL</b>		<b>1219</b>	<b>299</b>	<b>1518</b>

AÑO	MES	SUBTOTAL		TOTAL RECARGOS NOCTURNOS
		RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	
2017	ENERO	94	27	121
	FEBRERO	110	22	132
	MARZO	99	22	121
	ABRIL	93	28	121
	MAYO	111	32	143
	JUNIO	127	27	154
	JULIO	17	5	22
	AGOSTO	111	32	143
	SEPTIEMBRE	115	28	143
	OCTUBRE	116	27	143
	NOVIEMBRE	83	27	110
	DICIEMBRE	99	33	132
<b>TOTAL</b>		<b>1175</b>	<b>310</b>	<b>1485</b>

AÑO	MES	SUBTOTAL		TOTAL RECARGOS NOCTURNOS
		RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	
2018	ENERO	105	27	132
	FEBRERO	110	22	132
	MARZO	99	33	132
	ABRIL	110	22	132
	MAYO	138	27	165
	JUNIO	89	21	110
	JULIO	39	5	44
	AGOSTO	88	33	121
	SEPTIEMBRE	110	22	132
	OCTUBRE	110	11	121
	NOVIEMBRE	116	27	143
	DICIEMBRE	106	26	132
<b>TOTAL</b>		<b>1220</b>	<b>276</b>	<b>1496</b>

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.  
Expediente: 11-001-33-35-018-2019-00102-00

AÑO	MES	SUBTOTAL		TOTAL RECARGOS NOCTURNOS
		RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	
2019	ENERO	127	27	154
	FEBRERO	99	22	121
	ABRIL	77	22	99
	MAYO	100	21	121
	<b>TOTAL</b>	<b>403</b>	<b>92</b>	<b>495</b>

Por su parte, de la certificación expedida el 10 de septiembre de 2019, por la doctora María Andrea Grillo Roa, Jefe de la Unidad de Talento Humano, así como de los desprendibles de nómina, se observa que la entidad demandada le pagó a la demandante por concepto de **recargos nocturnos**, ordinarios, dominicales y festivos, las siguientes horas:

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2013	ENERO	
	FEBRERO	110
	MARZO	110
	ABRIL	110
	MAYO	130
	JUNIO	120
	JULIO	120
	AGOSTO	130
	SEPTIEMBRE	120
	OCTUBRE	140
	NOVIEMBRE	130
	DICIEMBRE	140
<b>TOTAL</b>		<b>1360</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2014	ENERO	
	FEBRERO	130
	MARZO	110
	ABRIL	120
	MAYO	120
	JUNIO	130
	JULIO	70
	AGOSTO	60
	SEPTIEMBRE	140
	OCTUBRE	130
	NOVIEMBRE	120
	DICIEMBRE	110
<b>TOTAL</b>		<b>1360</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2015	ENERO	
	FEBRERO	90
	MARZO	120
	ABRIL	130
	MAYO	130
	JUNIO	130
	JULIO	100
	AGOSTO	50
	SEPTIEMBRE	130
	OCTUBRE	130
	NOVIEMBRE	80
	DICIEMBRE	110
<b>TOTAL</b>		<b>1320</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2016	ENERO	
	FEBRERO	100
	MARZO	130
	ABRIL	120
	MAYO	120
	JUNIO	130
	JULIO	100
	AGOSTO	60
	SEPTIEMBRE	120
	OCTUBRE	130
	NOVIEMBRE	120
	DICIEMBRE	130
<b>TOTAL</b>		<b>1380</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2017	ENERO	
	FEBRERO	110
	MARZO	120
	ABRIL	110
	MAYO	110
	JUNIO	130
	JULIO	140
	AGOSTO	30
	SEPTIEMBRE	130
	OCTUBRE	130
	NOVIEMBRE	130
	DICIEMBRE	120
<b>TOTAL</b>		<b>1380</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2018	ENERO	
	FEBRERO	120
	MARZO	120
	ABRIL	120
	MAYO	125
	JUNIO	150
	JULIO	110
	AGOSTO	40
	SEPTIEMBRE	110
	OCTUBRE	120
	NOVIEMBRE	110
	DICIEMBRE	130
<b>TOTAL</b>		<b>1375</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2019	ENERO	140
	FEBRERO	110
	ABRIL	110
	MAYO	90
<b>TOTAL</b>		<b>450</b>

Como puede verse, el Hospital Militar Central pagó un número de horas inferior al que la demandante prestó sus servicios en jornada nocturna, esto es, **8625 horas**, cuando lo correcto era **9438 horas**, faltando por sufragar **813 horas**, que corresponden a **33 días**, así:

TIEMPO TRABAJADO POR LA DEMANDANTE				PAGO REALIZADO POR LA ENTIDAD	RECARGOS NOCTURNOS PENDIENTES POR PAGAR
VIGENCIA	RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	TOTAL RECARGOS NOCTURNOS		
2013	1229	267	1496	1360	136
2014	1221	275	1496	1360	136
2015	1170	282	1452	1320	132
2016	1219	299	1518	1380	138
2017	1175	310	1485	1380	105
2018	1220	276	1496	1375	121
2019	403	92	495	450	45
<b>TOTAL</b>	<b>7637</b>	<b>1801</b>	<b>9438</b>	<b>8625</b>	<b>813</b>

No obstante lo anterior, al tenor de lo preceptuado en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, dicho tiempo **podrá compensarse con periodos de descanso**, razón por la cual, de acreditarse que la actora disfrutó de estos, no habría lugar a su pago, aspecto que se desarrollará en el acápite siguiente.

### 5.3.5. Del reconocimiento y pago de los compensatorios.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “E”, mediante sentencia del 15 de marzo de 2019<sup>7</sup>, señaló que, tratándose de la prestación habitual de servicios por el sistema de turnos en días domingos y festivos, no hay lugar al pago del compensatorio, cuando se otorga al trabajador periodos de descanso en la misma proporción al horario laboral asignado, al sostener:

*«... En ese orden, podría pensarse que el Hospital Militar debe otorgar el disfrute o cancelación en dinero de esos 285 días, sin embargo, de la revisión de las planillas suscritas por la División de Servicios Ambulatorios y Apoyo – Servicio de Urgencias... se observa que entre enero de 2005 y marzo de 2013, la jornada laboral asignada a la demandante fue la nocturna y en esa medida, por cada turno que realizaba en el horario comprendido entre las 7:00 p.m. y las 7:00 a.m., gozaba de un día de descanso, situación que satisface el contenido del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, el cual dispone que de laborarse de forma habitual los domingos y festivos, se tiene derecho además de una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo” al “disfrute de un día de descanso obligatorio» (negrita del Despacho).*

Ahora bien, en cuanto a la compensación por cada dominical y festivo laborado, se advierte que, desde el 1 de enero de 2016 al 31 de mayo de 2019, de las planillas y reportes diarios, se establece que la demandante trabajó los siguientes días:

AÑO	MES	DÍAS DOMINICIAES Y FESTIVOS LABORADOS
2016	ENERO	7
	FEBRERO	4
	MARZO	5
	ABRIL	5
	MAYO	6
	JUNIO	5
	JULIO	2
	AGOSTO	5
	SEPTIEMBRE	4
	OCTUBRE	6
	NOVIEMBRE	6
	DICIEMBRE	5
<b>TOTAL</b>		<b>60</b>

AÑO	MES	DÍAS DOMINICIAES Y FESTIVOS LABORADOS
2017	ENERO	5
	FEBRERO	4
	MARZO	4
	ABRIL	6
	MAYO	6
	JUNIO	5
	JULIO	1
	AGOSTO	6
	SEPTIEMBRE	5
	OCTUBRE	5
	NOVIEMBRE	6
	DICIEMBRE	6
<b>TOTAL</b>		<b>59</b>

AÑO	MES	DÍAS DOMINICIAES Y FESTIVOS LABORADOS
2018	ENERO	5
	FEBRERO	4
	MARZO	7
	ABRIL	4
	MAYO	5
	JUNIO	4
	JULIO	1
	AGOSTO	6
	SEPTIEMBRE	4
	OCTUBRE	2
	NOVIEMBRE	6
	DICIEMBRE	6
<b>TOTAL</b>		<b>54</b>

AÑO	MES	RECARGOS DOMINICIAES Y FESTIVOS
2019	ENERO	5
	FEBRERO	4
	ABRIL	4
	MAYO	4
<b>TOTAL</b>		<b>17</b>

<sup>7</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “E”, sentencia del 15 de marzo de 2019, M. P. Dra. Patricia Victoria Manjarrés Bravo, expediente No. 11-001-33-35-027-2015-00400-02, demandante: María Antonia García de Rincón, demandado Hospital Militar Central.

Igualmente, en dicha documental se observa que le fue reconocido el tiempo compensatorio que se relaciona a continuación:

AÑO	MES	DÍAS COMPENSADOS
2016	ENERO	3
	FEBRERO	1
	MARZO	3
	ABRIL	3
	MAYO	2
	JUNIO	3
	JULIO	1
	AGOSTO	3
	SEPTIEMBRE	2
	OCTUBRE	4
	NOVIEMBRE	3
	DICIEMBRE	2
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	

AÑO	MES	DÍAS COMPENSADOS
2017	ENERO	3
	FEBRERO	2
	MARZO	3
	ABRIL	4
	MAYO	3
	JUNIO	0
	JULIO	1
	AGOSTO	3
	SEPTIEMBRE	2
	OCTUBRE	2
	NOVIEMBRE	3
	DICIEMBRE	3
<b>TOTAL</b>	<b>29</b>	

AÑO	MES	DÍAS COMPENSADOS
2018	ENERO	3
	FEBRERO	2
	MARZO	3
	ABRIL	3
	MAYO	0
	JUNIO	2
	JULIO	0
	AGOSTO	4
	SEPTIEMBRE	3
	OCTUBRE	4
	NOVIEMBRE	2
	DICIEMBRE	1
<b>TOTAL</b>	<b>27</b>	

AÑO	MES	DÍAS COMPENSADOS
2019	ENERO	2
	FEBRERO	3
	ABRIL	4
	MAYO	5
<b>TOTAL</b>	<b>14</b>	

En síntesis, tenemos que en el lapso comprendido entre los años 2016 y 2019, la demandante trabajó **190 días** dominicales y festivos, mientras que le fueron compensados con periodos de descanso **100 días**, por lo que se podría concluir que quedaron pendientes por compensar **90 días**; así:

AÑO	DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS	DÍAS COMPENSADOS POR LA ENTIDAD DEMANDADA	DÍAS PENDIENTES POR COMPENSAR
2016	60	30	30
2017	59	29	30
2018	54	27	27
2019	17	14	3
<b>TOTAL</b>	<b>190</b>	<b>100</b>	<b>90</b>

Así las cosas, pese a quedó un tiempo pendiente por compensar tanto por dominicales y festivos como por recargos nocturnos, no se puede pasar por alto que, en virtud de la jornada laboral que le asignó el Hospital Militar Central a la señora María Eugenia Ocampo Díaz, por cada turno **gozó de un día de descanso**, de modo que se satisfacen los postulados contenidos en los artículos 35 y 39 del Decreto 1042 de 1978.

### 5.3.5.1. Del reconocimiento y pago de horas extras.

El artículo 36 del Decreto 1042 de 1978, en cuanto a las horas extras diurnas, indicó:

**“ARTÍCULO 36. De las horas extras diurnas.** (Modificado por los Decretos anuales salariales). **Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el jefe del respectivo organismo o las personas en quienes este hubiere delegado tal atribución, autorizarán descanso compensatorio o pago de horas extras.**

El pago de horas extras o el reconocimiento del descanso compensatorio se sujetarán a los siguientes requisitos:

a) Modificado tácitamente por el Artículo 12 del Decreto 660 de 2002. Modificado por el Artículo 13 Decreto Ley 10 de 1989. Modificado por el Artículo 9 Decreto 50 de 1981. El empleo o del funcionario que va a trabajarlas deberá tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.

b) **El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.**

c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del veinticinco por ciento sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

d) Modificado por el Literal b del Artículo 13 del Decreto 10 de 1989. Modificado tácitamente por el Artículo 12 del Decreto 660 de 2002. (Modificado por los Decretos anuales salariales). **En ningún caso podrán pagarse más de 40 horas extras mensuales.**

e) **Si el tiempo laboral fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada ocho horas extras de trabajo.”**  
(Negrilla del Despacho)

A su vez, el artículo 37 *ejusdem*, respecto a las horas extras nocturnas, precisó:

**“ARTÍCULO 37. De las horas extras nocturnas.** Se entiende por trabajo extra nocturno el que se ejecuta excepcionalmente entre las **6 p.m. y las 6 a.m.**, del día siguiente por funcionarios que de ordinario laboran en jornada diurna.

Este trabajo se remunerará con un recargo del **setenta y cinco** por ciento sobre la asignación básica mensual.

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.

En todos los demás aspectos el trabajo extra nocturno se regulará por lo dispuesto en el artículo anterior”.

Ahora bien, a través de los Decretos Nos. 1029 de 2013, 1999 de 2014, 1101 de 2015, 229 de 2016, 999 de 2017, 330 de 2018 y 1011 de 2019, por los cuales se fijan las escalas de remuneración de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos correspondientes, entre otros, a los Establecimientos Públicos, vigentes para la fecha en que se pretende el reconocimiento y pago de las horas extras, determinó que tendrá derecho a dicha remuneración el empleado que pertenezca al Nivel Técnico hasta el Grado 09 o al **Asistencial hasta el Grado 19**, previa autorización que podrá otorgarse cuando exista disponibilidad presupuestal.

En el caso de autos, se encuentra demostrado que la demandante presta sus servicios por el sistema de turnos, el cual comprende la jornada nocturna entre las 7:00 p.m. y las 7:30 a.m. y, en ese sentido, no se puede determinar que la actora trabajara tiempo extra, pues si bien dicho turno finaliza a las **7:30 a.m.** del día siguiente al que inició su labor, lo cierto es que según lo señalado en la Resolución No. 1358 del 3 de diciembre de 2018 *“Por la cual se establece la jornada laboral y el horario de trabajo y de atención al usuario en el Hospital Militar Central”*, el personal asistencial que entrega el servicio deberá permanecer media hora después de su turno, acto que por integración normativa debe aplicarse en concordancia con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, como quiera que *“el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras”*, por lo tanto, no hay lugar a determinar que su labor fuera desarrollada de forma extraordinaria al horario que le fue designado por la entidad.

De otro lado, de la lectura de las planillas y reportes diarios, se colige que la señora María Eugenia Ocampo Díaz **no superó 66 horas semanales de servicios**, toda vez que, en semana de por medio, trabajó máximo 4 turnos, que corresponden a **50 horas**, mientras que en la restante semana, laboró 3 turnos, que comprenden **37,5 horas**.

Adicionalmente, como se señaló anteriormente, se encuentra demostrado que la demandante presta sus servicios en el Hospital Militar Central en el cargo

de Auxiliar de Servicios, Código 6-1, **Grado 33**, de lo que se concluye que no tiene derecho al pago de horas extras deprecado, en virtud de los decretos anuales salariales vigentes para la fecha en que encausa sus pretensiones, puesto que para que sea procedente dicho reconocimiento debería pertenecer al Nivel Técnico hasta el Grado 09 o al **Nivel Asistencial hasta el Grado 19**.

En tal sentido, no se cumplen los requisitos dispuestos en los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978 y 14 de los Decretos Nos. 1029 de 2013, 1999 de 2014, 1101 de 2015, 229 de 2016, 999 de 2017, 330 de 2018 y 1011 de 2019, para establecer que a la señora María Eugenia Ocampo Díaz, le asista el derecho al reconocimiento y pago de horas extras.

### **5.3.6. Del régimen prestacional de los empleados públicos del Hospital Militar Central.**

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 05 de 1988, el Presidente de la República expidió el Decreto 2701 de 1988, el cual establece el **régimen prestacional** de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado, **adscritos** o vinculados al **Ministerio de Defensa Nacional** y en el artículo 1º, se señaló:

*“**ARTÍCULO 1º ALCANCE.** El presente Decreto determina el Régimen de Prestaciones Sociales y Asistenciales, aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa nacional. En consecuencia, el personal de que trata el presente Decreto, no se regirá por las normas establecidas para los empleados públicos y trabajadores oficiales del Ministerio de Defensa Nacional” (Resaltado del Despacho).*

Así las cosas, es importante precisar que el Hospital Militar Central es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente **adscrito al Ministerio de Defensa Nacional**, de conformidad con la norma que define su naturaleza jurídica contenida en el artículo 40 de la Ley 352 de 1997 “*Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*”, así:

**“ARTÍCULO 40. NATURALEZA JURÍDICA.** A partir de la presente Ley, la Unidad Prestadora de Servicios Hospital Militar Central se organizará como un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que se denominará Hospital Militar Central, con domicilio en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C.”.

Por su parte, el artículo 46 *ibídem*, contempló:

**«ARTÍCULO 46°. RÉGIMEN DE PERSONAL.** Las personas vinculadas al Hospital Militar Central tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales conforme a las normas vigentes, aunque en materia salarial y prestacional deberán regirse por el régimen especial establecido por el Gobierno Nacional» (Subrayado de Despacho).

A su vez, el artículo 2 del Decreto 02 de 1998 “por el cual se aprueba el Acuerdo número 006 de la Junta Directiva del Hospital Militar Central”, indicó:

**“ARTÍCULO 2°. NATURALEZA JURÍDICA.** El Hospital Militar Central es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

En cuanto al régimen salarial, el artículo 23 de dicha normatividad, preceptuó:

**“ARTÍCULO 23. RÉGIMEN SALARIAL.** Los empleados públicos y trabajadores oficiales que prestan sus servicios en el Hospital Militar Central para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos y subsidios se regirán por las disposiciones legales que para esta clase de servidores haya establecido el Gobierno Nacional” (Subrayado fuera del texto).

Y frente al régimen prestacional, el artículo 24 *ejusdem*, señaló:

**“ARTÍCULO 24. RÉGIMEN PRESTACIONAL.** Los empleados públicos y trabajadores del Hospital Militar Central quedarán sometidos al régimen de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias. En lo relativo a las demás prestaciones sociales se les aplicará el Decreto-ley 2701 de 1988 y normas que lo modifiquen o adicionen” (resaltado del juzgado).

En ese sentido, dado que a la fecha el Gobierno Nacional no ha expedido en materia salarial una disposición diferente a la contenida en el **Decreto 2701 de 1988**, la cual determina los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales que presten sus servicios en el Hospital Militar Central, se concluye que frente a este aspecto la demandante se rige por la normatividad especial, debido a la vinculación que ostenta en la entidad, cuerpo normativo que debe

aplicarse de manera íntegra, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones, pues no es dable tomar lo más favorable de este y utilizar disposiciones jurídicas contenidas en un régimen distinto.

Ahora bien, de la certificación expedida el 10 de septiembre de 2019, por la doctora María Andrea Grillo Roa, Jefe de Unidad de Seguridad y Defensa de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, se evidencia que la demandante por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 30 de junio de 2019, devengó los siguientes factores salariales: subsidio de alimentación, bonificación por servicios prestados, bonificación especial de recreación y las primas de servicio, vacaciones y navidad, así como **recargos nocturnos, dominicales y festivos**, aspecto que fue ampliamente debatido en el acápite anterior.

Así las cosas, para efecto de la liquidación del auxilio de alimentación, el artículo 36 del citado Decreto, señaló:

**“ARTÍCULO 66. AUXILIO DE ALIMENTACIÓN.** *Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de un auxilio mensual de alimentación, pagadero por el respectivo organismo, en los mismos términos y cuantías que se establezcan en las disposiciones legales sobre la materia”.*

Respecto a la bonificación especial de recreación, el artículo 68 *ejusdem*, indicó:

**“ARTÍCULO 68. BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN.** *Los empleados públicos y trabajadores oficiales que adquieran el derecho a vacaciones e inicien el disfrute de las mismas dentro del año civil de su causación, tienen derecho al reconocimiento y pago de una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de causarlas.*

A su turno, el artículo 69 *ibídem*, en cuanto a la bonificación por servicios prestados, preceptuó:

**“ARTÍCULO 69. BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS.** *Cada vez que los empleados públicos y trabajadores oficiales cumplan un año continuo de prestar sus servicios en un mismo organismo, tienen derecho al reconocimiento de una bonificación por servicios prestados, cuyo pago se efectuará en los términos y porcentajes que se establezcan para los demás empleados y trabajadores de la Administración Pública Nacional”.*

Por otro lado, los factores salariales para la liquidación y pago de las vacaciones y prima de vacaciones, se encuentran contenidos en artículo 27 del Decreto 2701 de 1988, así:

**“ARTÍCULO 27. FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDACIÓN DE VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES.** Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este Decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo.
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-ley 1042 de 1978 o disposiciones que lo modifiquen.
- c) Los gastos de representación.
- d) Los auxilios de alimentación y de transporte.
- e) La prima de servicios.
- f) La bonificación por servicios prestados.

*En caso de interrupción de las vacaciones por las causales indicadas en el artículo 12 de este Decreto, el pago del tiempo faltante de las mismas se reajustará con base en el salario que perciba el empleado al momento de reanudarlas”.*

Por su parte, el artículo 29 *ejusdem*, respecto a la prima de navidad, señaló:

**“ARTÍCULO 29. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR PRIMA DE NAVIDAD.** Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo.
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-ley 1042 de 1978 o disposiciones que lo modifiquen.
- c) Los gastos de representación.
- d) Los auxilios de alimentación y de transporte.
- e) La prima de servicios y la de vacaciones.
- f) La bonificación por servicios prestados”.

A su vez, el artículo 56 de dicha disposición legal, en cuanto a la prima de servicios, preceptuó:

**“ARTÍCULO 56. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR PRIMA DE SERVICIO.** Para el reconocimiento y pago de la prima de servicio se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) *La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo.*
- b) *Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto - ley 1042 de 1978 o normas que lo modifiquen.*
- c) *Los gastos de representación.*
- d) *Los auxilios de alimentación y de transporte.*
- e) *La bonificación por servicios prestados.*

*Para liquidar la prima de servicio, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los literales anteriores a treinta (30) de junio de cada año”.*

Ahora bien, en cuanto a los factores para liquidar las cesantías y las pensiones, el artículo 53 del Decreto 2701 de 1988, contempló:

**“ARTÍCULO 53. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES.** *Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario.*

- a) *La asignación básica mensual.*
- b) *Los gastos de representación.*
- c) *Los auxilios de alimentación y transporte.*
- d) *La prima de navidad.*
- e) *La bonificación por servicios prestados.*
- f) *La prima de servicios.*
- g) *Los viáticos que reciban los empleados y trabajadores en comisión, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio.*
- h) *Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-ley 710 de 1978.*
- i) *La prima de vacaciones.*
- j) *Las primas y bonificaciones que hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto-ley 3130 de 1988”.*

Como puede verse, los citados artículos determinan con claridad los factores que se tienen en cuenta para tasar las primas, bonificaciones y el auxilio de cesantías, entre los que no se encuentran, los recargos por trabajo nocturno, en dominicales y festivos.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “C”, en sentencia del 2 de febrero de 2006<sup>8</sup>, sostuvo:

*“Se reitera que el decreto 2701 de 29 de diciembre de 1988, por el cual se reformó el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, **determina con claridad los factores que se han de tener en cuenta para liquidar dichas prestaciones, sin que dentro de ellos la Ley consagre por ejemplo, los recargos por trabajo extra diurno o nocturno, dominicales y festivos** (negrilla del Despacho).*

En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”<sup>9</sup>, mediante sentencia del 24 de mayo de 2018, señaló:

*(...)*

*Así las cosas, se tiene que como la demandante trabajó para el Hospital Militar Central, el régimen que le es aplicable es el establecido en el Decreto 2701 de 1988 «Por el cual se reforma el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional».*

*Ahora bien, la parte actora solicita se reajuste la liquidación de las cesantías retroactivas reconocidas con la inclusión como factores salariales los recargos nocturnos y los dominicales y festivos devengados, sobre este aspecto, el H. Consejo de Estado, con el objeto de precisar los factores que se han de tener en cuenta para liquidar las prestaciones económicas y sociales reconocidas bajo el régimen especial del Decreto 2701 de 1988, dijo:*

*«Por su parte, el artículo 53 a que alude la norma citada, identifica los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación:*

*(...)*

*La posición asumida por la **Sala, no va en contravía con el principio de igualdad contenido en el artículo 13 Constitucional, teniendo en cuenta que se trata de situaciones diversas para grupos de trabajadores que por razón de sus funciones se les aplica diferentes disposiciones, incluso más favorables, que las consagradas para la generalidad de los servidores públicos.***

*(...)*».

<sup>8</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “C”, CP. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, expediente No. 25000-23-25-000-1998-05343-01(1151-05), actor: Néstor Moreno Sánchez, demandado: Hospital Militar Central.

<sup>9</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”, M. P. Dr. Luis Gilberto Ortegón Ortegón, expediente No. 11001 3335 023 2015 00476 01, demandante: Blanca Cecilia Medina Rodríguez, demandado Hospital Militar Central.

En el mismo sentido el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo<sup>10</sup>, consideró:

**«En consonancia con lo anteriormente expuesto, es válido afirmar que la forma como la demandante pretende que se apliquen las disposiciones invocadas contraría el principio de inescindibilidad de las normas, toda vez que respecto del período base de liquidación y de algunos factores salariales se remite al régimen especial, pero la inclusión del trabajo dominical y festivo la solicita al amparo de la normatividad general.»**

Adicionalmente, en lo que respecta a las prestaciones sociales reconocidas al tenor de lo dispuesto por el Decreto 2701 de 1988, esta Corporación ha manifestado:

‘De la incidencia salarial de los anteriores factores para liquidar prestaciones económicas y sociales.

**Como la demandante argumenta que los factores a los que se alude no fueron tenidos en cuenta como base de liquidación para sus prestaciones económicas y sociales, alegando su incidencia especialmente en las vacaciones, pensión de jubilación, cesantías e intereses a las mismas, la Sala respalda el criterio del Tribunal en el sentido de que ante la inexistencia de los derechos reclamados, mal se puede tener en cuenta su incidencia prestacional.»**

**Se repite que el Decreto 2701 de 29 de diciembre de 1988, por el cual se reformó el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, determina con claridad los factores que se han de tener en cuenta para liquidar dichas prestaciones, sin que dentro de ellos la Ley consagre por ejemplo, los recargos por trabajo extra diurno o nocturno, dominicales y festivos’.**

(...)

**En este orden de ideas, la Sala concluye que el régimen bajo estudio contenido en el Decreto 2701 de 1988, es especial y se caracteriza por tener condiciones y requisitos más favorables que el régimen general.** (Negrita y resaltado fuera del texto original).

Bajo los anteriores criterios jurisprudenciales, es claro que el régimen contenido en el Decreto 2701 de 1988, señala de forma taxativa los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del centro hospitalario demandado, sin que dentro de ellos se encuentren los recargos por trabajo extra, diurno o nocturno, dominicales y festivos, cuya inclusión pretende la demandante en la presente controversia, contrariando el principio de

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Radicación número: 1073-09, de diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010), Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

inescindibilidad normativa, razón suficiente para denegar las súplicas de la demanda, frente a este aspecto.

### **5.3.7. Del régimen de seguridad social aplicable a la demandante.**

Frente a este aspecto, sea lo primero señalar que el Decreto 2701 de 1988, contempla los factores salariales que se tienen en cuenta para liquidar las pensiones de los empleados públicos del Hospital Militar Central, razón por la cual, en principio, la actora igualmente estaría regida por dicha normatividad especial.

No obstante, toda vez que su fecha de nacimiento fue el **25 de marzo de 1967**, tal como colige de su cédula de ciudadanía y su vinculación en el centro hospitalario data del **8 de junio de 1993**, según lo certificado por la Jefe de la Unidad de Talento Humano, no es beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36<sup>11</sup> de la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, pues a la entrada en vigencia de la citada ley no tenía 15 años de servicio o 35 años de edad, razón por la cual **en materia pensional se rige por las disposiciones contenidas en la citada Ley 100 y en el Decreto 1158 de 1994**, preceptiva esta última que dispone los factores base de liquidación pensional, así:

*“ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así:*

*"Base de cotización".*

*El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*

*a) La asignación básica mensual;*

---

<sup>11</sup> *“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

***La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*** (Negrilla fuera de texto).

- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;**
- g) La bonificación por servicios prestados;” (negrilla del Despacho).

De la normatividad en cita, se desprende que los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos que laboró la señora María Eugenia Ocampo Díaz, forman parte de la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social<sup>12</sup> y según lo señalado en la certificación expedida el 10 de septiembre de 2019, por la Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa de la Unidad de Talento Humano, el Hospital Militar Central realiza los aportes al referido sistema, por tales conceptos, desde el mes de **abril de 2018**, en virtud de lo consagrado en el Decreto 1158 de 1994, al señalar:

*“Que para los periodos de cotización 2013 a marzo de 2018 los factores salariales tenidos en cuenta para los Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales (ARL), fueron los siguientes: Asignación Básica Mensual y Bonificación Por Servicios Prestados.*

***A partir de Abril de 2018 a la fecha, los factores salariales tenidos en cuenta de acuerdo al Decreto 1158 de 1994 para los Aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Laborales (ARL) son...”*** (negrilla del Despacho).

Ahora bien, el doctor Miguel Ángel Tovar Herrera, Jefe de la Oficina Asesora del Sector Defensa del Hospital Militar Central, en el **Oficio No. E-00003-202103053-HMC del 22 de abril de 2021**, certificó el horario laboral de la actora, señalando lo siguiente:

“(…)

- **Del año 1997 a enero de 2000** desempeñó las funciones asignadas en

<sup>12</sup> “ARTÍCULO 204. MONTO Y DISTRIBUCIÓN DE LAS COTIZACIONES

(…)

PARÁGRAFO 1o. La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como **servidores públicos**, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta Ley. (Negrilla del Despacho).

el turno de la tarde en el horario de **14.00 horas a la (sic) 21.15 horas**, turno diario.

•De **febrero de 2000 a abril 30 de 2008** desempeñó las funciones asignadas en el horario de **21.00 horas a las 7.30 horas noche intermedia** según corresponda.

•Del **01 de Mayo de 2008 a la fecha Abril 18 de 2021** desempeña sus funciones en el horario de las **19 horas a las 7.30 horas, noche intermedia** según corresponda” (negrita del Despacho).

En ese sentido, dado que la demandante tomó posesión del cargo de Auxiliar de Servicios, Código 6-1, Grado 33 el **8 de junio de 1993**, le asiste el derecho a que los aportes al Sistema General de Seguridad Social, sean liquidados con la inclusión de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos que laboró; sin embargo, de los medios probatorios obrantes en el expediente, **no se evidencia que con antelación al año 1997**, prestara sus servicios en tales jornadas, lo que conlleva a que se ordene su reajuste a partir del **1 de enero de 1997 hasta el 31 de marzo de 2018**, pues desde el día siguiente se incluyeron al momento de efectuar los referidos aportes.

Igualmente, se deberán ajustar los aportes, respecto de los recargos dominicales y festivos que laboró la señora María Eugenia Ocampo Díaz, correspondiente al **100%** que dejó de sufragar, por el periodo comprendido entre el **1 de abril de 2018 y el 31 de mayo de 2019**, previo descuento de los valores que están a cargo del trabajador, según los porcentajes establecidos en la Ley.

### **5.3.8. De los factores base de liquidación de los aportes parafiscales.**

La Ley 21 de 1982 “*Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y Se dictan otras disposiciones*”, en el artículo 17, señaló:

**“ARTICULO 17. Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Administración Pública, (ESAP), Escuela Industrial e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados por descansos remunerados de Ley y convencionales o contractuales.**

*Los pagos en moneda extranjera, deberán incluirse en la respectiva nómina,*

*liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago*". (Negrita y subrayado del Despacho).

Por su parte, el párrafo 1° del artículo 1° de la Ley 89 de 1988, "*Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones*", indicó:

**“ARTÍCULO 1°.** *A partir del 1° de enero de 1989 los aportes para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- ordenados por las Leyes 27 de 1974 y 7a de 1979, se aumentan al tres por ciento (3%) del valor de la nómina mensual de salarios.*

*(Inciso adicionado por el artículo 25 de la Ley 225 de 1995. Los aportes de que trata el numeral 4° de estos artículos (sic) son contribuciones parafiscales.*

**PARÁGRAFO 1°.** *Estos aportes se calcularán y pagarán teniendo como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios establecidos en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y se recaudarán en forma conjunta con los aportes al Instituto de Seguros Sociales -ISS- o los del subsidio familiar hechos a las Cajas de Compensación Familiar o a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Estas entidades quedan obligadas a aceptar la afiliación de todo empleador que lo solicite. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, -ICBF-, también podrá recaudar los aportes. Los recibos expedidos por las entidades recaudadoras constituirán prueba del pago de los aportes para fines tributarios”.*

Al respecto, basta mencionar que en el **Oficio No. E-00022-2018005439 del 19 de junio de 2018**, la entidad demandada señaló que el centro hospitalario al momento de liquidar los aportes parafiscales incluyó los recargos nocturnos, dominicales y/o festivos, dando aplicación a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y al párrafo 1 del artículo 1 de la Ley 89 de 1988.

Ahora bien, en criterio de esta juzgadora, si hubo o no un menor aporte por parafiscales, es un aspecto que debe ser debatido entre la entidad empleadora, para el caso el Hospital Militar y el/ los destinatarios de los mismos, siendo que la parte actora no se vería afectada ni beneficiada por dicha circunstancia.

### **5.3.9. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.**

En lo concerniente al pago de los intereses establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010<sup>13</sup>, señaló:

*“(...) Esta Corporación ha venido sosteniendo desde tiempo atrás que recibir la indexación de las sumas adeudadas y además los intereses moratorios constituye un doble pago, puesto que ambas sanciones tienen la misma virtualidad, vale decir, la de recuperar el valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el correspondiente a los reajustes del I.B.L. Por consiguiente, el reconocimiento de la indexación y de intereses moratorios por el mismo concepto no se compadece con el principio de derecho que censura el enriquecimiento sin justa causa y que daría lugar a la procedencia de la actio in rem verso, como hizo notar el recurrente demandado (...)”* (Resaltado fuera de texto original).

De conformidad con la norma transcrita estima el Despacho que no hay lugar al pago de los intereses por mora solicitados por la parte actora, teniendo en cuenta que se ordenará la indexación de los valores reconocidos, lo cual constituiría un doble pago de la misma naturaleza.

#### **5.4. Prescripción del reconocimiento y pago de los recargos dominicales y festivos y de los aportes al sistema de seguridad social.**

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, señalando que el artículo 77 del Decreto 2701 de 1988, ha previsto que opera este fenómeno jurídico en el término de cuatro años (4), contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se hace exigible, el cual se interrumpe con el reclamo escrito del trabajador.

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de los recargos dominicales y festivos, se hizo exigible a partir del **31 de diciembre de 2013**, dado que para esa fecha la entidad demandada no remuneró en su integridad la labor prestada por la demandante en dichos días, quien formuló reclamación administrativa el **24 de mayo de 2018**, de donde se desprende que los recargos causados con anterioridad al **24 de mayo de 2014**, se encuentran prescritos y así habrá de declararse.

Expuesto lo anterior, se ordenará al Hospital Militar Central, reliquidar y pagar la diferencia que resulte a favor de la señora María Eugenia Ocampo Díaz, sobre **115 horas** de recargos dominicales y festivos que laboró,

---

<sup>13</sup> Sección Segunda- Subsección “B” M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 08001-23-31-000-2007-00732-01 (2734-08)

correspondiente al 100% que dejó de sufragar, por el periodo comprendido entre el **24 de mayo de 2014 y el 31 de mayo de 2019**, por prescripción cuatrienal.

De otra parte, frente a los aportes al Sistema de Seguridad Social, se precisa que debido a que repercuten en el derecho a devengar una pensión acorde a la realidad laboral, estos son **imprescriptibles**<sup>14</sup>; sin embargo, el apoderado de la entidad demandada, al momento de alegar de conclusión, manifiesta que debe darse aplicación a la prescripción que se predica de las contribuciones parafiscales, en virtud de la sentencia proferida el 26 de marzo de 2009, por el H. Consejo de Estado que se ocupó de citar.

Al respecto, vale la pena aclarar que mientras el derecho pensional **esté en formación**, la acción para reclamar los aportes al Sistema de Seguridad Social no se extingue por el transcurso del tiempo, pues, precisamente, a partir del momento en que se consolida el reconocimiento de la prestación es que se hace exigible<sup>15</sup>, caso que no se presenta en el *sub examine* y, por ende, no es dable dar aplicación al Estatuto Tributario.

En consecuencia, **se declarará probada parcialmente, de oficio, la excepción de prescripción**, respecto de los recargos dominicales y festivos generados con antelación al **24 de mayo de 2014**.

#### **5.6. Costas.**

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que, en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, demandante: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Municipio De Ciénaga De Oro (Córdoba)

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, providencia del 14 de marzo de 2018, M. P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, SL738-2018, Radicación No. 33330, demandante Alberto Rondón Cubillos, demandado: Instituto de Seguros Sociales y Bancolombia.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO.-** Declarar la nulidad parcial de los Oficios Nos. E-00022-2018005439 del 19 de junio de 2018 y E-00022-2018007248 del 17 de agosto de la misma anualidad, a través de los cuales la entidad demandada le negó a la actora el reajuste y pago de los recargos dominicales y festivos, así como de los aportes al sistema de seguridad social, con la inclusión de dichos factores y de los recargos nocturnos que laboró.

**SEGUNDO.-** Declarar **PROBADA PARCIALMENTE**, de oficio, la excepción de prescripción, respecto de los recargos dominicales y festivos causados por la demandante, con antelación al **24 de mayo de 2014**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

**TERCERO.-** A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al HOSPITAL MILITAR CENTRAL, reliquidar y pagar la diferencia que resulte a favor de la señora MARÍA EUGENIA OCAMPO DÍAZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.824.668 de Neira, sobre las sobre **115 horas** de recargos dominicales y festivos que laboró, correspondiente al 100% que dejó de sufragar, por el periodo comprendido entre el **24 de mayo de 2014 y el 31 de mayo de 2019**, por prescripción cuatrienal.

**CUARTO.-** ORDENAR al HOSPITAL MILITAR CENTRAL que **EFFECTÚE** los aportes al Sistema General de Seguridad Social, a favor de la señora MARÍA EUGENIA OCAMPO DÍAZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.824.668 de Neira, con la inclusión de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos en que prestó sus servicios, a partir del **1 de enero de 1997 hasta el 31 de marzo de 2018** y **REAJUSTAR** las cotizaciones sobre los recargos dominicales y festivos que laboró, correspondientes al 100% que dejó de sufragar, por el periodo comprendido entre el **1 de abril de 2018 y el 31 de mayo de 2019**, previo descuento de los valores que están a cargo del trabajador, según los porcentajes establecidos en la Ley.

**QUINTO.-** CONDENAR al HOSPITAL MILITAR CENTRAL a pagar a la señora MARÍA EUGENIA OCAMPO DÍAZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.824.668 de Neira, las diferencias que resulten entre las cantidades liquidadas en los términos ordenados en los numerales que anteceden y las sumas canceladas por concepto de los recargos, con los reajustes anuales de ley; sumas éstas que deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = \text{R.H.} \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de las diferencias de los recargos, en los periodos que efectivamente prestó sus servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada recargo, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

**SEXTO.-** Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

**SÉPTIMO.-** Sin costas a cargo del HOSPITAL MILITAR CENTRAL.

**OCTAVO.-** A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

**NOVENO.-** Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

**DÉCIMO.-** La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**DÉCIMO PRIMERO.-** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y Cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ  
JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 021, de hoy 20 de agosto de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez**

**Juez**

**018**

**Juzgado Administrativo**

**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:

**effa9ce79c5a8b8280f06073e5eb9a6f8dfa53f4fe084de89277f105ce22cfd**

**d**

Documento generado en 19/08/2021 01:00:37 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD**  
**DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 110013335-018-**2019**-00**124**-00  
**Demandante:** **ANA YANET MUÑOZ PRIETO**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **ANA YANET MUÑOZ PRIETO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 40.019.027 de Tunja, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1 PRETENSIONES**

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial y de Alegaciones llevada a cabo el 2 de marzo de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

**II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La apoderada de la demandante estima desconocidos los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, las Leyes 57 y 153 de 1887; 33 y 62 de 1985; 91 de 1989; 4ª de 1992; 60, 115 y 100 de 1993; 812 de 2003 y el Decreto 1073 de 2002.

Señala que la actora tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, de conformidad con lo regulado en la Ley 33 de 1985 y Ley 91 de 1989, la cual ordena su reconocimiento en una suma equivalente al 75% de lo percibido durante el año anterior al status pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución Política.

Argumenta que en el presente caso no se dio aplicación a la Ley 91 de 1989 artículo 15, numeral primero, referente al régimen prestacional de los docentes nacionalizados, sino, en forma equivocada, a las Leyes 33 de 1985 y 812 de 1993, que contemplan los requisitos y la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación de los docentes vinculados en virtud de la misma.

Afirma que la entidad demandada vulneró el derecho a la igualdad de la actora, en razón a que existen docentes pensionados con la totalidad de los factores devengados en el último año de servicios.

Manifiesta que con el actuar del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de negar la reliquidación de la pensión de la actora con la inclusión de todos los factores salariales devengados se vulneró lo establecido en la adición efectuada al artículo 48 de la Constitución Política a través del Acto legislativo 01 del 22 de julio de 2005.

Señala que la Ley 812 de 2003, derogó tácitamente los descuentos para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, normativa que no contempla los mismos, razón por la cual la entidad demandada está realizando un doble descuento que no se encuentra autorizado por la ley, quebrantando los mandatos constitucionales.

Sostiene que en los Conceptos Nos. 10846 del 20 de agosto de 2004 y 8004-1-160365 del 31 de diciembre de 2005, expedidos por el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud – *respectivamente*, se ratifica que sobre las mesadas pensionales es procedente el descuento para el aporte a salud; sin embargo, este no puede recaer en las adicionales.

### **III. CONTESTACIÓN**

Como se precisó en la Audiencia Inicial, de Alegaciones y Juzgamiento celebrada el 02 de marzo de 2021, las entidades demandadas no contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal, pese a haber sido notificadas en debida forma.

### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los alegatos de conclusión fueron expuestos por las apoderadas de las partes en la Audiencia Inicial y de Alegaciones llevada a cabo el 2 de marzo de 2021 y a ellos se remite el Despacho.

De otra parte, se advierte que el Agente del Ministerio Público no rindió concepto, en razón a que no asistió a la mencionada Audiencia.

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.**

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

- i) Resolución No. 3882 del 16 de mayo de 2017, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 1° de octubre de 2016 (fls. 4 a 5 *vlto*).

ii) Petición elevada por la actora ante la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 05 de abril de 2018, por medio de la cual solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación, así como el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 7 y 8).

iii) Resolución No. 160 del 16 de enero de 2019, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reajustó la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la demandante mediante Resolución No. 3882 de 2017.

iv) Petición elevada por la actora ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 05 de febrero de 2018, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 12).

v) Certificado de Salarios de la actora expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá y Certificado de Historia Laboral (fls. 13 a 16).

vi) Constancia expedida por la Dirección de Talento Humano el 21 de febrero de 2018, relacionada con los pagos por concepto de horas extras a la actora (fl. 17).

vii) Copia de los factores salariales devengados por la actora para las vigencias 2015 y 2016 (fls. 18 y 19).

viii) Copia de la cédula de ciudadanía de la actora (fl. 3).

## **5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la Audiencia Inicial y Alegaciones llevada a cabo el 2 de marzo de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer:

- i) Si se configuró el silencio administrativo por falta de respuesta al derecho de petición radicado por la demandante el 05 de febrero de 2018 ante la Fiduprevisora S.A.
- ii) Si la demandante tiene o no derecho a que se reajuste su pensión de jubilación, teniendo en cuenta la totalidad de factores devengados durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status pensional.
- iii) Si las mesadas pensionales reconocidas a favor de la demandante en calidad de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **en los meses de junio y diciembre**, son susceptibles de descuentos de aporte al régimen contributivo de seguridad social; si procede o no su devolución y si se debe ordenar la suspensión de tales descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia.

#### **5.2.1. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN**

La apoderada de la parte actora depreca la existencia y nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a la petición elevada por la actora ante la Fiduciaria la Previsora S.A., el 05 de febrero de 2018, mediante la cual solicitó la devolución y suspensión de los descuentos del aporte para salud sobre las mesadas adicionales de cada año.

Sobre el particular, es evidente que, en el caso de la demandante, se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la citada entidad haya resuelto la petición descrita anteriormente, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

*“Artículo 83. Silencio Negativo. Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.”*

#### **5.2.2. RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTE. NORMATIVIDAD APLICABLE.**

Se encuentra acreditado dentro del proceso la calidad de docente de la demandante, quien prestó sus servicios a la Secretaría de Educación de Bogotá del 25 de abril de 1989 al 30 de septiembre de 2016, como docente **territorial**, tal como consta en la Resolución 160 del 16 de enero de 2019, obrante a folios 9 a 10 *vlto* del plenario y en Formato Único de Certificado de historial laboral, a folio 14 del mismo.

Sobre el particular, La **Ley 812 de 2003** “*por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*”, en su artículo 81 dispuso que: “*El régimen prestacional de los **docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley***”.

Ahora bien, el régimen prestacional establecido en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, se encuentra en **la Ley 60 de 1993** “*Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*” señaló en el inciso final del artículo 6° que: “*El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial*”.

A su turno la **Ley 115 de febrero 8 de 1994** “*Por la cual se expide la ley General de Educación*”, en lo atinente al régimen prestacional del personal docente, dispuso en su artículo 115 que: “*El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. **El régimen prestacional de los educadores estatales***”.

**es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley”.**

Ahora bien, la **Ley 91 de 1989**, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 15 dispuso:

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

*(...) 2. Pensiones.*

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

En ese orden de ideas, la Ley 60 de 1993 consagró que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporaren a las plantas departamentales o distritales y las nuevas vinculaciones, se regirán por el establecido en la Ley 91 de 1989 y en cuanto a los docentes territoriales dispuso su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, aplicando el mismo régimen prestacional vigente en la respectiva entidad territorial.

Adicionalmente, para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro; para los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial; para los nacionales y nacionalizados vinculados a partir del 1° de enero de 1981, así como para los demás docentes que sean nombrados a partir del 1° de enero de 1990, **les será reconocida una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Así mismo, se estableció que**

**estos pensionados gozarán del régimen previsto para los pensionados del sector público nacional.**

En consecuencia, lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen de jubilación que se encontraba vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, **esto es, el contemplado en la Ley 33 de 1985.**

De acuerdo a lo anterior, para efectos de reconocimiento de pensión de jubilación, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, señaló:

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

De conformidad con la norma transcrita, la señora Ana Yanet Muñoz Prieto tenía derecho a que su pensión de Jubilación le fuera reconocida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el año anterior al status pensional, remitiéndose para el efecto, a los factores salariales señalados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Por su parte, en lo relativo a los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, prevé:

*“Artículo 3°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

***Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.***

**En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.**  
(Negrilla fuera de texto).”

A su turno, el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 y agregó a dichos factores, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación en los siguientes términos:

*“Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

*En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”*

#### **5.2.2.1. Precedentes jurisprudenciales**

El Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Dr. Cesar palomino Cortés, mediante **Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018**, dentro del Expediente No. 520012333000201200143-01, respecto a la forma como se deben liquidar las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición estableció:

“(…)

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

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

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

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

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

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

**95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).

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

(...)

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

factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.

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

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

(...)" (Resaltado del Despacho).

Por su parte, la misma Corporación Judicial, en **Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019**<sup>1</sup>, advirtió que:

"(...)

**26. ...la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no constituye precedente frente al régimen pensional de los docentes por dos razones fundamentales: i) No hay similitud fáctica entre los supuestos de hecho resueltos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 y el presente caso, y ii) se trata de problemas jurídicos distintos como se explicará más adelante**". (Negrillas fuera del texto original).

Y más adelante agregó:

**"27. Sin embargo, en dicho pronunciamiento se fijó una subregla sobre los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, subregla que se tendrá en cuenta como criterio de interpretación para resolver el problema jurídico en este caso.**

(...)" (Negrillas del Despacho).

Posteriormente, señaló:

"(...)

**34. En este orden de ideas, la Sala debe definir, si el criterio de interpretación que adoptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los**

---

<sup>1</sup> Sentencia SUJ-014-CE-S2-2019, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. César Palomino Cortés.

factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación, bajo el régimen general de la citada Ley 33 de 1985, aplica de igual manera para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes prevista en la Ley 91 de 1989.

(...)”.

Luego, indicó:

“(…)

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

**• En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

(...)”.

Por último, concluyó:

“(…)

72. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

**a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede**

**incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

***b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.***

(...)"

En este orden de ideas, se encuentra acreditado dentro del expediente que la actora fue docente territorial, vinculada antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, pues su nombramiento se produjo el 25 de abril de 1989 (fl. 14), y en tal condición tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal b), del numeral 2º, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

Ahora bien, de acuerdo con la regla fijada en la sentencia transcrita líneas atrás, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, eran solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, según el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, esto es:

- *asignación básica mensual*
- *gastos de representación*
- *prima técnica, cuando sea factor de salario*
- *primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario*
- *remuneración por trabajo dominical o festivo*
- *bonificación por servicios prestados*
- *remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.*

Así las cosas, conforme con la Resolución No. 3882 del 16 de mayo de 2017 (fls. 4 a 5 *vlto*), la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la actora e incluyó como factores: **Asignación básica, bonificación por decreto, y prima de vacaciones.** Posteriormente, mediante Resolución No. 160 del 16 de enero de 2019, dicha entidad ajustó la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la actora, incluyendo como factor, además de los ya reconocidos, las **horas extras.**

No obstante, salvo la asignación básica y las horas extras, los restantes factores no constituyen base de liquidación de los aportes y, por tanto, no se podían incluir en liquidación de la pensión, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985. Sin embargo, el acto de reconocimiento conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión va dirigida a que se incluyan factores adicionales a los reconocidos por la entidad y, en consecuencia, el acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda.

En ese sentido, si bien la pretensión de reliquidación pensional recae sobre la inclusión de **la prima especial, la prima de servicios y la prima de navidad**, la misma será negada por cuanto dichos factores no se encuentran enlistados como de los que hacen base de liquidación pensional y, en consecuencia, es evidente que a la actora no le asiste derecho alguno a que sean incluidos en su pensión de jubilación.

### **5.2.3. MARCO NORMATIVO QUE REGULA EL RÉGIMEN DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS PENSIONALES.**

Los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales fueron contemplados tanto en el régimen general de pensiones, inicialmente en un 5% de la mesada pensional (ley 4ª. de 1966, artículo 37 del decreto 3135 de 1968 y artículo 90 del Decreto 1848 de 1969), como en el régimen especial de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, “*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, con una diferencia entre ellos, pues en el primero, no se alude a las mesadas adicionales, en tanto que en el segundo se señala expresamente que en dicha cotización quedan incluidas las mesadas adicionales.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el monto de cotización en salud, quedó consagrado en el artículo 204 *ibidem*, en un **máximo del 12 % del salario base de cotización**”.

Respecto a la cotización al régimen prestacional en salud de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 *“Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”* dispuso que **“El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003”**, de donde se colige que la tasa de cotización en salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no es otra que la prevista en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, esto es, el 12%, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008.

Conforme al marco normativo expuesto, es claro que en la actualidad el monto de cotización al régimen contributivo en salud **se encuentra unificado** tanto para los pensionados cobijados por el régimen general de pensiones como para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en una tasa del 12%, del salario base de cotización, es decir, un 7% más de lo que venían cotizando bajo el régimen de la ley 91 de 1989.

#### **5.2.3.1. MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE**

La mesada adicional del mes de diciembre fue consagrada por primera vez en el artículo 5° de la Ley 4 de 1976 *“por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”*, así: *“Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho **recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.....”***.

Posteriormente, el artículo 50 de la ley 100 de 1993, reiteró el derecho de los pensionados *por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia a continuar **recibiendo** cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión”*.

Por su parte, la mesada adicional del mes de junio, se encuentra establecida tanto en el régimen general de pensiones (artículo 142 de la Ley 100 de 1993), como en el régimen especial de los docentes oficiales (artículo 15°, numeral 2° literal b), de la Ley 91 de 1989).

#### **5.2.3.2. DE LA PROCEDENCIA DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE DE LAS MESADAS PENSIONALES ADICIONALES DEL PERSONAL DOCENTE. UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL.**

En primer lugar, se advierte que frente a las controversias orientadas a la devolución de los descuentos en salud efectuados en las mesadas adicionales de junio y diciembre del personal docente, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, no había una posición unificada y, en ese sentido, esta juzgadora era de la tesis de que el régimen de cotización en salud para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedó cobijado por el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, en el entendido que si para éste último se aplicaba la prohibición de realizar descuentos en salud sobre las mesadas mencionadas, dicha prohibición igualmente regía a los Docentes, bien por considerarse que había operado la derogatoria tácita del artículo 8° numeral 5° de la ley 91 de 1989, como lo venía sosteniendo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, entre otras, en providencia del 31 de enero de 2013 ( expediente 2011-00381-01 M.P. Carmelo Perdomo Cueter) o bien, en aplicación del principio constitucional de igualdad, consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta Política.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda- en **Sentencia de Unificación del 3 de junio de 2021**, proferida dentro del Expediente No. 66001-33-33-000-2015-00309-01, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez<sup>2</sup>, determinó la procedencia de

---

<sup>2</sup> Demandante: JOSÉ JULIÁN GUEVARA PARRA, Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales pagadas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los siguientes términos:

“(...)

44. Ahora, es cierto que el artículo 81 no hizo mención expresa al aumento para la tasa de cotización en salud de los docentes pensionados, sin embargo, esto no implica que aquellos estuvieran exentos del ámbito de la norma. En lo relativo a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexequibilidad del inciso 43 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención.

(...)

50. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.

51. De lo anteriormente expuesto, se observa que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 aumentó el porcentaje de la cotización a salud del personal pensionado que se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del 5% al 12% mensual, pero no modificó la obligación de efectuarlas sobre cada una de las mesadas pensionales, **incluso de las mesadas adicionales, según lo ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste.**

(...)

53. **En conclusión: Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las**

---

<sup>3</sup> El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente: «El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones».

mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993”.

(...)

54. Hasta este punto queda verificado que los docentes pensionados están en la obligación de aportar un 12% de sus mesadas pensionales y que, al tratarse de una regla derivada de los artículos 8 de la Ley 91 de 1989 y 81 de la Ley 812 de 2003, la obligación de aportes, cualquier excepción debe estar taxativamente señalada por la ley....”.

Y más adelante, agregó:

**“1.2.1. De la excepción del artículo 5 de la Ley 43 de 1984.**

55. Uno de los planteamientos que sustentan la improcedencia de los descuentos a salud de las mesadas adicionales se funda en el artículo **5 de la Ley 43 de 1984**. Con el fin de analizarlo, conviene señalar que el **artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982** proscribió los descuentos de la mesada adicional del mes de diciembre para las Organizaciones Gremiales y para las Entidades encargadas del pago de pensiones, así: «La mensualidad adicional de que trata el artículo 5.º de la Ley 4.ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones».

(...)

59. Sin embargo, ante la obligación legal que ordena los descuentos por aportes a salud de las mesadas adicionales, contenida en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, se concluye que ni el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 ni el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 regulan la materia para los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

60. Ahora, debe tenerse en cuenta que el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, es la norma específica para el sector docente y aquella dispuso que sí se deben efectuar los descuentos de las mesadas adicionales, además, es posterior a la Ley 43 de 1984, con lo cual, **esta última no es la que rige para el personal afiliado al FOMAG.**

61. En ese orden, la aplicación del artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982 **no puede sustentar el entendimiento según el cual los afiliados al FOMAG están eximidos de la cotización de salud de sus mesadas pensionales adicionales.**

(...)”. (Negrillas y subrayas del Despacho).

Posteriormente, señaló:

“(...)

**1.2.2. Alcance del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002**

(...)

64. En desarrollo de lo anterior, el Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002 prescribió:

**«Artículo 1º.** Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

(...)

**Parágrafo.** De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.»

65. En primer lugar, se observa que los descuentos de las mesadas adicionales de que trata la norma son aquellos destinados a los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, fondos de empleados y de las cooperativas, así como de las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, **mas no están referidos a las cotizaciones a salud.**

(...)

68. Así las cosas, es necesario precisar que el Decreto 1073 de 2002 hace parte del marco normativo de los descuentos de las mesadas de los pensionados con destino a las asociaciones gremiales, fondos de empleados y de las cooperativas, y es a estos a los que se refiere la norma cuando señala «Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto», **con lo cual no debe extenderse a las cotizaciones de las mesadas adicionales del personal de docentes pensionados afiliados al FOMAG, pues en todo caso, dichos descuentos sí están autorizados por la ley, particularmente, por la Ley 91 de 1989 en el artículo 8, como ya se definió.** (Negrillas fuera del texto original).

(...)».

Luego, indicó:

**“1.2.3. La condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de los docentes pensionados**

“(...)”

70. Otro de los argumentos que se exponen para afirmar que son improcedentes los descuentos a salud de las mesadas pensionales adicionales, está basado en que los docentes pensionados ya no pueden considerarse como afiliados al FOMAG, ante la inexistencia de

una relación legal y reglamentaria en virtud de la cual ejerzan la función docente.

(...)

72. Para el asunto bajo estudio, únicamente pueden ser acreedores de las prestaciones y servicios a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio aquellos servidores que se encuentran afiliados y hacen los aportes que les corresponde. En consecuencia, quienes reciben prestaciones tales como una pensión de jubilación a cargo de aquel, según la Ley 91 de 1989, así como los servicios médico-asistenciales, son sus afiliados (...)

73. Así las cosas, **no cabe duda de que quienes reciben prestaciones y servicios de dicho Fondo aún se encuentran inscritos a él y reciben dichos beneficios. Por ello, es plausible concluir que están afiliados al FOMAG aquellos docentes que gozan de las prestaciones que dicha entidad les concede por ministerio de la ley, sin que puedan excluirse de este grupo de servidores aquellos que no tienen vigente una relación legal y reglamentaria para el ejercicio de la función docente.**

(...) De la norma transcrita se deduce que, para el Legislador, los docentes pensionados tienen la condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

75. En consecuencia, el argumento según el cual los docentes pensionados perdieron la condición de afiliados al FOMAG no es de recibo.

(...)” (Negrillas del Despacho).

Así mismo, refirió:

**“1.2.4. De efectuarse el descuento de la cotización a salud a las mesadas pensionales adicionales se estaría realizando en un 24% en el respectivo mes, cuando solamente está autorizado un 12%.**

76. En relación con el razonamiento según el cual el aporte de la mesada adicional conlleva un 24%, es necesario precisar que de cada una de las mesadas que reciben se efectúa el descuento del 12%, es decir, 12% de la mesada que periódicamente se viene recibiendo y otro 12% de la mesada adicional. Por ende, para afirmar que el descuento corresponde a un 24%, sería necesario demostrar que se efectuó sobre una misma mesada de las que se devenga periódicamente, pero no se entiende de esta forma cuando de cada una de las mesadas, se realiza la referida deducción, así sean pagadas en un mismo periodo.

(...)

Una simple operación aritmética permite deducir que, en la situación bajo examen, se hace una deducción del 12% del 100% de lo que se recibe cada mes. Entonces, cuando se recibe una mesada adicional, en junio y diciembre, también se hace un descuento del 12% del total que se recibe. Si bien en términos numéricos el valor del aporte equivale al

*doble del que corresponde para una mensualidad ordinaria, no puede entenderse que aquella se aumenta en 24%, dado que recibe un valor adicional. En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 prevé que el aporte se obtiene de la «respectiva mesada», es decir, de la mesada ordinaria más la adicional. En otros términos, el descuento del 12% se efectúa sobre el total de lo recibido en el correspondiente mes, lo que es igual al 12% de cada una de las mesadas.»*

En ese sentido, anotó:

“ (...)”

*Finalmente, la parte demandante afirmó que, de efectuarse tal deducción la cotización equivaldría al 24% de la mesada, cuando lo procedente es el 12% mensual. **Este argumento tampoco tiene vocación de prosperidad**, si se tiene en cuenta que en los meses en los que el beneficiario de la prestación recibe dos mesadas, el aporte del 12% lo hace sobre el total de lo devengado en ese mes, lo que equivale al descuento del mismo porcentaje de cada una de las mesadas que recibe”.*

“(...)”

Finalmente, concluyó:

## **“2. REGLA DE UNIFICACIÓN**

*86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.*

*(...)” (subrayas del Despacho).*

Por último, lo concerniente a los efectos de dicha sentencia, indicó:

“(...)”

*88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompasa con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. **En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.***

*89...la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija **se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial**, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables” (Negrilla fuera del texto original).*

Bajo el anterior criterio Jurisprudencial, es claro que son procedentes los descuentos con destino a salud, incluso en las mesadas adicionales de junio y diciembre reconocidas a los docentes, pues dichos descuentos si están autorizados por el artículo 8° de la ley 91 de 1989, que les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porcentaje que fue incrementado al 12%, de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

En el caso que nos ocupa, la demandante pretende que se ordene al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduciaria la Previsora S.A., el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de **junio y diciembre**, así como la suspensión de los mismos.

De las pruebas obrantes en el expediente se encuentra acreditado que la actora tiene la calidad de docente pensionada por jubilación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, según se extrae de las resoluciones Nos. 3882 del 16 de mayo de 2017 y 160 del 16 de enero de 2019.

A su vez, se observa que la actora elevó reclamación administrativa ante la Fiduciaria la Previsora S.A. y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el propósito de que se les realizara la devolución y suspensión del valor descontado por salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre, solicitudes que fueron denegadas a través de los actos administrativos demandados en la presente controversia.

Por su parte, en la etapa de decreto de pruebas de la Audiencia Inicial y Alegaciones llevada a cabo el 2 de marzo de 2021, se ordenó oficiar a la

Fiduprevisora S. A., con el fin de que aportara al plenario el cuaderno administrativo de la actora, en especial los soportes que acreditan los descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud efectuados a la señora Ana Yanet Muñoz Prieto desde el momento que adquirió el status de pensionada, sin que a la fecha de la presente providencia se hubiesen remitido.

Sin embargo, la misma ya no es necesaria para resolver la controversia, pues determinándose que el descuento es procedente, ya no se requiere probar si el mismo fue o no realizado, aspecto que era indispensable establecer para acceder a las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, conforme al criterio jurisprudencial reseñado, el cual acoge esta juzgadora en su integridad, es claro que los descuentos con destino al régimen contributivo en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se encuentran ajustados a la ley, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda.

### **5.3. COSTAS.**

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la actora en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** NEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas a cargo de la actora.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora, excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ  
JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 021 de hoy 20 de agosto de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA DOLÓN CARACHO Secretaria

**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez  
Juez  
018  
Juzgado Administrativo  
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: **47e1ae5e0865a0ddf6ca6db88987f166a49ac2f8d4d7ea10326750b73cda713a**  
Documento generado en 11/08/2021 01:02:54 PM*

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD**  
**DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 110013335-018-2019-00158-00  
**Demandantes:** **HELI DELIO FONSECA VARELA, BLANCA ALCIRA ROA DE COLMENARES, GABRIEL PRECIADO CAMARGO, BLANCA CECILIA PÉREZ VARÓN, YOLANDA VALENCIA BETANCOURT, EVIDALIA MOLINA ALFONSO, JUAN CARLOS SÁNCHEZ GAITÁN, MARTHA MYRIAM SÁNCHEZ DE PALACIOS, JUANA CLOTILDE CABEZAS ORTIZ Y CLARA ISABEL PEÑA PINEDA.**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.  
Asunto: SENTENCIA

---

Los señores HELI DELIO FONSECA VARELA, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.323.438 de Icononzo; BLANCA ALCIRA ROA DE COLMENARES, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.437.340 de Bogotá; GABRIEL PRECIADO CAMARGO, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.743.581 de Tunja; BLANCA CECILIA PÉREZ VARÓN, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.522.741 de Bogotá; YOLANDA VALENCIA BETANCOURT, identificada con cédula de ciudadanía No. 28.738.026 de Fresno (Tolima); EVIDALIA MOLINA ALFONSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.616.622 de Bogotá; JUAN CARLOS SÁNCHEZ GAITÁN, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.117.615 de Fontibón; MARTHA MYRIAM SÁNCHEZ DE PALACIOS, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.732.119 de Bogotá; JUANA CLOTILDE CABEZAS ORTIZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.627.619 de Bogotá y CLARA ISABEL PEÑA PINEDA, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.410.357 de Bogotá, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentaron demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN

NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y de la FIDUCIARA LA PREVISORA S.A., correspondiendo dictar Sentencia.

## **I. ACTUACIÓN PROCESAL**

### **1. LA DEMANDA.**

#### **1.1 PRETENSIONES**

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial y de Alegaciones llevada a cabo el 2 de marzo de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

## **II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La apoderada de los demandantes estima desconocidos los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, el Decreto 1073 de 2002 y la Ley 812 de 2003.

Señala que la Ley 812 de 2003, derogó tácitamente los descuentos para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, normativa que no contempla los mismos, razón por la cual la entidad demandada está realizando un doble descuento que no se encuentra autorizado por la ley, quebrantando los mandatos constitucionales.

Sostiene que en los Conceptos Nos. 10846 del 20 de agosto de 2004 y 8004-1-160365 del 31 de diciembre de 2005, expedidos por el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud – *respectivamente*, se ratifica que sobre las mesadas pensionales es procedente el descuento para el aporte a salud; sin embargo, este no puede recaer en las adicionales.

## **III. CONTESTACIÓN**

La demanda fue notificada el 31 de mayo del 2019, tal como consta a folios 181 a 186 del expediente, razón por la cual, las entidades demandadas tenían hasta el 23 de agosto de dicha anualidad para contestar, lapso en el que guardaron silencio.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los alegatos de conclusión fueron expuestos por las apoderadas de las partes en la Audiencia Inicial y de Alegaciones llevada a cabo el 2 de marzo de 2021 y a ellos se remite el Despacho.

De otra parte, se advierte que el Agente del Ministerio Público no rindió concepto, en razón a que no asistió a la mencionada Audiencia.

#### **V. CONSIDERACIONES**

##### **5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.**

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

##### **Caso No. 1. Demandante HELI DELIO FONSECA VARELA**

i) Resolución No. 002062 del 13 de agosto de 1998, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante, a partir del 12 de diciembre de 1997 (fls. 27 a 28).

ii) Petición elevada por el actor ante la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 20 de abril de 2018, por medio de la cual solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fl. 29).

iii) Oficio No. S-2018-77771 del 24 de abril de 2018, mediante el cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó lo solicitado anteriormente y le informó al

demandante que dicha entidad efectúa el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, más no el pago de las mismas y menos los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, por ende, enviará a la Fiduciaria la Previsora S. A. la solicitud elevada con el objeto de que se pronuncie sobre la misma (fls. 30 a 31).

iv) Petición elevada por el actor ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 28 de mayo de 2018, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 32).

v) Oficio No. 20181070172211 del 12 de junio de 2018, mediante el cual la Fiduciaria la Previsora S. A. negó lo solicitado anteriormente. (fls. 33 a 35).

vi) Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados al actor, por el periodo comprendido entre el 12 de diciembre de 1997 y el 31 de mayo de 2018, conforme al cual consta que efectivamente se le han realizado los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre (fls. 36 a 44).

vii) Copia de la cédula de ciudadanía del actor (fl. 26).

## **Caso No. 2. Demandante BLANCA ALCIRA ROA DE COLMENARES**

i) Resolución No. 01713 del 20 de abril de 2004, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 11 de noviembre de 2003 (fls. 48 a 49).

ii) Petición elevada ante la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 18 de julio de 2018, por medio de la cual la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fl. 50).

iii) Oficio No. S-2019-477 del 03 de enero de 2019, mediante el cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó lo solicitado anteriormente y le informó a la demandante que dicha entidad efectúa el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, más no el pago de las mismas y menos los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, por ende, enviará a la Fiduciaria la Previsora S. A. la solicitud elevada, con el objeto de que se pronuncie sobre la misma (fls. 51 a 52).

iv) Petición elevada por la demandante ante la Fiduciaria la Previsora S.A. el 26 de septiembre de 2018, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 53).

v) Oficio No. 20190870230091 del 6 de febrero de 2019, mediante el cual la Fiduciaria la Previsora S. A. negó lo solicitado anteriormente. (fls. 54 a 56).

vi) Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados a la actora, por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 1991 y el 31 de enero de 2019, conforme al cual consta que efectivamente se le han realizado los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre (fls. 57 a 63).

vii) Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 47).

### **Caso No. 3. Demandante GABRIEL PRECIADO CAMARGO**

i) Resolución No. 972 del 09 de noviembre de 1992, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante, a partir del 19 de febrero de 1990 (fls. 68 a 69 *vltto*).

ii) Petición elevada por el demandante ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 28 de septiembre de 2017, por medio de la cual solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales

de junio y diciembre cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 70).

iii) Oficio No. S-2017-160187 del 02 de octubre de 2017, mediante el cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó lo solicitado anteriormente y le informó al demandante que dicha entidad efectúa el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, más no el pago de las mismas y menos los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, por ende, enviará a la Fiduciaria la Previsora S. A. la solicitud elevada, con el objeto de que se pronuncie sobre la misma (fls. 71 y 71 *vlto*).

iv) Petición elevada por el actor ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 03 de octubre de 2017, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 72).

v) Copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 67).

#### **Caso No. 4. Demandante BLANCA CECILIA PÉREZ VARÓN**

i) Resolución No. 02879 del 24 de junio de 2004, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión por invalidez a la demandante, a partir del 19 de enero de 2004 (fls. 76 a 76 *vlto*).

ii) Petición elevada ante la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 06 de septiembre de 2018, por medio de la cual la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 78).

iii) Oficio No. S-2018-161202 del 20 de septiembre de 2018, mediante el cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó lo solicitado anteriormente y le informó a la

demandante que dicha entidad efectúa el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, más no el pago de las mismas y menos los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, por ende, enviará a la Fiduciaria la Previsora S. A. la solicitud elevada, con el objeto de que se pronuncie sobre la misma (fls. 79 a 80).

iv) Petición elevada por la demandante ante la Fiduciaria la Previsora S.A. el 03 de octubre de 2018, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 81).

vi) Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 75).

**Caso No. 5. Demandante YOLANDA VALENCIA BETANCOURT**

i) Resolución No. 2323 del 27 de abril de 2007, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 08 de diciembre de 2006 (fls. 86 a 87).

ii) Petición elevada ante la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 09 de noviembre de 2017, por medio de la cual la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fl. 88).

iii) Petición elevada por la demandante ante la Fiduciaria la Previsora S.A. el 09 de noviembre de 2017, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 89).

iv) Oficio No. 20170931524241 del 01 de diciembre de 2017, mediante el cual la Fiduciaria la Previsora S. A., dio respuesta parcial a la solicitud, allegando los extractos de pago, sin pronunciarse sobre la petición de

reintegro y devolución de descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales. (fl. 90).

v) Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados a la actora, por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 1991 y el 30 de noviembre de 2017, conforme al cual consta que efectivamente se le han realizado los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de los meses diciembre (fls. 91 a 96).

vi) Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 85).

**Caso No. 6. Demandante EVIDALIA MOLINA ALFONSO**

i) Resolución No. 529 del 18 de febrero de 2009, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 19 de octubre de 2008 (fls. 101 a 103).

ii) Petición elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 19 de abril de 2018, por medio de la cual la actora, a través de apoderada, solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 104 a 106).

iii) Resolución No. 8868 del 03 de septiembre de 2018, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reliquidó la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la actora y se negó el reintegro de descuentos en salud solicitado (fls. 107 a 108 *vlto*).

iv) Petición elevada por la demandante ante la Fiduciaria la Previsora S.A. el 27 de febrero de 2018, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 109).

v) Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 100).

**Caso No. 7. Demandante JUAN CARLOS SÁNCHEZ GAITÁN**

i) Resolución No. 4231 del 26 de agosto de 2013, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante, a partir del 13 de diciembre de 2011 (fls. 113 a 114).

ii) Petición elevada por el demandante ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 18 de septiembre de 2017, por medio de la cual solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 115 a 117).

iii) Resolución No. 6843 del 31 de julio de 2018, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se ajustó la pensión vitalicia de jubilación reconocida al actor y se negó el reintegro de descuentos en salud solicitado (fls. 118 a 119).

iv) Petición elevada por el actor ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 27 de junio de 2017, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 121).

vi) Copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 112).

**Caso No. 8. Demandante MARTHA MYRIAM SÁNCHEZ DE PALACIOS**

i) Resolución No. 1899 del 25 de abril de 2012, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación a la actora, a partir del 11 de mayo de 2011 (fls. 125 a 126).

ii) Petición elevada por la actora ante la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 17 de enero de 2018, por medio de la cual solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 127 a 129).

iii) Resolución No. 4977 del 21 de mayo de 2018, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se reliquidó la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la actora y se negó el reintegro de descuentos en salud solicitado (fls. 130 a 131 *vlto*).

iv) Petición elevada por la demandante ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 21 de noviembre de 2017, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 133).

v) Oficio No. 20170931539441 del 05 de diciembre de 2017, mediante el cual la Fiduciaria la Previsora S. A., dio respuesta parcial a la solicitud, allegando los extractos de pago, sin pronunciarse sobre la petición de reintegro y devolución de descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales. (fl. 134).

vi) Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados a la actora, por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 1991 y el 30 de noviembre del 2017, conforme al cual consta que efectivamente se le han realizado los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de los meses de diciembre (fls. 135 a 137).

iii) Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 124).

#### **Caso No. 9. Demandante JUANA CLOTILDE CABEZAS ORTIZ**

i) Resolución No. 0289 del 27 de enero de 2010, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó

el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 14 de junio de 2009 (fls. 142 a 144).

ii) Petición elevada por la actora ante la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 10 de febrero de 2017, por medio de la cual solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 145 a 149).

iii) Resolución No. 10790 del 19 de octubre de 2018, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se negó el ajuste de la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la actora y se negó el reintegro de descuentos en salud solicitado (fls. 151 a 152).

iv) Petición elevada por la demandante ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 24 de noviembre de 2016, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 153).

v) Oficio No. 20170160069871 del 20 de enero de 2017, mediante el cual la Fiduciaria la Previsora S. A., dio respuesta parcial a la solicitud, indicando que no se podían allegar los certificados de aportes, pues no se cumplió con los requisitos para atender la solicitud, sin pronunciarse sobre la petición de reintegro y devolución de descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales. (fls. 154 y 155).

vi) Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 141).

#### **Caso No. 10. Demandante CLARA ISABEL PEÑA PINEDA**

i) Resolución No. 3889 del 1° de agosto de 2011, a través de la cual la Secretaría de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 26 de enero de 2011 (fls. 160 a 161).

ii) Petición elevada por la actora ante la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 09 de enero de 2018, por medio de la cual solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 162 a 164).

iii) Resolución No. 2271 del 02 de marzo de 2018, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se negó el ajuste de la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la actora y se negó el reintegro de descuentos en salud solicitado (fls. 166 a 167).

iv) Resolución No. 8027 del 17 de agosto de 2018, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante la cual se ajustó una pensión vitalicia de jubilación y se resolvió un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 2271 del 02 de marzo de 2018, sin pronunciarse sobre la petición de reintegro y devolución de descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales (fls. 168 a 169).

v) Petición elevada por la demandante ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 08 de noviembre de 2017, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 171).

vi) Oficio No. 20170931520611 del 30 de noviembre de 2017, mediante el cual la Fiduciaria la Previsora S. A. dio respuesta parcial a la solicitud, allegando los extractos de pago, sin pronunciarse sobre la petición de reintegro y devolución de descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales (fl. 173).

vii) Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados a la actora, por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 1991 y el 30 de noviembre de 2017, conforme al cual consta que

efectivamente se le ha realizado el descuento en salud sobre la mesada adicional del mes de diciembre (fls. 174 a 176).

iii) Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 159).

## **5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la Audiencia Inicial y Alegaciones llevada a cabo el 2 de marzo de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer:

i) Si, excepción hecha de los señores HELI DELIO FONSECA VARELA y BLANCA ALCIRA ROA DE COLMENARES, se configuró el silencio administrativo por falta de respuesta a los derechos de petición radicados por los restantes demandantes, o por omitir pronunciarse al respecto en los actos administrativos correspondientes a los señores EVIDALIA MOLINA ALFONSO, JUAN CARLOS SÁNCHEZ GAITÁN, MARTHA MYRIAM SÁNCHEZ DE PALACIOS y JUANA CLOTILDE CABEZAS ORTIZ.

ii) Si las mesadas pensionales reconocidas a favor de los demandantes en calidad de pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de **junio y diciembre** (*respectivamente*), son susceptibles de descuentos de aporte al régimen contributivo de seguridad social en salud.

iii) Si procede o no la devolución de los mismos y si se debe ordenar la suspensión de tales descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia.

### **5.2.1. MARCO NORMATIVO QUE REGULA EL RÉGIMEN DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS PENSIONALES.**

Los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales fueron contemplados tanto en el régimen general de pensiones, inicialmente en un 5% de la mesada pensional (ley 4ª. de 1966, artículo 37 del decreto 3135 de 1968 y artículo 90 del Decreto 1848 de 1969), como en el régimen especial de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

Magisterio (numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, “*por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, con una diferencia entre ellos, pues en el primero, no se alude a las mesadas adicionales, en tanto que en el segundo se señala expresamente que en dicha cotización quedan incluidas las mesadas adicionales.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el monto de cotización en salud, quedó consagrado en el artículo 204 *íbidem*, en un **máximo del 12 % del salario base de cotización**”.

Respecto a la cotización al régimen prestacional en salud de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 “*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*” dispuso que **“El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003”**, de donde se colige que la tasa de cotización en salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no es otra que la prevista en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, esto es, el 12%, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008.

Conforme al marco normativo expuesto, es claro que en la actualidad el monto de cotización al régimen contributivo en salud **se encuentra unificado** tanto para los pensionados cobijados por el régimen general de pensiones como para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en una tasa del 12%, del salario base de cotización, es decir, un 7% más de lo que venían cotizando bajo el régimen de la ley 91 de 1989.

### **5.2.2. MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE**

La mesada adicional del mes de diciembre fue consagrada por primera vez en el artículo 5° de la Ley 4 de 1976 “*por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones*”, así: “*Los pensionados de que trata esta ley o las*

*personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho **recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.....***”.

Posteriormente, el artículo 50 de la ley 100 de 1993, reiteró el derecho de los pensionados *por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia a continuar **recibiendo** cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión*”.

Por su parte, la mesada adicional del mes de junio, se encuentra establecida tanto en el régimen general de pensiones (artículo 142 de la Ley 100 de 1993), como en el régimen especial de los docentes oficiales (artículo 15°, numeral 2° literal b), de la Ley 91 de 1989).

### **5.2.3. DE LA PROCEDENCIA DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE DE LAS MESADAS PENSIONALES ADICIONALES DEL PERSONAL DOCENTE. UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL.**

En primer lugar, se advierte que frente a las controversias orientadas a la devolución de los descuentos en salud efectuados en las mesadas adicionales de junio y diciembre del personal docente, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, no había una posición unificada y, en ese sentido, esta juzgadora era de la tesis de que el régimen de cotización en salud para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedó cobijado por el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, en el entendido que si para éste último se aplicaba la prohibición de realizar descuentos en salud sobre las mesadas mencionadas, dicha prohibición igualmente regía a los Docentes, bien por considerarse que había operado la derogatoria tácita del artículo 8° numeral 5° de la ley 91 de 1989, como lo venía sosteniendo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, entre otras, en providencia del 31 de enero de 2013 ( expediente 2011-00381-01 M.P. Carmelo Perdomo Cueter) o bien, en aplicación del principio

constitucional de igualdad, consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta Política.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda- en **Sentencia de Unificación del 3 de junio de 2021**, proferida dentro del Expediente No. 66001-33-33-000-2015-00309-01, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez<sup>1</sup>, determinó la procedencia de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales pagadas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los siguientes términos:

“(…)

*44. Ahora, es cierto que el artículo 81 no hizo mención expresa al aumento para la tasa de cotización en salud de los docentes pensionados, sin embargo, esto no implica que aquellos estuvieran exentos del ámbito de la norma. En lo relativo a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexecutable del inciso 42 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención.*

(…)

*50. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.*

---

<sup>1</sup> Demandante: JOSÉ JULIÁN GUEVARA PARRA, Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

<sup>2</sup> El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente: «El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones».

51. De lo anteriormente expuesto, se observa que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 aumentó el porcentaje de la cotización a salud del personal pensionado que se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del 5% al 12% mensual, pero no modificó la obligación de efectuarlas sobre cada una de las mesadas pensionales, **incluso de las mesadas adicionales, según lo ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste.**

(...)

53. **En conclusión: Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993** de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993”.

(...)

54. Hasta este punto queda verificado que los docentes pensionados están en la obligación de aportar un 12% de sus mesadas pensionales y que, al tratarse de una regla derivada de los artículos 8 de la Ley 91 de 1989 y 81 de la Ley 812 de 2003, la obligación de aportes, cualquier excepción debe estar taxativamente señalada por la ley....”.

Y más adelante, agregó:

**“1.2.1. De la excepción del artículo 5 de la Ley 43 de 1984.**

55. Uno de los planteamientos que sustentan la improcedencia de los descuentos a salud de las mesadas adicionales se funda en el artículo **5 de la Ley 43 de 1984**. Con el fin de analizarlo, conviene señalar que el **artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982** proscribió los descuentos de la mesada adicional del mes de diciembre para las Organizaciones Gremiales y para las Entidades encargadas del pago de pensiones, así: «La mensualidad adicional de que trata el artículo 5.º de la Ley 4.ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones».

(...)

59. Sin embargo, ante la obligación legal que ordena los descuentos por aportes a salud de las mesadas adicionales, contenida en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, se concluye que ni el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 ni el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 regulan la materia para los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

60. Ahora, debe tenerse en cuenta que el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, es la norma específica para el sector docente y aquella dispuso que sí se deben efectuar los descuentos de las mesadas adicionales, además, es posterior a la Ley 43 de 1984, con lo cual,

**esta última no es la que rige para el personal afiliado al FOMAG.**

61. En ese orden, la aplicación del artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982 **no puede sustentar el entendimiento según el cual los afiliados al FOMAG están eximidos de la cotización de salud de sus mesadas pensionales adicionales.**

(...)" (Negrillas y subrayas del Despacho).

Posteriormente, señaló:

"(...)

### **1.2.2. Alcance del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002**

(...)

64. En desarrollo de lo anterior, el Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002 prescribió:

**«Artículo 1º.** Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

(...)

**Parágrafo.** De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.»

65. En primer lugar, se observa que los descuentos de las mesadas adicionales de que trata la norma son aquellos destinados a los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, fondos de empleados y de las cooperativas, así como de las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, **mas no están referidos a las cotizaciones a salud.**

(...)

68. Así las cosas, es necesario precisar que el Decreto 1073 de 2002 hace parte del marco normativo de los descuentos de las mesadas de los pensionados con destino a las asociaciones gremiales, fondos de empleados y de las cooperativas, y es a estos a los que se refiere la norma cuando señala «Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto», **con lo cual no debe extenderse a las cotizaciones de las mesadas adicionales del personal de docentes pensionados afiliados al FOMAG, pues en todo caso, dichos descuentos sí están autorizados por la ley, particularmente, por la Ley 91 de 1989 en el artículo 8, como ya se definió.** (Negrillas fuera del texto original).

(...)

Luego, indicó:

**“1.2.3. La condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de los docentes pensionados**

“(…)

70. Otro de los argumentos que se exponen para afirmar que son improcedentes los descuentos a salud de las mesadas pensionales adicionales, está basado en que los docentes pensionados ya no pueden considerarse como afiliados al FOMAG, ante la inexistencia de una relación legal y reglamentaria en virtud de la cual ejerzan la función docente.

(…)

72. Para el asunto bajo estudio, únicamente pueden ser acreedores de las prestaciones y servicios a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio aquellos servidores que se encuentran afiliados y hacen los aportes que les corresponde. En consecuencia, quienes reciben prestaciones tales como una pensión de jubilación a cargo de aquel, según la Ley 91 de 1989, así como los servicios médico-asistenciales, son sus afiliados (...)

73. Así las cosas, **no cabe duda de que quienes reciben prestaciones y servicios de dicho Fondo aún se encuentran inscritos a él y reciben dichos beneficios. Por ello, es plausible concluir que están afiliados al FOMAG aquellos docentes que gozan de las prestaciones que dicha entidad les concede por ministerio de la ley, sin que puedan excluirse de este grupo de servidores aquellos que no tienen vigente una relación legal y reglamentaria para el ejercicio de la función docente.**

(...) De la norma transcrita se deduce que, para el Legislador, los docentes pensionados tienen la condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

75. En consecuencia, el argumento según el cual los docentes pensionados perdieron la condición de afiliados al FOMAG no es de recibo.

(...)” (Negrillas del Despacho).

Así mismo, refirió:

**“1.2.4. De efectuarse el descuento de la cotización a salud a las mesadas pensionales adicionales se estaría realizando en un 24% en el respectivo mes, cuando solamente está autorizado un 12%.**

76. En relación con el razonamiento según el cual el aporte de la mesada adicional conlleva un 24%, es necesario precisar que de cada una de las mesadas que reciben se efectúa el descuento del 12%, es decir, 12% de la mesada que periódicamente se viene recibiendo y otro 12% de la mesada adicional. Por ende, para afirmar que el descuento corresponde a un 24%, sería necesario demostrar que se efectuó sobre una misma mesada de las que se devenga periódicamente, pero no se entiende de esta forma cuando de cada una de las mesadas, se realiza la referida deducción, así sean pagadas en un mismo periodo.

(...)

Una simple operación aritmética permite deducir que, en la situación bajo examen, se hace una deducción del 12% del 100% de lo que se recibe cada mes. Entonces, cuando se recibe una mesada adicional, en junio y diciembre, también se hace un descuento del 12% del total que se recibe. Si bien en términos numéricos el valor del aporte equivale al doble del que corresponde para una mensualidad ordinaria, no puede entenderse que aquella se aumenta en 24%, dado que recibe un valor adicional. En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 prevé que el aporte se obtiene de la «respectiva mesada», es decir, de la mesada ordinaria más la adicional. En otros términos, el descuento del 12% se efectúa sobre el total de lo recibido en el correspondiente mes, lo que es igual al 12% de cada una de las mesadas.”

En ese sentido, anotó:

“ (...)

Finalmente, la parte demandante afirmó que, de efectuarse tal deducción la cotización equivaldría al 24% de la mesada, cuando lo procedente es el 12% mensual. **Este argumento tampoco tiene vocación de prosperidad**, si se tiene en cuenta que en los meses en los que el beneficiario de la prestación recibe dos mesadas, el aporte del 12% lo hace sobre el total de lo devengado en ese mes, lo que equivale al descuento del mismo porcentaje de cada una de las mesadas que recibe”.

“(…)”

Finalmente, concluyó:

## **“2. REGLA DE UNIFICACIÓN**

86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

(...)” (subrayas del Despacho).

Por último, lo concerniente a los efectos de dicha sentencia, indicó:

“(…)

88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompasa con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. **En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.**

89...la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija **se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial**, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son *inmodificables*” (Negrilla fuera del texto original).

Bajo el anterior criterio Jurisprudencial, es claro que son procedentes los descuentos con destino a salud, incluso en las mesadas adicionales de junio y diciembre reconocidas a los docentes, pues dichos descuentos si están autorizados por el artículo 8° de la ley 91 de 1989, que les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porcentaje que fue incrementado al 12%, de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

### **5.3. CASO CONCRETO.**

En el caso que nos ocupa, los demandantes pretenden que se ordene al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduciaria la Previsora S.A., el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de **junio y diciembre**, así como la suspensión de los mismos.

De las pruebas obrantes en el expediente se encuentra acreditado que los actores tienen la calidad de docentes pensionados del Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual se acredita con los actos administrativos que a continuación se relacionan:

<b>CASO</b>	<b>DEMANDANTE</b>	<b>RESOLUCIÓN DE RECONOCIMIENTO No.</b>	<b>TIPO DE PENSIÓN</b>
<b>1</b>	Heli Delio Fonseca Varela	002062 del 13 de agosto de 1998	Vitalicia de jubilación
<b>2</b>	Blanca Alcira Roa De Colmenares	01713 del 20 de abril de 2004	Vitalicia de jubilación
<b>3</b>	Gabriel Preciado Camargo	972 del 09 de noviembre de 1992	Vitalicia de jubilación
<b>4</b>	Blanca Cecilia Pérez Varón	02879 del 24 de junio de 2004	Invalidez
<b>5</b>	Yolanda Valencia Betancourt	2323 del 27 de abril de 2007	Vitalicia de jubilación
<b>6</b>	Evidalia Molina Alfonso	529 del 18 de febrero de 2009	Vitalicia de jubilación
<b>7</b>	Juan Carlos Sánchez Gaitán	4231 del 26 de agosto de 2013	Vitalicia de jubilación
<b>8</b>	Martha Myriam Sánchez de Palacios	1899 del 25 de abril de 2012	Vitalicia de jubilación
<b>9</b>	Juana Clotilde Cabezas Ortiz	0289 del 27 de enero de 2010	Vitalicia de jubilación
<b>10</b>	Clara Isabel Peña Pineda	3889 del 1° de agosto de 2011	Vitalicia de jubilación

A su vez, se observa que los actores elevaron reclamaciones administrativas ante la Fiduciaria la Previsora S.A. y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el propósito de que se les realizara la devolución y suspensión del valor descontado por salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre, solicitudes que fueron denegadas a través de los actos administrativos demandados en la presente controversia.

Por su parte, en la etapa de decreto de pruebas de la Audiencia Inicial y Alegaciones llevada a cabo el 2 de marzo de 2021, se ordenó oficiar a la Fiduprevisora S. A., con el fin de que aportara al plenario los soportes que acreditaran los descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud efectuados respecto de los señores Gabriel Preciado Camargo y Juan Carlos Sánchez Gaitán y de las señoras Blanca Cecilia Pérez Varón,

Evidalia Molina Alfonso y Juana Clotilde Cabezas de Ortiz, desde el momento que adquirieron el status de pensionados, sin que a la fecha de la presente providencia se hubiesen remitido.

Sin embargo, la misma ya no es necesaria para resolver la controversia, pues determinándose que el descuento es procedente, ya no se requiere probar si el mismo fue o no realizado, aspecto que era indispensable establecer para acceder a las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, conforme al criterio jurisprudencial reseñado, el cual acoge esta juzgadora en su integridad, es claro que los descuentos con destino al régimen contributivo en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se encuentran ajustados a la ley, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda.

#### **5.4. COSTAS.**

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que los actores en el curso del proceso hayan incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** NEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas a cargo de los actores.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a los actores excepto los ya causados, a petición de los mismos.

Notifíquese y cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ**  
**JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N°021 de hoy 20 de agosto de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA POLÓN CARACHO Secretaría

**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez**  
**Juez**  
**018**  
**Juzgado Administrativo**  
**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: **0cacc7f8fdff97fb6cd5ebf0334084b407d3d1596dac0d9378d852bd8da88ca5**  
Documento generado en 11/08/2021 02:49:03 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD**  
**DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 110013335-018-**2019**-00**180**-00  
**Demandante:** **MARÍA DE JESÚS GUTIÉRREZ TORRES**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **MARÍA DE JESÚS GUTIÉRREZ TORRES**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.638.221 de Bogotá, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1 PRETENSIONES**

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial y de Alegaciones llevada a cabo el 2 de marzo de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

**II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La apoderada de la demandante estima desconocidos los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, las Leyes 57 y 153 de 1887; 33 y 62 de 1985; 91 de 1989; 4ª de 1992; 60, 115 y 100 de 1993; 812 de 2003 y el Decreto 1073 de 2002.

Señala que la actora tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación, de conformidad con lo regulado en la Ley 33 de 1985 y Ley 91 de 1989, la cual ordena su reconocimiento en una suma equivalente al 75% de lo percibido durante el año anterior al status pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución Política.

Argumenta que en el presente caso no se dio aplicación a la Ley 91 de 1989 artículo 15, numeral primero, referente al régimen prestacional de los docentes nacionalizados, sino, en forma equivocada, a las Leyes 33 de 1985 y 812 de 1993, que contemplan los requisitos y la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación de los docentes vinculados en virtud de la misma.

Afirma que la entidad demandada vulneró el derecho a la igualdad de la actora, en razón a que existen docentes pensionados con la totalidad de los factores devengados durante el año inmediatamente anterior al status pensional.

Manifiesta que la entidad estaba en obligación de reconocer y pagar la prima de medio año contemplada en el numeral 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, equivalente a una mesada pensional, la cual es diferente a la mesada adicional del mes de junio reconocida en la Ley 100 de 1993.

Indica que los docentes vinculados al Magisterio con posterioridad al año 1980 y antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es el 26 de junio de 2003, se les debe reconocer la prima de medio año, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1980.

Estima que la Ley 812 de 2003, derogó tácitamente los descuentos para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, normativa

que no contempla los mismos, razón por la cual la entidad demandada está realizando un doble descuento que no se encuentra autorizado por la ley, quebrantando los mandatos constitucionales.

Sostiene que en los Conceptos Nos. 10846 del 20 de agosto de 2004 y 8004-1-160365 del 31 de diciembre de 2005, expedidos por el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud – *respectivamente*, se ratifica que sobre las mesadas pensionales es procedente el descuento para el aporte a salud; sin embargo, este no puede recaer en las adicionales.

### **III. CONTESTACIÓN**

Como se precisó en la Audiencia Inicial, de Alegaciones y Juzgamiento celebrada el 2 de marzo de 2021, las entidades demandadas no contestaron la demanda dentro de la oportunidad legal, pese a haber sido notificadas en debida forma.

### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los alegatos de conclusión fueron expuestos por las apoderadas de las partes en la Audiencia Inicial y de Alegaciones llevada a cabo el 2 de marzo de 2021 y a ellos se remite el Despacho.

De otra parte, se advierte que el Agente del Ministerio Público no rindió concepto, en razón a que no asistió a la mencionada Audiencia.

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.**

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

**5.1.1.** Resolución No. 6496 del 22 de diciembre de 2010, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció y ordenó el pago de la

pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 16 de abril de 2010 y acta de notificación personal (fls. 19 a 22)

**5.1.2.** Petición elevada por la actora a la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 21 de noviembre de 2018, por medio de la cual solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación, el reconocimiento de la prima de mitad de año, así como el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 24 y 25).

**5.1.3.** Resolución No. 1343 del 19 de febrero de 2019, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reajustó la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la demandante mediante Resolución No. 6496 del 22 de diciembre de 2010 y acta de notificación personal (fls. 26 a 28)

**5.1.4.** Petición elevada por la actora ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 13 de septiembre de 2018, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 29).

**5.1.5.** Certificado de Salarios de la actora expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá y Certificado de Historia Laboral (fls. 30 a 32).

**5.1.6.** Copia de la cédula de ciudadanía de la actora (fl. 17).

## **5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la Audiencia Inicial y Alegaciones llevada a cabo el 2 de marzo de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer:

i) Si se configuró el silencio administrativo por falta de respuesta a los derechos de petición radicados por la demandante el 21 de noviembre de 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional y el 13 de septiembre del mismo año, ante la Fiduprevisora S.A

ii) Si la demandante tiene o no derecho a que se reajuste su pensión de jubilación, teniendo en cuenta la totalidad de factores devengados durante el año inmediatamente anterior al cumplimiento del status pensional, de conformidad con las Leyes 33 y 62 de 1985 y la Sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado

iii) Si la demandante tiene o no derecho a que se le reconozca la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

iv) Si las mesadas pensionales reconocidas a favor de la demandante en calidad de pensionada del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **en los meses de junio y diciembre**, son susceptibles de descuentos de aporte al régimen contributivo de seguridad social; si procede o no su devolución y si se debe ordenar la suspensión de tales descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia.

### **5.2.1. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN**

La apoderada de la parte actora deprecia la existencia y nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a los derechos de petición radicados por la demandante el 21 de noviembre de 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional y el 13 de septiembre del mismo año, ante la Fiduprevisora S.A., mediante las cuales solicitó la reliquidación pensional, el reconocimiento de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada año.

Sobre el particular, es evidente que, en el caso de la demandante, se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que las citadas entidades hayan resuelto las peticiones descritas anteriormente, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

**“Artículo 83. Silencio Negativo.** *Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.”*

Lo anterior, obedece a que mediante la Resolución No. 1343 del 19 de febrero de 2019, la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ordenó el ajuste a la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, negó la suspensión y reintegro de los descuentos en salud efectuados en sus mesadas adicionales y no hizo pronunciamiento alguno sobre la solicitud del reconocimiento y pago de la prima de medio año, establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

Por su parte la Fiduprevisora no se pronunció sobre la petición del 13 de septiembre de 2018, bajo radicado No. 20180322682712 por medio de la cual se solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales.

#### **5.2.2. RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTE. NORMATIVIDAD APLICABLE.**

Se encuentra acreditado dentro del proceso la calidad de docente de la demandante, quien prestó sus servicios a la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 2 de noviembre de 1982, como docente **territorial**, tal como consta en el Formato Único de Certificado de historial laboral, obrante a folios 31 a 32 del plenario.

Sobre el particular, La **Ley 812 de 2003** “*por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*”, en su artículo 81 dispuso que: “*El régimen prestacional de los **docentes nacionales, nacionalizados y territoriales**, que se encuentren **vinculados al servicio público educativo oficial**, es el establecido para el Magisterio en las **disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley**”.*

Ahora bien, el régimen prestacional establecido en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, se encuentra en **la Ley 60 de 1993** “*Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*” señaló en el

inciso final del artículo 6° que: “El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial”.

A su turno la **Ley 115 de febrero 8 de 1994** “Por la cual se expide la ley General de Educación”, en lo atinente al régimen prestacional del personal docente, dispuso en su artículo 115 que: “El ejercicio de la profesión docente estatal se regirá por las normas del régimen especial del Estatuto Docente y por la presente ley. **El régimen prestacional de los educadores estatales es el establecido en la ley 91 de 1989, en la ley 60 de 1993 y en la presente ley**”.

Ahora bien, la **Ley 91 de 1989**, por la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en su artículo 15 dispuso:

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

*(...) 2. Pensiones.*

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

En ese orden de ideas, la Ley 60 de 1993 consagró que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporaren a las plantas departamentales o distritales y las nuevas vinculaciones, se regirán por el establecido en la Ley 91 de 1989 y en cuanto a los docentes territoriales dispuso su incorporación al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio, aplicando el mismo régimen prestacional vigente en la respectiva entidad territorial.

Adicionalmente, para los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 para efectos de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, como son los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o los que se expidan en el futuro; para los nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrán el régimen vigente que tenían en su entidad territorial; para los nacionales y nacionalizados vinculados a partir del 1° de enero de 1981, así como para los demás docentes que sean nombrados a partir del 1° de enero de 1990, **les será reconocida una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Así mismo, se estableció que estos pensionados gozarán del régimen previsto para los pensionados del sector público nacional.**

En consecuencia, lo que hizo la Ley 115 de 1994, fue ratificar el régimen de jubilación que se encontraba vigente para la fecha en que se expidió la Ley 91 de 1989, que fue el 29 de diciembre de 1989, **esto es, el contemplado en la Ley 33 de 1985.**

De acuerdo a lo anterior, para efectos de reconocimiento de pensión de jubilación, el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, señaló:

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

De conformidad con la norma transcrita, la señora María de Jesús Gutiérrez Torres tenía derecho a que su pensión de Jubilación le fuera reconocida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el año anterior al status pensional, remitiéndose para el efecto, a los factores salariales señalados en el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Por su parte, en lo relativo a los factores a tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación, el artículo 3° de la Ley 33 de 1985, prevé:

*“Artículo 3°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

***Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.***

***En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.***  
(Negrilla fuera de texto).”

A su turno, el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 y agregó a dichos factores, la prima de antigüedad, ascensional y de capacitación en los siguientes términos:

*“Artículo 1°. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

*En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”*

#### **5.2.2.1. Precedentes jurisprudenciales**

El Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Dr. Cesar palomino Cortés, mediante **Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018**, dentro del Expediente No.

520012333000201200143-01, respecto a la forma como se deben liquidar las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición estableció:

(...)

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

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

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

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

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

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

**95. La Sala Plena considera importante precisar que la regla establecida en esta providencia, así como la primera subregla, no cobija a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues fueron exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social por virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y su régimen pensional está previsto en la Ley 91 de 1989. Por esta razón, estos servidores no están cobijados por el régimen de transición.**

(...)

Así las cosas, para los docentes vinculados con posterioridad al 26 de junio de 2003, su derecho pensional se adquiere conforme al Sistema General de Pensiones, una vez cumplidos los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres (artículo 81 de la Ley 812 de 2003).

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

(...)

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

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

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

(...)”. (Resaltado del Despacho).

Por su parte, la misma Corporación Judicial, en **Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019**<sup>1</sup>, advirtió que:

“(…)

26. **...la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 28 de agosto de 2018 no constituye precedente frente al régimen pensional de los docentes por dos razones fundamentales:** i) No hay similitud fáctica entre los supuestos de hecho resueltos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018 y el presente caso, y ii) se trata

---

<sup>1</sup> Sentencia SUJ-014-CE-S2-2019, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. César Palomino Cortés.

de problemas jurídicos distintos como se explicará más adelante”.  
(Negrillas fuera del texto original).

Y más adelante agregó:

**“27. Sin embargo, en dicho pronunciamiento se fijó una subregla sobre los factores salariales que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional bajo el régimen de la Ley 33 de 1985, subregla que se tendrá en cuenta como criterio de interpretación para resolver el problema jurídico en este caso.**

(...)”. (Negrillas del Despacho).

Posteriormente, señaló:

“(...)”

34. En este orden de ideas, la Sala debe definir, si el criterio de interpretación que adoptó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de 28 de agosto de 2018 sobre los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación, bajo el régimen general de la citada Ley 33 de 1985, aplica de igual manera para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes prevista en la Ley 91 de 1989.

(...)”.

Luego, indicó:

“(...)”

62. La Sección Segunda en su función unificadora, salvaguardando los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, acoge el criterio de interpretación sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional en el régimen de la Ley 33 de 1985 que fijó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sienta jurisprudencia frente a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, fijando la siguiente regla:

**• En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

(...)”.

Por último, concluyó:

“(...)

72. De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, y se deben tener en cuenta las siguientes reglas:

**a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.**

**b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones.**

(...)”.

En este orden de ideas, se encuentra acreditado dentro del expediente que la actora fue docente territorial, vinculada antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, pues su nombramiento se produjo el 2 de noviembre de 1982 (fl. 31), y en tal condición tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal b), del numeral 2, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

En ese sentido, de acuerdo con la regla fijada en la sentencia transcrita líneas atrás, los factores que debían tenerse en cuenta en la base de la liquidación pensional, eran solo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, según el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, esto es:

- *asignación básica mensual*
- *gastos de representación*

- *prima técnica, cuando sea factor de salario*
- *primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario*
- *remuneración por trabajo dominical o festivo*
- *bonificación por servicios prestados*
- *remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna.*

Ahora bien, conforme con la Resolución No. 6496 del 22 de diciembre de 2010 (fls. 19 a 21), la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la actora e incluyó como factores: **Asignación básica, horas extras y prima de vacaciones.** Posteriormente, mediante Resolución No. 1343 del 19 de febrero de 2019, dicha entidad reliquidó la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la actora, reajustando el valor de la pensión.

No obstante, salvo la asignación básica y las horas extras, los restantes factores no constituyen base de liquidación de los aportes y, por tanto, no se podían incluir en liquidación de la pensión, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985. Sin embargo, el acto de reconocimiento conserva su validez en la medida que no se puede afectar el derecho reconocido a la demandante cuya pretensión va dirigida a que se incluyan factores adicionales a los reconocidos por la entidad y, en consecuencia, el acto acusado no puede ser modificado en aquello que no fue objeto de demanda.

En ese sentido, si bien la pretensión de reliquidación pensional recae sobre la inclusión de **la prima especial y la prima de navidad**, la misma será negada por cuanto dichos factores no se encuentran enlistados como de los que hacen base de liquidación pensional y, en consecuencia, es evidente que a la actora no le asiste derecho alguno a que sean incluidos en su pensión de jubilación.

### **5.2.3. MARCO NORMATIVO QUE REGULA LA PRIMA DE MEDIO AÑO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 91 DE 1989**

La mesada adicional de junio en favor de los docentes afiliados a FOMAG, se encuentra establecida en el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, el cual señala:

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

## **2. Pensiones:**

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

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

(...)”

Ahora bien, más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

**“ARTICULO. 142. -Mesada adicional para pensionados.** Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.”<sup>2</sup>

Por su parte, en el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto “los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”.

---

<sup>2</sup> Versión resultante luego de que se declararan inexecutable unos apartes por la Corte Constitucional en Sentencia C-409 de 2004.

Posteriormente la Ley 238 de 1995 adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

Ahora bien, el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Nacional, publicado en el Diario Oficial 45.980 del 25 de julio de 2005, eliminó la mesada catorce, al consagrar:

*“Artículo 1.- Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:*

*(...)*

*Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento.” (Nota: corresponde al inciso octavo)*

*(...)*

Por su parte, en el Parágrafo transitorio 6° se señaló:

*“Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.”*

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en concepto de 22 de noviembre de 2007 concluyó:

*“(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.*

*Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los*

*pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.*

*(...)*

*De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquirieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el parágrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.*

*Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del parágrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo.*

*(...)”*

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Caldas – Sala de Decisión, M. P. Dr. Publio Martín Andrés Patiño Mejía, en sentencia del 14 de diciembre de 2020, dentro del expediente No. 17 001 33-33-003-2018-00516-02<sup>3</sup>, al respecto, indicó:

“(...)”

*§43. Como se anotó en precedencia, **la prima de medio año de una mesada prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada prevista en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993**, que se extendió en garantía del principio de igualdad a todos los docentes por la sentencia C-461 de 1995, por la Ley 238 de 1995. (Negrilla del Despacho)*

*§44. Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.*

*§45. En sede de tutela, el Consejo de Estado ha considerado que esta interpretación de equivalencia de la prima de mitad de año y la mesada de junio: “...no desconoce las normas aplicables al caso, ni el precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado sobre la materia, por lo que para la Sala es claro que no vulneró los derechos fundamentales que la accionante alega conculcados.”*

*§46. Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al*

---

<sup>3</sup> Tribunal Administrativo de Caldas – Sala de Decisión, Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía, Sentencia 14 de diciembre de 2020, Expediente: 17 001 33-33-003-2018-00516-02, demandante: Ruth María Marín de Correa y demandada: Nación - Ministerio De Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

*Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.  
(...)”*

Conforme al criterio jurisprudencial expuesto, es necesario precisar como primer aspecto, el momento en que se causó el derecho de la demandante a adquirir el reconocimiento pensional, es decir cuándo cumplió los requisitos de edad y tiempo, pues este es el momento que determina la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005.

En ese sentido, se encuentra acreditado que mediante la Resolución No. 6496 del 22 de diciembre de 2010, la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció una pensión de vejez a la demandante, por haber adquirido el status de pensionada el **15 de abril de 2010**, a partir del 16 del mismo mes y año, en cuantía de \$2.036.031,00 m/cte., (fl. 19 a 21).

Ahora bien, a partir de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, existen dos presupuestos, frente a quienes tienen o no derecho a percibir la mesada adicional del mes de junio, así:

i) Las personas que causen el derecho a la pensión de jubilación o vejez a partir del 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no tienen derecho a la mesada pensional adicional del mes de junio de que trata el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

ii) Se exceptúan de lo anterior, las personas que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio de 2011, si su mesada pensional es igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo establece el párrafo transitorio 6 del artículo 1° del Acto Legislativo.

Así las cosas, bajo el primer postulado, la demandante no tendría derecho al reconocimiento de la mesada adicional del mes de junio, pues su derecho a la pensión se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, **el 15 de abril de 2010**; no obstante, corresponde determinar si se encuentra cobijada por la excepción contenida en el párrafo transitorio No. 6 de dicha normativa constitucional.

Sobre el particular, según se acredita en la resolución 6496 del 22 de diciembre de 2010, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación a la demandante, el monto de la misma ascendió a la suma de **\$2.036.031 pesos m/cte**, luego a través de la Resolución 1343 del 19 de febrero de 2019, se reliquidó **a partir del 16 de abril de 2010**, en cuantía de **\$2.370.354 pesos m/cte** (fls. 26 a 27), suma que excede el monto fijado por la excepción contemplada en el párrafo transitorio 6 del mencionado Acto Legislativo, toda vez que para el año 2010, el salario mínimo legal mensual vigente ascendía a la suma de \$515.000,00 m/cte. y tres (3) salarios mínimos correspondían al monto de **\$1.545.000,00 pesos m/cte**.

En este sentido, la reliquidación pensional efectuada mediante dicho acto administrativo lo fue desde el mismo momento del ingreso de dicha prestación a nómina, **16 de abril de 2010**, lo que implica que desde dicha fecha la demandante percibe un monto que supera los tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, circunstancia que excluye per-se el derecho a devengar la prima de medio año, razón suficiente para negar su reconocimiento.

#### **5.2.4. MARCO NORMATIVO QUE REGULA EL RÉGIMEN DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS PENSIONALES.**

Los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales fueron contemplados tanto en el régimen general de pensiones, inicialmente en un 5% de la mesada pensional (ley 4ª. de 1966, artículo 37 del decreto 3135 de 1968 y artículo 90 del Decreto 1848 de 1969), como en el régimen especial de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (numeral 5º del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, *“por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, con una diferencia entre ellos, pues en el primero, no se alude a las mesadas adicionales, en tanto que en el segundo se señala expresamente que en dicha cotización quedan incluidas las mesadas adicionales.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el monto de cotización en salud, quedó consagrado en el artículo 204 *íbidem*, en un **máximo del 12 % del salario base de cotización**”.

Respecto a la cotización al régimen prestacional en salud de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 “*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*” dispuso que **“El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003”**, de donde se colige que la tasa de cotización en salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no es otra que la prevista en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, esto es, el 12%, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1250 de 2008.

Conforme al marco normativo expuesto, es claro que en la actualidad el monto de cotización al régimen contributivo en salud **se encuentra unificado** tanto para los pensionados cobijados por el régimen general de pensiones como para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en una tasa del 12%, del salario base de cotización, es decir, un 7% más de lo que venían cotizando bajo el régimen de la ley 91 de 1989.

#### **5.2.4.1. MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE**

La mesada adicional del mes de diciembre fue consagrada por primera vez en el artículo 5° de la Ley 4 de 1976 “*por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones*”, así: “*Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho **recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.....***”.

Posteriormente, el artículo 50 de la ley 100 de 1993, reiteró el derecho de los pensionados *por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia a continuar **recibiendo** cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión*”.

Por su parte, la mesada adicional del mes de junio, se encuentra establecida tanto en el régimen general de pensiones (artículo 142 de la Ley 100 de 1993), como en el régimen especial de los docentes oficiales (artículo 15°, numeral 2° literal b), de la Ley 91 de 1989).

#### **5.2.4.2.DE LA PROCEDENCIA DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE DE LAS MESADAS PENSIONALES ADICIONALES DEL PERSONAL DOCENTE. UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL.**

En primer lugar, se advierte que frente a las controversias orientadas a la devolución de los descuentos en salud efectuados en las mesadas adicionales de junio y diciembre del personal docente, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, no había una posición unificada y, en ese sentido, esta juzgadora era de la tesis de que el régimen de cotización en salud para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedó cobijado por el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, en el entendido que si para éste último se aplicaba la prohibición de realizar descuentos en salud sobre las mesadas mencionadas, dicha prohibición igualmente regía a los Docentes, bien por considerarse que había operado la derogatoria tácita del artículo 8° numeral 5° de la ley 91 de 1989, como lo venía sosteniendo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, entre otras, en providencia del 31 de enero de 2013 ( expediente 2011-00381-01 M.P. Carmelo Perdomo Cueter) o bien, en aplicación del principio constitucional de igualdad, consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta Política.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda- en **Sentencia de Unificación del 3 de junio de 2021**, proferida dentro del Expediente No. 66001-33-33-000-2015-00309-01, con

ponencia del Dr. William Hernández Gómez<sup>4</sup>, determinó la procedencia de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales pagadas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los siguientes términos:

“(…)

*44. Ahora, es cierto que el artículo 81 no hizo mención expresa al aumento para la tasa de cotización en salud de los docentes pensionados, sin embargo, esto no implica que aquellos estuvieran exentos del ámbito de la norma. En lo relativo a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexecutable del inciso 45 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención.*

(…)

*50. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.*

*51. De lo anteriormente expuesto, se observa que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 aumentó el porcentaje de la cotización a salud del personal pensionado que se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del 5% al 12% mensual, pero no modificó la obligación de efectuarlas sobre cada una de las mesadas pensionales, **incluso de las mesadas adicionales, según lo ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste.***

(…)

---

<sup>4</sup> Demandante: JOSÉ JULIÁN GUEVARA PARRA, Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

<sup>5</sup> El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente: «El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones».

53. **En conclusión: Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993** de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993”.

(...)

54. Hasta este punto queda verificado que los docentes pensionados están en la obligación de aportar un 12% de sus mesadas pensionales y que, al tratarse de una regla derivada de los artículos 8 de la Ley 91 de 1989 y 81 de la Ley 812 de 2003, la obligación de aportes, cualquier excepción debe estar taxativamente señalada por la ley....”.

Y más adelante, agregó:

**“1.2.1. De la excepción del artículo 5 de la Ley 43 de 1984.**

55. Uno de los planteamientos que sustentan la improcedencia de los descuentos a salud de las mesadas adicionales se funda en el artículo **5 de la Ley 43 de 1984**. Con el fin de analizarlo, conviene señalar que el **artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982** proscribió los descuentos de la mesada adicional del mes de diciembre para las Organizaciones Gremiales y para las Entidades encargadas del pago de pensiones, así: «La mensualidad adicional de que trata el artículo 5.º de la Ley 4.ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones».

(...)

59. Sin embargo, ante la obligación legal que ordena los descuentos por aportes a salud de las mesadas adicionales, contenida en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, se concluye que ni el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 ni el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 regulan la materia para los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

60. Ahora, debe tenerse en cuenta que el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, es la norma específica para el sector docente y aquella dispuso que sí se deben efectuar los descuentos de las mesadas adicionales, además, es posterior a la Ley 43 de 1984, con lo cual, **esta última no es la que rige para el personal afiliado al FOMAG.**

61. En ese orden, la aplicación del artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982 **no puede sustentar el entendimiento según el cual los afiliados al FOMAG están eximidos de la cotización de salud de sus mesadas pensionales adicionales.**

(...)”. (Negrillas y subrayas del Despacho).

Posteriormente, señaló:

“(...)”

### **1.2.2. Alcance del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002**

(...)

64. En desarrollo de lo anterior, el Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002 prescribió:

**«Artículo 1º.** Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

(...)

**Parágrafo.** De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.»

65. En primer lugar, se observa que los descuentos de las mesadas adicionales de que trata la norma son aquellos destinados a los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su organización gremial, fondos de empleados y de las cooperativas, así como de las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, **mas no están referidos a las cotizaciones a salud.**

(...)

68. Así las cosas, es necesario precisar que el Decreto 1073 de 2002 hace parte del marco normativo de los descuentos de las mesadas de los pensionados con destino a las asociaciones gremiales, fondos de empleados y de las cooperativas, y es a estos a los que se refiere la norma cuando señala «Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto», **con lo cual no debe extenderse a las cotizaciones de las mesadas adicionales del personal de docentes pensionados afiliados al FOMAG, pues en todo caso, dichos descuentos sí están autorizados por la ley, particularmente, por la Ley 91 de 1989 en el artículo 8, como ya se definió.** (Negrillas fuera del texto original).

(...)».

Luego, indicó:

**“1.2.3. La condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de los docentes pensionados**

“(...)”

70. Otro de los argumentos que se exponen para afirmar que son improcedentes los descuentos a salud de las mesadas pensionales adicionales, está basado en que los docentes pensionados ya no pueden considerarse como afiliados al FOMAG, ante la inexistencia de una relación legal y reglamentaria en virtud de la cual ejerzan la función docente.

(...)

72. Para el asunto bajo estudio, únicamente pueden ser acreedores de las prestaciones y servicios a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio aquellos servidores que se encuentran afiliados y hacen los aportes que les corresponde. En consecuencia, quienes reciben prestaciones tales como una pensión de jubilación a cargo de aquel, según la Ley 91 de 1989, así como los servicios médico-asistenciales, son sus afiliados (...)

73. Así las cosas, **no cabe duda de que quienes reciben prestaciones y servicios de dicho Fondo aún se encuentran inscritos a él y reciben dichos beneficios. Por ello, es plausible concluir que están afiliados al FOMAG aquellos docentes que gozan de las prestaciones que dicha entidad les concede por ministerio de la ley, sin que puedan excluirse de este grupo de servidores aquellos que no tienen vigente una relación legal y reglamentaria para el ejercicio de la función docente.**

(...) De la norma transcrita se deduce que, para el Legislador, los docentes pensionados tienen la condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

75. En consecuencia, el argumento según el cual los docentes pensionados perdieron la condición de afiliados al FOMAG no es de recibo.

(...)” (Negrillas del Despacho).

Así mismo, refirió:

**“1.2.4. De efectuarse el descuento de la cotización a salud a las mesadas pensionales adicionales se estaría realizando en un 24% en el respectivo mes, cuando solamente está autorizado un 12%.**

76. En relación con el razonamiento según el cual el aporte de la mesada adicional conlleva un 24%, es necesario precisar que de cada una de las mesadas que reciben se efectúa el descuento del 12%, es decir, 12% de la mesada que periódicamente se viene recibiendo y otro 12% de la mesada adicional. Por ende, para afirmar que el descuento corresponde a un 24%, sería necesario demostrar que se efectuó sobre una misma mesada de las que se devenga periódicamente, pero no se entiende de esta forma cuando de cada una de las mesadas, se realiza la referida deducción, así sean pagadas en un mismo periodo.

(...)

*Una simple operación aritmética permite deducir que, en la situación bajo examen, se hace una deducción del 12% del 100% de lo que se recibe cada mes. Entonces, cuando se recibe una mesada adicional, en junio y diciembre, también se hace un descuento del 12% del total que se recibe. Si bien en términos numéricos el valor del aporte equivale al doble del que corresponde para una mensualidad ordinaria, no puede entenderse que aquella se aumenta en 24%, dado que recibe un valor adicional. En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 prevé que el aporte se obtiene de la «respectiva mesada», es decir, de la mesada ordinaria más la adicional. En otros términos, el descuento del 12% se efectúa sobre el total de lo recibido en el correspondiente mes, lo que es igual al 12% de cada una de las mesadas.»*

En ese sentido, anotó:

“ (...)

*Finalmente, la parte demandante afirmó que, de efectuarse tal deducción la cotización equivaldría al 24% de la mesada, cuando lo procedente es el 12% mensual. **Este argumento tampoco tiene vocación de prosperidad**, si se tiene en cuenta que en los meses en los que el beneficiario de la prestación recibe dos mesadas, el aporte del 12% lo hace sobre el total de lo devengado en ese mes, lo que equivale al descuento del mismo porcentaje de cada una de las mesadas que recibe”.*

“ (...)

Finalmente, concluyó:

## **“2. REGLA DE UNIFICACIÓN**

*86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.*

*(...)” (subrayas del Despacho).*

Por último, lo concerniente a los efectos de dicha sentencia, indicó:

“ (...)

*88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompaña con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya*

*destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. **En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.***

*89...la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija **se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial**, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables” (Negrilla fuera del texto original).*

Bajo el anterior criterio Jurisprudencial, es claro que son procedentes los descuentos con destino a salud, incluso en las mesadas adicionales de junio y diciembre reconocidas a los docentes, pues dichos descuentos si están autorizados por el artículo 8° de la ley 91 de 1989, que les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porcentaje que fue incrementado al 12%, de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la demandante pretende que se ordene al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Fiduciaria la Previsora S.A., el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de **junio y diciembre**, así como la suspensión de los mismos.

En ese sentido, se acredita que la actora elevó reclamación administrativa ante la Fiduciaria la Previsora S.A. y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el propósito de que se les realizara la devolución y suspensión del valor descontado por salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre, solicitudes que fueron denegadas a través de los actos administrativos demandados en la presente controversia.

Por su parte, en la etapa de decreto de pruebas de la Audiencia Inicial y Alegaciones llevada a cabo el 2 de marzo de 2021, se ordenó oficiar a la Fiduprevisora S. A., con el fin de que aportara al plenario los soportes que acreditaran los descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud efectuados a la demandante, documentales que fueron aportadas al proceso vía correo electrónico el 13 de julio del año en curso.

Sin embargo, dicha prueba resulta irrelevante, al determinarse que el descuento es procedente.

Así las cosas, conforme al criterio jurisprudencial reseñado, el cual acoge esta juzgadora en su integridad, es claro que los descuentos con destino al régimen contributivo en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se encuentran ajustados a la ley, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda.

### **5.3. COSTAS.**

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la actora en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** NEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas a cargo de parte actora.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora, excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ  
JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 021 de hoy 20 de agosto de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez  
Juez  
018  
Juzgado Administrativo  
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: **fd0c6eca951b3d51204585b04600c9bed0e6f365fa15952d38454601dba1bc64**  
Documento generado en 18/08/2021 01:13:30 PM*

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL**  
**CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11001-33-35-018-002019-00394-00  
**Demandante: MARÍA DEL ROSARIO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ**  
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD  
NORTE E.S.E.  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **MARÍA DEL ROSARIO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.126.412, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E. S. E., correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1. PRETENSIONES.**

Las pretensiones en que se sustenta la demanda fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 20 de abril de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellas se remite el Despacho.

**1.2. HECHOS.**

**1.2.1.** Para sustentar las pretensiones la apoderada de la parte actora alude a los siguientes hechos:

**1.2.2.** La señora María del Rosario Sánchez Hernández inició labores en el HOSPITAL SIMON BOLIVAR E.S.E. como auxiliar de enfermería el 1 de

abril de 2014, y luego de surtir un exhaustivo proceso de selección continuó trabajando en dicho hospital indefinidamente.

**1.2.3.** Según certificación expedida por la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E, La actora laboró mediante sendos contratos de prestación de servicios desde el 1 de abril de 2014 al 31 de enero de 2018, como auxiliar de enfermería, con un salario promedio de \$1.365.000 pesos m/cte.

**1.2.4.** Durante 4 años, la actora siempre cumplió el horario impuesto por la hoy demandada, según las agendas de trabajo y las órdenes impartidas permanentemente; igualmente, presentaba informes respecto de las funciones que realizaba diariamente en la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte.

**1.2.5.** El trabajo desempeñado por la actora era de carácter permanente y correspondía directamente con el objeto social, labor misional y los servicios ofertados y habilitados por la entidad demandada, el cual desempeñó hasta el 31 de agosto de 2017.

**1.2.6.** La Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E antes Hospital Simón Bolívar no cumplió las obligaciones laborales de pagar de conformidad con la Ley, la seguridad social de la actora, adeudando a la fecha tales emolumentos, así como lo correspondiente a vacaciones, primas, cesantías, intereses sobre las cesantías, horas extras, recargos y demás conceptos laborales a que tienen derecho sus empleados.

**1.2.7.** La Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E con su actuar violentó los derechos laborales de la actora, impidiéndole gozar de un trato justo y digno representado en el respeto de los principios y derechos laborales tales como: a trabajo igual salario igual, condiciones económicas representadas en el pago de primas, vacaciones, horas extras, cesantías y demás emolumentos dejados de pagar por la Administración.

**1.2.8.** El 20 de febrero de 2019, La actora solicitó a la entidad demandada el pago de derechos laborales y mediante el oficio No. 20191100084261 del 13 de marzo de 2019, la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte, negó el reconocimiento de una relación laboral.

**1.2.9.** En la planta de personal del Hospital Simón Bolívar hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte existe el cargo de auxiliar área de la salud, cuyo perfil, es el de la actora.

**1.2.10.** La entidad demandada presta sus servicios de salud con auxiliares de enfermería y/o auxiliares del área de la salud de la planta de personal y también a través de contratos de prestación de servicios.

**1.2.11.** El Hospital Simón Bolívar impartía órdenes a los auxiliares de enfermería que trabajan en el servicio de salud por intermedio de los coordinadores de servicios líderes o referentes, enfermeras jefes de planta y médicos de planta, quienes efectuaban las planillas de turnos.

**1.2.12.** La actora no contó con autonomía para desarrollar el trabajo de auxiliar de enfermería, siempre tuvo que seguir pautas, directrices y órdenes por la entidad demandada.

**1.2.13.** La entidad demandada impartía trato igual a las personas vinculadas mediante contratos de prestación de servicios como al personal de planta, excepto lo relativo a los derechos económicos y prestacionales que se reclaman en la presente demanda.

**1.2.14.** La señora María del Rosario Sánchez Hernández fue empleada pública en el Hospital Simón Bolívar, cumpliendo diariamente sus funciones, de manera permanente, por lo menos durante los últimos quince años.

## **II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.**

La apoderada de la parte actora estima desconocidas las siguientes normas:

**2.1. Constitucionales:** Artículos 25, 38, 53, 83, 122, 125 y 209

**2.2. Legales:** Inciso 4° del artículo 2° del Decreto 2400 de 1968, artículo 209, el Decreto 1950 de 1973, numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, artículos 1 y 2 de la Ley 909 de 2004, artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 y los artículos 59, 97 y 103 de la Ley 1438 de 2011.

Sobre el particular, señaló que de la lectura del Acto Administrativo contenido en el oficio con número 20191100084261 del 13 de marzo de 2019, suscrito por la Gerente de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., se establece que dicha entidad se apartó totalmente de las normas legales que debieron sustentar la expedición del mismo, siendo nugatorio de los derechos laborales de la señora María del Rosario Sánchez Hernández, pues al darse en realidad los elementos estructurales del contrato de trabajo, así lo ha debido reconocer, con fundamento en la supremacía de la realidad sobre las formalidades, vulnerándose con dicha omisión los principios que rigen la Administración Pública.

Manifiesta que el Acto del cual se depreca la nulidad, es contrario al preámbulo de la Constitución Política, pues claramente no cumple con los postulados allí inmersos al respeto, al trabajo, a la justicia al haber sido expedido con desvío de poder y falsa motivación y a la igualdad, pues si no es necesario que el auxiliar de enfermería haga parte de la planta de personal de una E.S.E. y le sea pagado lo justo, debería suceder lo mismo en los demás cargos de planta de la entidad demandada.

Afirma que la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. - ANTES HOSPITAL SIMÓN BOLIVAR E.S.E., por intermedio de sus

Representantes Legales, reiteradamente ha omitido cumplir con el mandato y la prohibición expresa y claramente establecida en el artículo 2° del Decreto Ley 2400 de 1968, trasgresión realizada por más de 10 años, pretendiendo confundir las relaciones de trabajo para ocultar la realidad de los vínculos laborales, como en este caso, donde la aquí demandada ha estructurado contratos para vincular a una misma persona para cumplir indefinidamente funciones que le son propias.

Manifiesta que la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. - ANTES HOSPITAL SIMÓN BOLIVAR E.S.E. por intermedio de sus agentes celebró y celebra contratos de prestación de servicios con personas naturales para evadir obligaciones laborales, irregularidad que ha permanecido desde el año 2000 y es posible que desde antes.

Aduce que es claro que los requisitos y/o condiciones para la celebración de los Contratos de Prestación de Servicios no se cumplieron entre la señora MARÍA DEL ROSARIO SÁNCHEZ HÉRNANDEZ y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., antes HOSPITAL SIMÓN BOLIVAR E.S.E., encontrándonos ante una verdadera relación laboral, de conformidad con el principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Así mismo, considera infringidos pronunciamientos Jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los cuales se ocupó de citar.

### **III. CONTESTACIÓN**

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **16 de diciembre de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Sostuvo que la entidad demandada para la celebración de los contratos se

sustentó en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política.

Refirió que la entidad que representa se encontraba plenamente habilitada para celebrar contratos de prestación de servicios, en su calidad de establecimiento público de salud, con oferta inscrita en la Secretaría Distrital de Salud y avalada por el Ministerio de Salud y Protección Social, según lo dispuesto por el artículo 194 y siguientes de la Ley 100 de 1993, en consonancia con lo normado en el Acuerdo 641 de 2016, por medio del cual efectuó la reorganización del sector salud en el Distrito Capital, que fusionó la red hospitalaria pública de 22 hospitales a 45 subredes de servicios de salud.

De otra parte, propuso las excepciones de:

**i) Legalidad del acto administrativo acusado:** Afirma que la presunción de legalidad del acto administrativo demandado hace referencia a la validez, mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente, es decir, es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho y dictado en armonía con el ordenamiento jurídico.

Señala que los actos administrativos son decisiones unilaterales de la Administración encaminadas a producir efectos jurídicos, razón por la cual se constituyen en una de las formas que expresan dicha actividad y son susceptibles de judicialización por parte de esta jurisdicción, los cuales se encuentran amparados por la presunción de legalidad.

Sostiene que el oficio demandando en la presente controversia fue emitido conforme a derecho y dictado en armonía con el ordenamiento jurídico, es decir, su emisión responde a todas las prescripciones legales, por lo que el mismo es válido y eficaz, en otras palabras, está de acuerdo con la ley y por ende su ilegalidad debe ser probada por la parte demandante.

**ii) Falta de causa e inexistencia de la obligación:** Manifiesta que si bien

es cierto que entre la señora María del Rosario Sánchez Hernández y el Hospital Simón Bolívar III Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., se suscribieron varios contratos u órdenes de servicios, ello no implica que se dé por hecho, la subsistencia de una relación o vínculo laboral.

Señala que los contratos de prestación de servicios son de naturaleza civil y no laboral que involucran como partes a un contratante que es aquella persona natural o jurídica quien requiere de la prestación de unos servicios específicos y un contratista aquél que proporcionará dicho servicio y si bien se dan algunas circunstancias parecidas a las que existen respecto de los empleados públicos, lo cierto es que ello no conlleva a encubrirse una relación laboral administrativa.

Manifiesta que la Administración en ocasiones requiere mayor número de personas para cumplir sus cometidos, sin que en la planta de personal existan todos los empleos necesarios, por problemas presupuestales, efectuándose otra clase de vinculación para la colaboración en el desarrollo de ciertas actividades.

**iii) Inexistencia de la calidad de empleado público:** Argumenta que la relación entre las partes se generó única y exclusivamente, en virtud de un contrato de prestación de servicios, el cual tiene como propósito desarrollar actividades administrativas propias de la entidad estatal que contrata para propugnar su adecuado funcionamiento, por lo que son las necesidades del servicio las que hacen imperiosa la celebración de este tipo de contratos con personas naturales, esto es, que la actividad no puede llevarse a cabo con personal de planta y/o que se requiera de conocimientos especializados en la labor, según lo previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Señala que teniendo en cuenta la naturaleza del contrato suscrito entre las partes, no puede predicarse la calidad de empleada pública de la actora, la cual siempre ha sido contratista y si bien ésta se vinculó a

través de sucesivos contratos de prestación de servicios, ello no implica que haya obtenido tal condición, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria, en armonía con el artículo 122 Superior.

**vi) Prescripción trienal de derechos.** Señala que la prescripción opera a los tres años contados desde la terminación del contrato, por lo que se debe tener en cuenta dicho término establecido en la Ley para reclamar los derechos solicitados por la parte actora, toda vez que en su cúmulo de pretensiones se encuentra aquella que hace referencia al reconocimiento de las acreencias laborales desde el año 2014 al año 2018, amén que era su deber requerir en tiempo a la Administración los efectos laborales subyacentes a sus correspondientes contratos de prestación de servicios, lo cual no hizo sino hasta el 20 de febrero de 2019.

vii) Genérica: Solicita sea decretada por el Despacho cualquier excepción que pueda ser declarada

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

##### **4.1. Parte demandante**

La apoderada de la parte demandante, dentro de la oportunidad no presentó alegatos de conclusión.

##### **4.2. Parte demandada.**

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **23 de julio de 2021**, allegado vía correo electrónico, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación de demanda, efecto para el cual señaló que el acto demandado no fue proferido por funcionario incompetente, pues fue la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., la que lo suscribió, como tampoco con desviación de poder ni falsa motivación, toda vez que en el mismo se consignó la inexistencia de la

relación laboral entre la actora y dicha entidad, pues de ninguna manera existió subordinación, dado que las actividades realizadas por ésta eran *intuito personae*.

Señaló que de las pruebas testimoniales y documentales se evidencia que la señora María del Rosario Sánchez Hernández laboró para el Hospital Simón Bolívar, en calidad de auxiliar de enfermería hasta el año 2014, fecha en la cual fue pensionada por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones por el tiempo causado en dicha entidad.

Manifestó que fue decisión de la demandante vincularse por medio de Contratos de Prestación de Servicios, una vez se profirió la Resolución de Pensión, aceptando las condiciones generales de dicha contratación, sin haber sido coaccionada ni obligada para el efecto; lo que quiere decir, que no optó por gozar de su buen retiro, sino que se postuló para continuar laborando bajo dicha modalidad.

Afirmó que las actividades desempeñadas por la demandante estaban sujetas a supervisión; tal y como se puede probar en las minutas contractuales donde se evidencia una cláusula que específicamente señala que la entidad contratante verificará el cumplimiento de las actividades desarrolladas por la contratista conforme a lo pactado, y por ende a su vez, ésta tenía la obligación de presentar sus informes en forma periódica donde especificara su accionar.

Sostuvo que del testimonio rendido por la señora Myriam Guachetá Sánchez no se puede establecer la supuesta subordinación alegada, ratificando que la actora goza de una mesada pensional, aspecto que le consta, toda vez que fue su compañera de trabajo cuando las dos tenían la calidad de empleadas públicas de la entidad demandada, la cual decidió una vez se profirió la Resolución de dicha prestación continuar vinculada a través de sendos contratos de prestación de servicios.

Por último, concluyó que a la actora la Administradora Colombiana de

Pensiones – Colpensiones le reconoció una pensión de vejez mediante la Resolución No. GNR 8833 del 14 de enero de 2014, razón por la cual, no puede pretender el pago de prestaciones sociales, en virtud de los contratos celebrados con la entidad demandada, pues no puede desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, en virtud de lo contemplado en el artículo 218 de la Constitución Política.

En consecuencia, solicitó que sean desestimadas todas las pretensiones de la parte actora, en razón a que se encuentra probado que lo que existió entre la demandante y su representada fue una relación contractual derivada de las suscripción de ordenes de prestación de servicios, con posterioridad a la vinculación laboral que esta ostentó en la misma entidad, la cual culminó cuando se expidió la resolución por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación.

#### **4.3. Agente del Ministerio Público**

El señor Agente del Ministerio de Público a través de escrito del **23 de julio de 2021**, allegado vía correo electrónico, rindió concepto señalando en primera medida que entre la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. y la señora María del Rosario Sánchez Hernández, se configuran los elementos de una relación laboral, por lo tanto, las pretensiones primera y segunda del reconocimiento de un contrato realidad, están llamadas a prosperar.

Afirma que lo anterior, obedece a que si bien los contratos celebrados por las partes fueron suscritos bajo la modalidad de prestación de servicios regulada en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, lo cierto es que en el presente caso se encuentra probado que no se respetaron los principios de la contratación estatal, por cuanto se ejecutaron encubriendo una relación laboral.

Sostiene que en el presente asunto se evidencia que la señora María del Rosario Sánchez Hernández estaba vinculada a la planta de

personal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte hasta el 31 de marzo de 2014, fecha en la que adquirió el estatus de pensionada y que posteriormente, el 1 de abril del mismo año, mantuvo una relación bajo la figura de contratos de prestación de servicios, afirmando en su interrogatorio que continuó desarrollando las mismas actividades que efectuaba como trabajadora de planta en el cargo de auxiliar de enfermería y, en ese sentido, de conformidad con la Jurisprudencia de H. Consejo de Estado hay una presunción de subordinación y dependencia.

Señaló que el reemplazo de la actora fue ella misma, por lo que, resulta evidente que el contrato de prestación de servicios no fue más que el ropaje de la relación laboral, que había sostenido como auxiliar de enfermería (en ese momento ya pensionada), quien se convertía en contratista.

Argumentó que en lo atinente a las pretensiones de condenas y reconocimientos de prestaciones laborales, debe darse aplicación a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado en la sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016 y respecto al pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad en Pensión, deberá verificarse que la actora tiene estatus de pensionada, por lo que durante su vinculación contractual no efectuó aportes al mismo.

#### **IV. CONSIDERACIONES.**

##### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

Respecto a las excepciones de **“legalidad del acto administrativo acusado”**, **“falta de causa e inexistencia de la obligación”** e **“inexistencia de la calidad de empleado público”**, propuestas por el extremo demandado, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Frente a la excepción de **prescripción trienal de derechos**, se precisa que será resuelta en caso de accederse a las súplicas de la demanda y frente a la excepción **genérica**, se advierte que, tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 20 de abril de 2021, no se encontraron excepciones que debieran ser declaradas en oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

## **5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.**

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

### **5.2.1. Documentales.**

**5.2.1.1.** Acta expedida el 5 de marzo de 1984, por medio de la cual el Departamento de Relaciones Laborales del Distrito de Bogotá comunicó a la actora que mediante la Resolución No. 0269 del 1 de marzo de 1984, fue nombrada para el cargo de auxiliar de enfermería III – Departamento de enfermería- servicios complementarios del Hospital Regional Simón Bolívar.

**5.2.1.2.** Petición elevada por la actora el **20 de enero de 2019**, por medio de la cual solicitó a la entidad demandada la declaratoria de la existencia de la relación laboral, en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos desde el año 2014 al año 2017, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho, los aportes a la seguridad social y el reembolso de los valores que sufragó por este último concepto, por retención en la fuente y por pólizas de seguros, así como la sanción moratoria y ajustes de valor.

**5.2.1.3. Oficio No. 20191100084261 del 13 de marzo de 2019**, por medio del cual la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. negó lo solicitado por la accionante, al sostener que el vínculo que existió entre las partes tuvo lugar como consecuencia de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, los cuales se regulan por

las disposiciones contenidas en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 y el Código Sustantivo del Trabajo.

Así mismo, señaló que al momento de suscribir los contratos de prestación de servicios, la actora se encontraba gozando de pensión de vejez, la cual le fue reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones mediante la Resolución No. 2012-670047 del 14 de enero de 2014, razón por la cual no hay lugar al pago de las prestaciones sociales y las demás acreencias laborales deprecadas.

**5.2.1.4.** Certificación expedida por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. en la que constan los contratos celebrados por la actora del año 2014 al 2018.

**5.2.1.5.** Manual de Funciones de la denominación del empleo de Auxiliar Área Salud Código 412, Grado 17, de la Planta de Personal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

**5.2.1.6.** Cuadros de turnos de las enfermeras del Hospital Simón Bolívar desde enero de 2004 a diciembre de 2017.

**5.2.1.7.** Certificación proferida por la Directora de Gestión de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., en la que consta los salarios y prestaciones sociales para el empleo de Auxiliar Área Salud 412-17.

**5.2.1.8.** Medios magnéticos contentivos de la hoja de vida de la actora, los contratos suscritos por ésta y el Hospital Simón Bolívar E.S.E., los cuadros de turnos, las planillas de actividades y la Resolución de reconocimiento de la pensión de vejez.

**5.2.1.9.** Constancia de Conciliación Prejudicial llevada a cabo ante la Procuraduría 195 Judicial I, para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

## **5.2.2. Testimoniales e interrogatorio de parte.**

**5.1.2.1** Declaración de la señora Miryam Guachetá Sánchez, rendida ante el Despacho el día **8 de julio de 2021** e interrogatorio de parte recepcionado en la misma fecha, a través de la plataforma Microsoft Teams y acta contentiva de dicha diligencia.

## **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 20 de abril de 2021, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora María del Rosario Sánchez Hernández tiene o derecho a que se le reconozca la existencia de un relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculada bajo la modalidad de prestación de servicios en el Hospital Simón Bolívar E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., y en consecuencia, se efectúe el pago de salarios y prestaciones que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral.

No obstante, como asunto previo deberá determinar el Despacho si dicha pretensión se encuentra incurso en la prohibición contemplada en el artículo 128 de la Constitución Política, de devengar dos asignaciones del tesoro público, teniendo cuenta que la señora María del Rosario Sánchez Hernández adquirió el estatus de pensionada en el año 2014 y en dicha condición laboró al servicio del hospital demandado, en los años cuya relación laboral reclama en la presente controversia.

## **5.4. CASO CONCRETO.**

Se encuentra acreditado que mediante Resolución No. 269 del 1° de marzo de 1984, la señora María del Rosario Sánchez Hernández, fue nombrada en el cargo de Auxiliar de enfermería III- -Servicios Complementarios- Hospital Regional Simón Bolívar, tomando posesión del mismo el 5 del

mismo mes y año, tal como consta en el Acta que obra a folio 20 del expediente.

A su vez, de la certificación expedida el **10 de marzo de 2014**, por la Técnica de Nómina del Hospital Simón Bolívar E.S.E., que reposa en los medios magnéticos que obran en el expediente, se evidencia que la señora María del Rosario Sánchez Hernández laboraba en el Hospital Simón Bolívar como empleada pública, en propiedad en el cargo de Auxiliar Área de la Salud, desde el 12 de marzo de 1984, así:

CERTIFICA:

Que la señora SANCHEZ HERNANDEZ MARIA DEL ROSARIO identificada con cédula de ciudadanía No. 25126412 está vinculada a esta empresa desde Marzo 12 de 1984 con las siguientes condiciones laborales:

DATOS DEL CARGO Y REMUNERACION

Cargo Actual	:	AUXILIAR AREA SALUD
Tipo de vinculación	:	EN PROPIEDAD
Calidad de Empleado	:	EMPLEADO PUBLICO
Horas Laboradas	:	8 HORAS
Sueldo Básico	:	\$1,452,085
UN MILLÓN CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL OCHENTA Y CINCO PESOS CON 00/100 M/CTE		

OTROS PAGOS INVOLUCRADOS

PRIMA DE ANTIGUEDAD	:	101,646
---------------------	---	---------

Así mismo, se observa que a través de la **Resolución No. GNR 8833 del 14 de enero de 2014**, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones reconoció a la señora María del Rosario Sánchez Hernández una pensión de vejez al haber acreditado un total de 10.273 días laborados, correspondientes a 1.468 semanas, por el tiempo en que trabajó en el Hospital Simón Bolívar y además ostentar 56 años de edad, así:

Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, D. C.  
Expediente No. 2019-00394-00

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DIAS
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	19840312	19951230	TIEMPO SERVICIO	4249
FUNDACION SAN JUAN DE DIOS	19920801	19931231	TIEMPO SERVICIO	518
CENTRO HOSPITALARIO SAN JUAN D	19950701	19990731	TIEMPO SERVICIO	1470
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	19951201	19990831	TIEMPO SERVICIO	1350
CENTRO HOSPITALARIO SAN JUAN D	19990901	20011031	TIEMPO SERVICIO	780
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	19991101	19991129	TIEMPO SERVICIO	29
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	19991201	19991229	TIEMPO SERVICIO	29
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20000101	20000229	TIEMPO SERVICIO	60
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20000301	20000328	TIEMPO SERVICIO	28
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20000401	20000428	TIEMPO SERVICIO	28
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20000501	20000528	TIEMPO SERVICIO	28
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20000601	20000629	TIEMPO SERVICIO	29
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20000701	20000926	TIEMPO SERVICIO	86
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20001001	20001027	TIEMPO SERVICIO	27
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20001101	20010527	TIEMPO SERVICIO	207
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20010601	20020119	TIEMPO SERVICIO	229
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20020201	20020219	TIEMPO SERVICIO	19
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20020301	20020319	TIEMPO SERVICIO	19
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20020401	20020519	TIEMPO SERVICIO	49
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20020601	20020721	TIEMPO SERVICIO	51
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20020801	20020819	TIEMPO SERVICIO	19
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20020901	20021019	TIEMPO SERVICIO	49
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20021101	20021119	TIEMPO SERVICIO	19
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20021201	20030119	TIEMPO SERVICIO	49
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20030301	20030418	TIEMPO SERVICIO	48
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20030501	20030518	TIEMPO SERVICIO	18
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20030601	20030718	TIEMPO SERVICIO	48
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20030801	20031226	TIEMPO SERVICIO	146
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20040101	20040329	TIEMPO SERVICIO	89
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20040401	20040429	TIEMPO SERVICIO	29
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20040501	20041129	TIEMPO SERVICIO	209
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20041201	20041204	TIEMPO SERVICIO	4

HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20050101	20050328	TIEMPO SERVICIO	88
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20050401	20110731	TIEMPO SERVICIO	2280
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20110901	20120229	TIEMPO SERVICIO	180
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20120401	20130227	TIEMPO SERVICIO	327
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20130301	20130607	TIEMPO SERVICIO	97
HOSPITAL SIMON BOLIVAR	20130701	20130707	TIEMPO SERVICIO	7

Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 10,273 días laborados, correspondientes a 1,468 semanas.

Que nació el 25 de septiembre de 1957 y actualmente cuenta con 56 años de edad.

Por lo anterior, resolvió:

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Reconocer el pago de una pensión de VEJEZ a favor del (la) señor(a) SANCHEZ HERNANDEZ MARIA DEL ROSARIO, ya identificado(a), en los siguientes términos y cuantías:

Valor mesada de 2014 = \$1.515.926

**ARTÍCULO SEGUNDO:** La presente prestación junto con el retroactivo si hay lugar a ello, será ingresada en la nómina del periodo 201403 que se paga en el

En ese sentido, se colige que la señora María del Rosario Sánchez

Hernández laboró como empleada pública en el Hospital Simón Bolívar desde el 12 de marzo de 1984 hasta el mismo mes del año 2014, razón por la cual la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones le reconoció una pensión de vejez, a partir de la nómina de **marzo de 2014**.

Ahora bien, la señora María del Rosario Sánchez Hernández deprecia el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales que aduce tiene derecho, en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital Simón Bolívar ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. desde el **1 de abril de 2014 hasta el 31 de agosto de 2018**, tiempo en el que se desempeñó como auxiliar de enfermería.

Sobre el particular, reposa en el plenario la Certificación expedida por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E, en la que consta que la señora María del Rosario Sánchez Hernández suscribió varios contratos de prestación de servicios desde el **1 de abril de 2014 al 31 de enero de 2018**, como auxiliar de enfermería, como observa en el siguiente cuadro:

No de Contrato	Fecha de Ingreso	Fecha de Terminación	Valor Honorarios
1128/2014	01/04/2014	31/12/2014	\$1.066.666
0636/2015	01/01/2015	31/01/2015	\$1.200.000
1282/2015	01/02/2015	31/12/2015	\$1.300.000
0904/2016	01/01/2016	31/01/2016	\$1.300.000
1999/2016	01/02/2016	31/06/2016	\$1.365.000
1797/2016	01/07/2016	31/07/2016	\$1.365.000
861/2016	01/08/2016	31/09/2016	\$1.365.000
4668/2016	01/10/2016	31/12/2016	\$1.365.000
0818/2017	01/01/2017	31/01/2018	\$1.385.000

Al respecto, la señora Miryam Guachetá Sánchez en su declaración rendida el 8 de julio de 2021, cuando se le indagó si la actora se encontraba vinculada a la planta de personal de la entidad demandada y salió pensionada, contestó: “*si señora, ella salió creo que en marzo y yo salí en noviembre*” y cuando se le preguntó si estando pensionada la demandante se vinculó nuevamente a la entidad demandada bajo

contratos de prestación de servicios, respondió “sí”.

Por su parte, la demandante al ser interrogada respecto a si estuvo vinculada al Hospital Simón Bolívar o Subred integrada de Servicios de Salud Norte como auxiliar de enfermería, manifestó: “Yo trabajé como auxiliar de enfermería **de planta** en el comité de infecciones hasta el 31 de marzo del 2014, a partir del 1 de abril de 2014 empecé contrato como auxiliar de enfermería en el comité de infecciones”, respuesta que reiteró cuando afirmó que una vez salió pensionada fue vinculada por contrato de prestación de servicios y preguntada por el Despacho si mientras prestaba sus servicios en la entidad demandada bajo dicha modalidad, recibía su mesada personal, contestó “sí”.

En consecuencia, se advierte que la señora María del Rosario Sánchez Hernández estuvo vinculada a la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte bajo contratos de prestación de servicios desde el 1 de marzo de 2014 al 31 de enero de 2018, percibiendo el pago de honorarios, como se evidencia en el cuadro relacionado precedentemente **y a su vez, percibía la pensión que le fue reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a través de la Resolución GNR 8833 del 14 de enero de 2014, como lo afirmó aquella en su interrogatorio.**

Sobre el particular, el artículo 128 de la Constitución Política señala la prohibición de percibir más de una asignación proveniente del tesoro público e incluso estableció la imposibilidad de desempeñar simultáneamente dos empleos públicos, en los siguientes términos:

*“Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público **ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público**, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.*

*Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas” (Negrilla fuera del texto original).*

Dicho precepto constitucional, fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4ª del 18 de mayo 1992, en el que se dispuso:

*“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las siguientes asignaciones:*

- a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;*
- b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;*
- c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;*
- d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;*
- e) **Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud***
- f) Los honorarios percibidos por los miembros de las Juntas Directivas, en razón de su asistencia a las mismas, siempre que no se trate de más de dos juntas;*
- g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley beneficien a los servidores oficiales docentes pensionados”.*

*PARÁGRAFO. No se podrán recibir honorarios que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades”.*

Sobre la constitucionalidad de dicha normatividad, en sentencia C-133 de 1993<sup>1</sup>, se señaló:

*“Si bien es cierto que en el artículo 128 C.P. se consagra una incompatibilidad, **no lo es menos que ésta se encuentra en íntima relación de conexidad con la remuneración de los servidores estatales;** basta ver que en ella se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona, **tanto como recibir más de una asignación que provenga del erario público** (Negrilla fuera del texto).*

Igualmente, la H. Corte constitucional en dicha providencia se ocupó de definir el término “asignación”, así:

*“El término "asignación" **comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público,** llámese*

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia C-133 de 1993, magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

suelo, honorario, **mesada pensional**, etc. Siendo así, bien podía el legislador ordinario establecer dicha incompatibilidad dentro de la citada Ley 4a. de 1992, sin contrariar mandato constitucional alguno. Aún en el remoto caso de que se hubiere concluido que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los funcionarios públicos debía ser regulado por medio de ley ordinaria, el artículo 19, objeto de acusación, tampoco sería inconstitucional, por cuanto el legislador estaba perfectamente facultado para hacerlo”.

Dicha definición fue reiterada con posterioridad por el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, a través del concepto 1344 de 10 de mayo de 2001, Consejero Ponente Flavio Augusto Rodríguez Arce, al indicar:

*El desarrollo jurisprudencial del término "asignación", puede resumirse así: "con este vocablo genérico se designa en hacienda pública **toda cantidad de dinero que se fija y destina al pago de las prestaciones relacionadas con el servicio público oficial**", según la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia - sentencia del 11 de diciembre de 1961 -. Por su parte, esta Sala en la Consulta 896 de 1997 sostuvo que "**...la prohibición de recibir más de una asignación del tesoro público, está estrechamente relacionada con el ejercicio de empleos en el sector oficial o con el pago de prestaciones provenientes del ejercicio de estos empleos (...) las asignaciones mencionadas en dichas normas comprenden los sueldos, prestaciones sociales y toda clase de remuneración que tenga como fundamento un vínculo o relación laboral con entidades del Estado**"<sup>3</sup>; "bajo el vocablo asignación queda comprendida toda **remuneración que se reciba en forma periódica, mientras se desempeña una función** (Negrilla fuera del texto original).*

De lo anterior, se colige que el término “asignación”, contemplado en el artículo 128 de la Constitución Política comprende toda clase de remuneración que emane del tesoro público, destinada al pago de prestaciones relacionadas con el servicio oficial o con la cancelación de dichas prestaciones que provengan del ejercicio de estos empleos, en otras palabras, toda retribución que tenga como fundamento una relación

laboral con entidades del Estado.

Sobre dicho aspecto, el H. Consejo de Estado en sentencia del 1.º de marzo de 2012, Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente 0375-11, señaló que “*cuando el pago de la **pensión de vejez involucra tiempos públicos**, se consagra la incompatibilidad prevista por el artículo 128 de la Constitución y que, por el contrario, esta no se presenta cuando se está solicitando una pensión de vejez por haber laborado con empleadores particulares*” (Negrilla fuera del texto original).

En ese sentido, del marco jurisprudencial expuesto es claro para el Despacho que lo pretendido por la demandante, orientado a que se declare la existencia de una relación laboral, en virtud de los sendos contratos de Prestación de Servicios que celebró con la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte y se le paguen los salarios y las prestaciones sociales correspondientes, es **incompatible** con la pensión de vejez que le fue reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a través de la Resolución No. GNR 8833 del 14 de enero de 2014, teniendo en cuenta que se causó con las semanas cotizadas durante el tiempo que laboró como empleada pública en el Hospital Simón Bolívar, la cual según lo manifestado por aquella en el interrogatorio rendido ante este Despacho, **la percibía mientras desarrolló dichos contratos**, por lo que de accederse a lo solicitado se configuraría la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política, de percibir dos asignaciones provenientes del erario público.

Al efecto, se pronunció el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda Subsección “A”, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, en sentencia del 17 de octubre de 2018, así:

“(…)

*Bajo dicho entendido, es dable concluir que uno de los eventos que configuran la prohibición prevista en el 128 Superior se **vulnera cuando se percibe salarios y prestaciones provenientes de entidades públicas y a la vez se es beneficiario de una pensión que involucra tiempos públicos.***

(...)

Conforme a lo anterior, es claro para esta Subsección que el dinero que pretende se le cancele al demandante y que ordenó el a quo a través del presente medio de control, ya le fue reconocido por parte de la entidad de previsión por concepto de retroactivo pensional y, en atención a la incompatibilidad que existe entre el salario y la pensión provenientes del mismo tiempo y del erario público, no se puede ordenar pago alguno.

En consecuencia, permitir el pago de los dineros reconocidos en la Resolución 0459 del 13 de marzo de 2012 desde el retiro del servicio hasta su efectivo reintegro, o como lo ordenó el a quo hasta el 21 de junio de 2013, implicaría que el demandante hubiera **devengado simultáneamente el salario como empleado público y la pensión de jubilación, lo cual no es permitido al tenor del artículo 128 Superior, que prohíbe devengar doble asignación del tesoro público**, (salvo las precisas excepciones previstas por ley), además, sería contrario a la finalidad de esta prestación que busca sustituir al salario

(...)

**En conclusión:** Las sumas ordenadas en el artículo cuarto de la Resolución 0459 del 13 de marzo de 2012 se toman incompatibles con el pago de la pensión de vejez reconocida al señor Fernando Cristóbal Marín Álvarez, dado que provienen de una misma fuente (servicio público) y por ende, iría en contravía de la prohibición de percibir más de una asignación que provenga del tesoro público” (Negrilla fuera del texto original).

Lo anterior conduce al Despacho a denegar las súplicas de la demanda, pues la pretensión encaminada a que se le reconozcan a la actora los salarios y prestaciones sociales por el periodo correspondiente a los años 2014 a 2018, tiempo en el que a su vez devengó pensión de jubilación, contraviene lo dispuesto en el artículo 128 Superior que prohíbe devengar doble asignación del tesoro público, pues en su calidad de pensionada estaba exclusivamente cobijada por la excepción prevista por ley, de poder devengar honorarios como profesional de la salud, los cuales sí resultan compatibles con dicha prestación social, como efectivamente ocurrió en el caso en estudio.

## 5.5. COSTAS

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la

medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**VI. RESUELVE:**

**PRIMERO: DENEGAR** las súplicas de la demanda, por las razones contenidas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas a cargo de la parte demandante.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la parte actora excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y Cúmplase,

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ**  
**JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL  
CIRCUITO DE BOGOTA D.C.  
Notificación por estado

La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 21 de hoy 20 de agosto de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.

*Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, D. C.  
Expediente No. 2019-00394-00*

LM

**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez**

**Juez**

**018**

**Juzgado Administrativo**

**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: **a992957dd8b70f8dd6f1de2918db27c4048750f2c0481d96d8cdd9a3a618efda**

Documento generado en 17/08/2021 01:06:57 p. m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD**  
**DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 110013335-018-2019-00490-00  
**Demandante:** **MARÍA CONSUELO CASALLAS PALACIOS, DELFA ALIRIA RODRÍGUEZ ROZO, FLOR MARINA PARRADO RODRÍGUEZ, DORA ALCIRA GARZÓN GARCÍA HERREROS, DORA INÉS RODRÍGUEZ GALVIS, JOAQUIN HERNANDO GONZÁLEZ TIBAQUIRA, NESTOR CASTILLO MARTÍNEZ, ROBERTO AMADO OLARTE, WILFREDO HERNEY AGUILAR BALANTA y GLORIA STELLA PARRA RINCÓN**  
**Demandado:** MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.  
**Asunto:** SENTENCIA

---

Los señores **MARÍA CONSUELO CASALLAS PALACIOS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.703.946 de Bogotá; **DELFA ALIRIA RODRÍGUEZ ROZO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 23.490.948 de Chiquinquirá; **FLOR MARINA PARRADO RODRÍGUEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.439.873 de Cáqueza; **DORA ALCIRA GARZÓN GARCÍA HERREROS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.444.957 de Bogotá; **DORA INES RODRÍGUEZ GALVIS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.397.783 de Bogotá; **JOAQUIN HERNANDO GONZÁLEZ TIBAQUIRA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.198.554 de Tenjo; **NESTOR CASTILLO MARTÍNEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.074.918 de Bogotá; **ROBERTO AMADO OLARTE**, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.170.252 de Moniquirá; **WILFREDO HERNEY AGUILAR BALANTA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.124.851 de Bogotá y **GLORIA STELLA PARRA RINCON**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.453.648 de Bogotá, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentaron demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A., correspondiendo dictar Sentencia.

## **I. ACTUACIÓN PROCESAL**

### **1. LA DEMANDA.**

#### **1.1 PRETENSIONES**

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial y de Alegaciones llevada a cabo el 18 de mayo de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

## **II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La apoderada de los demandantes estima desconocidos los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, el Decreto 1073 de 2002 y la Ley 812 de 2003.

Señala que la Ley 812 de 2003, derogó tácitamente los descuentos para salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre al remitir la cotización de los docentes oficiales a las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, normativa que no contempla los mismos, razón por la cual la entidad demandada está realizando un doble descuento que no se encuentra autorizado por la ley, quebrantando los mandatos constitucionales.

Sostiene que en los Conceptos Nos. 10846 del 20 de agosto de 2004 y 8004-1-160365 del 31 de diciembre de 2005, expedidos por el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud – respectivamente, se ratifica que sobre las mesadas pensionales es procedente el descuento para el aporte a salud; sin embargo, este no puede recaer en las adicionales.

## **III. CONTESTACIÓN**

La apoderada de las entidades demandadas mediante escrito del **6 de mayo de 2020**, allegado vía correo electrónico el 10 de julio del mismo año, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las excepciones de **legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica**, indicando que los descuentos para los aportes al régimen contributivo de salud, tienen su respaldo jurídico en el numeral 5° del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, donde se consagró el deber del fondo de deducir el 5% del aporte en salud sobre el valor de las mesadas, incluidas las adicionales.

Precisó que el artículo 81 de la ley 812 de 2003, estableció que la tasa de cotización para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es la señalada en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, normas que establecen que el aporte del pensionado es del 12% sobre el valor de la mesada, aspecto sobre el cual la Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia C-369, declarándola exequible.

Reiteró que a todos los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio les fue incrementado el monto de cotización al sistema de salud sobre la mesada pensional del inicialmente contemplado en la Ley 91 de 1989, en un 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 y posteriormente con las modificaciones introducidas por la Ley 1122 de 2007, en 12.5%, y finalmente, en virtud de la Ley 1250 de 2008, en el 12%, por lo cual, en lo que referente al porcentaje de cotización, los pensionados afiliados al FOMAG, se rigen por lo establecido en la Ley 100 de 1993, sin embargo, esto no quiere decir que se altere su régimen prestacional, ya que por pertenecer a un régimen especial, se encuentran exceptuados del general.

Sostuvo que la Ley 91 de 1989, es una disposición especial que rige a todos los docentes afiliados al FOMAG y que hace parte de un ordenamiento jurídico que estructura su régimen pensional excepcional, por lo cual es viable realizar los descuentos sobre las mesadas adicionales.

Por último, señaló que las disposiciones del sistema general sobre las mesadas adicionales no establecen que se pueda hacer descuento alguno sobre las mismas; no obstante, la Ley 91 de 1989, si lo permite de manera expresa en el numeral 5 del artículo 8, por lo cual no es viable acceder a las pretensiones propuestas por los demandantes, toda vez que carecen de fundamento normativo.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Los alegatos de conclusión fueron expuestos por las apoderadas de las partes en la Audiencia Inicial, de Alegaciones y Juzgamiento, llevada a cabo el 18 de mayo de 2021 y a ellos se remite el Despacho.

De otra parte, se advierte que el Agente del Ministerio Público no rindió concepto, en razón a que no asistió a la mencionada Audiencia.

#### **V. CONSIDERACIONES**

##### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

Frente a las excepciones de **legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación demandada por inexistencia de causa jurídica**, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituyen excepciones de mérito alguna que impidan resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

##### **5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.**

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

##### **Caso No. 1. Demandante MARÍA CONSUELO CASALLAS PALACIOS**

i) Resolución No. 0530 del 15 de febrero de 2011, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago

de la pensión por invalidez a la demandante, a partir del 19 de octubre de 2010 (fls. 36 a 37).

ii) Petición elevada por la actora ante la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 28 de septiembre de 2017, por medio de la cual solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 39).

iii) Oficio No. S-2017-160207 del 2 de octubre de 2017, mediante el cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó lo solicitado anteriormente y le informó a la demandante que dicha entidad efectúa el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, más no el pago de las mismas y menos los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, por ende, enviará a la Fiduciaria la Previsora S. A. la solicitud elevada, con el objeto de que se pronuncie sobre la misma (fl. 40).

iv) Petición elevada por la actora ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 3 de octubre de 2017, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 41).

v) Copia del comprobante de pago de pensión y descuentos en salud realizados a la actora, expedido por el Banco BBVA del mes de noviembre de 2016, conforme al cual consta que efectivamente se le ha realizado el descuento en salud sobre la mesada adicional de diciembre (fl. 42).

vi) Copia de la cédula de ciudadanía de la actora (fl. 43)

## **Caso No. 2. Demandante DELFA ALIRIA RODRÍGUEZ ROZO**

i) Resolución No. 005327 del 9 de octubre de 2007, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión por invalidez a la demandante, a partir del 5 de junio de 2007 (fls. 45 a 47).

ii) Petición elevada ante la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 8 de febrero de 2018, por

medio de la cual la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 49).

iii) Oficio No. S-2018-35995 del 21 de febrero de 2018, mediante el cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó lo solicitado anteriormente y le informó a la demandante que dicha entidad efectúa el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, más no el pago de las mismas y menos los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, por ende, enviará a la Fiduciaria la Previsora S. A. la solicitud, con el objeto de que se pronuncie sobre la misma (fl. 49).

iv) Petición elevada por la demandante ante la Fiduciaria la Previsora S.A. el 13 de febrero de 2018, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 50).

v) Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados a la actora, por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1991 y el 30 de septiembre de 2017, conforme al cual consta que efectivamente se le han realizado los descuentos en salud sobre la mesada adicional del mes de diciembre (fls. 51 a 53).

vii) Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 57).

### **Caso No. 3. Demandante FLOR MARINA PARRADO RODRÍGUEZ**

i) Resolución No. 003338 del 22 de junio de 2011, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión por invalidez a la demandante, a partir del 16 de febrero de 2011 (fls. 59).

ii) Petición elevada por la demandante ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 24 de enero de 2018, por medio de la cual solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 62).

iii) Oficio No. S-2018-16350 del 26 de enero de 2018, mediante el cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó lo solicitado anteriormente y le informó a la demandante que dicha entidad efectúa el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, más no el pago de las mismas y menos los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, por ende, enviará a la Fiduciaria la Previsora S. A. la solicitud elevada, con el objeto de que se pronuncie sobre la misma (fl. 63).

iv) Petición elevada por la actora ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 25 de enero de 2018, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 64).

v) Copia del comprobante de pago de pensión y descuentos en salud realizados a la actora, expedido por el Banco BBVA del mes de noviembre de 2017, conforme al cual consta que efectivamente se le ha realizado el descuento en salud sobre la mesada adicional de diciembre (fl. 65).

vi) Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 66).

#### **Caso No. 4. Demandante DORA ALCIRA GARZÓN GARCÍA HERREROS**

i) Resolución No. 2544 del 9 de octubre de 1998, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 6 de noviembre de 1997 (fls. 68 a 69).

ii) Petición elevada a la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 26 de enero de 2018, por medio de la cual la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fl. 70).

iii) Oficio No. S-2018-21242 del 2 de febrero de 2018, mediante el cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó lo solicitado anteriormente y le informó a la demandante que dicha entidad efectúa el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, más no el pago de las mismas y menos los descuentos en salud sobre

las mesadas pensionales, por ende, enviará a la Fiduciaria la Previsora S. A. la solicitud elevada, con el objeto de que se pronuncie sobre la misma (fl. 71 a 72).

iv) Petición elevada por la demandante ante la Fiduciaria la Previsora S.A. el 29 de enero de 2018, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 73).

v) Copia del comprobante de pago de pensión y descuentos en salud realizados a la actora, expedido por el Banco BBVA del mes de noviembre de 2017, conforme al cual consta que efectivamente se le ha realizado el descuento en salud sobre la mesada adicional de diciembre (fl. 74).

vi) Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 75).

**Caso No. 5. Demandante DORA INES RODRÍGUEZ GALVIS**

i) Resolución No. 2151 del 12 de noviembre de 1997, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 21 de diciembre de 1996 (fls. 77 a 78).

ii) Petición elevada ante la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 25 de enero de 2018, por medio de la cual la actora solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 80).

iii) Oficio No. S-2018-16869 del 29 de enero de 2018, mediante el cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó lo solicitado anteriormente y le informó a la demandante que dicha entidad efectúa el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, más no el pago de las mismas y menos los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, por ende, enviará a la Fiduciaria la Previsora S. A. la solicitud elevada, con el objeto de que se pronuncie sobre la misma (fls. 81 a 82).

iv) Petición elevada por la demandante ante la Fiduciaria la Previsora S.A. el 26 de enero de 2018, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 83).

v) Oficio No. 20181070030891 del 30 de enero de 2018, a través del cual se dio respuesta parcial a la solicitud, allegando los extractos de pago, sin pronunciarse sobre la petición de reintegro y devolución de descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales (fl.86).

vi) Copia del comprobante de pago de pensión y descuentos en salud realizados a la actora, expedido por el Banco BBVA del mes de noviembre de los años 2009 y 2016, conforme al cual consta que efectivamente se le ha realizado el descuento en salud sobre la mesada adicional de diciembre (fl. 85 a 86).

vii) Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 87).

**Caso No. 6. Demandante JOAQUIN HERNANDO GONZÁLEZ TIBAQUIRA**

i) Resolución No. 0839 del 4 de febrero de 2014, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión por invalidez al demandante, a partir del 4 de octubre de 2013 (fls. 89 a 90).

ii) Petición elevada ante la Secretaría de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 26 de julio de 2018, por medio de la cual el actor solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 92).

iii) Oficio No. S-2018-131144 del 30 de julio de 2018, mediante el cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó lo solicitado anteriormente y le informó al demandante que dicha entidad efectúa el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, más no el pago de las mismas y menos los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, por ende, enviará a la Fiduciaria la Previsora S. A. la solicitud elevada, con el objeto de que se pronuncie sobre la misma (fl. 93 a 94).

iv) Petición elevada por el demandante ante la Fiduciaria la Previsora S.A. el 14 de agosto de 2018, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 95).

v) Oficio No. 20180871290601 del 17 de agosto de 2018, a través del cual se dio respuesta parcial a la solicitud, allegando los extractos de pago, sin pronunciarse sobre la petición de reintegro y devolución de descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales (fl.96).

vi) Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados al actor, por el periodo comprendido entre el 8 de agosto de 2013 y el 31 de julio de 2018, conforme al cual consta que efectivamente se le han realizado los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales del mes de diciembre (fls. 97).

vii) Copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 98).

**Caso No. 7. Demandante NESTOR CASTILLO MARTÍNEZ**

i) Resolución No. 06892 del 15 de diciembre de 2003, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante, a partir del 15 de agosto de dicha anualidad (fls. 101 a 102).

ii) Petición elevada por el demandante ante la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 30 de enero de 2018, por medio de la cual solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 103).

iii) Oficio No. S-2018-20357 del 1 de febrero de 2018, mediante el cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó lo solicitado anteriormente y le informó al demandante que dicha entidad efectúa el reconocimiento de las prestaciones sociales de los

docentes, más no el pago de las mismas y menos los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, por ende, enviará a la Fiduciaria la Previsora S. A. la solicitud elevada, con el objeto de que se pronuncie sobre la misma (fl. 104).

iv) Oficio No. 20181090040621 del 5 de febrero de 2018, por medio del cual la Fiduciaria la Previsora S. A., le negó al demandante el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año (fl. 105).

v) Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados al actor, por el periodo comprendido entre el 14 de agosto de 2003 y el 31 de enero de 2018, conforme al cual consta que efectivamente se le ha realizado el descuento en salud sobre las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre (fls. 106 a 109).

vi) Copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 110).

**Caso No. 8. Demandante ROBERTO AMADO OLARTE**

i) Resolución No. 02581 del 29 de mayo de 2003, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al actor, a partir del 11 de octubre de 2002 (fls. 112 a 113).

ii) Petición elevada por el actor ante la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 22 de enero de 2018, por medio de la cual solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 114).

iii) Oficio No. S-2018-23880 del 7 de febrero de 2018, mediante el cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó lo solicitado anteriormente y le informó al demandante que dicha entidad efectúa el reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes, más no el pago de las mismas y menos los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales, por ende, enviará a la Fiduciaria la Previsora S. A. la solicitud elevada, con el objeto de que se pronuncie sobre la misma (fl. 115 a 116).

iv) Petición elevada por el demandante ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 24 de enero de 2018, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 117).

v) Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados al actor, por el periodo comprendido entre el 10 de octubre de 2002 y el 31 de diciembre de 2017, conforme al cual consta que efectivamente se le han realizado los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre (fls. 119 a 122).

vi) Copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 123).

**Caso No. 9. Demandante WILFREDO HERNEY AGUILAR BALANTA**

i) Resolución No. 06896 del 15 de diciembre de 2003, a través de la cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al demandante, a partir del 26 de enero de 2003 (fls. 126 a 127).

ii) Petición elevada por el actor ante la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 25 de abril de 2016, por medio de la cual solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación, así como el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fls. 129 a 131)

iii) Resolución No. 3403 del 15 de junio de 2016, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó al demandante la revisión de su pensión de jubilación (fls. 132) y acta de notificación (fl. 133).

iv) Recurso de reposición interpuesto por el demandante a través de apoderada, en contra de la resolución señalada precedentemente (fl. 134 a 136).

v) Resolución No. 7669 del 3 de octubre de 2017, por medio de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá resolvió el recurso de reposición interpuesto por el actor contra el acto administrativo señalado anteriormente, reliquidando la pensión de jubilación (fl. 137) y acta de notificación personal (fl. 139).

vi) Petición elevada por el demandante ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 13 de mayo de 2015, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 140).

vii) Oficio No. 20150931018931 del 11 de agosto de 2015, mediante el cual la Fiduciaria la Previsora S. A., dio respuesta parcial a la solicitud, allegando los extractos de pago, sin pronunciarse sobre la petición de reintegro y devolución de descuentos efectuados por concepto de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales. (fls. 141).

viii) Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados al actor, por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1991 y el 31 de julio de 2015, conforme al cual consta que efectivamente se le han realizado los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre (fls. 142 a 146).

ix) Copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 147).

**Caso No. 10. Demandante GLORIA STELLA PARRA RINCON**

i) Resolución No. 1863 del 30 de junio de 2005, a través de la cual la Secretaría de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 20 de noviembre de 2004 (fl. 149 a 150).

ii) Petición elevada por la actora ante la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 11 de febrero de 2016, por medio de la cual solicitó el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre cada año y que se le suspendieran dichos descuentos (fl. 151 a 153).

iii) Resolución No. 1263 del 29 de febrero de 2016, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio negó a la demandante la reliquidación de su pensión de jubilación (fls. 154) y acta de notificación (fl. 155)

iv) Petición elevada por la demandante ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 13 de octubre de 2015, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad (fl. 156)

v) Oficio No. 20160160505731 del 17 de mayo de 2016, por medio del cual la Fiduciaria la Previsora S. A., le negó a la demandante el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año (fls. 157).

vi) Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados a la actora, por el periodo comprendido entre el 30 de enero de 2000 y el 30 de abril de 2016, conforme al cual consta que efectivamente se le ha realizado el descuento en salud sobre las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre (fl. 158 a 160).

vii) Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 161).

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 18 de mayo de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer:

**i)** Si se configuró el silencio administrativo por falta de respuesta a las peticiones elevadas por **i) MARIA CONSUELO CASALLAS PALACIOS**, el 3 de octubre de 2017, ante la Fiduciaria la Previsora S. A. **ii) DELFA ALIRIA RODRÍGUEZ ROZO**, el 13 de febrero de 2018, ante la Fiduciaria la Previsora S. A. **iii) FLOR MARINA PARRADO RODRIGUEZ**, el 25 de enero de 2018, ante la Fiduciaria la Previsora S. A., **iv) DORA ALCIRA GARZON GARCIA HERREROS**, el 29 de enero de 2018, ante la Fiduciaria la Previsora S. A. **v) DORA INES RODRIGUEZ GALVIS**, el 26 de enero de 2018, ante la Fiduciaria la Previsora S. A. **vi) JOAQUIN HERNANDO GONZALEZ TIBAQUIRA**, el 14 de

agosto de 2018, ante la Fiduciaria la Previsora S. A. vii) **WILFREDO HERNEY AGUILAR BALANTA**, el 25 de abril de 2016, ante el Ministerio de Educación Nacional y el 13 de mayo de 2015, ante la Fiduprevisora S.A y viii) **GLORIA STELLA PARRA RINCON**, el 11 de febrero de 2016, ante el Ministerio de Educación Nacional.

ii) Si las mesadas pensionales reconocidas a favor de los demandantes en calidad de pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de **junio y diciembre** (*respectivamente*), son susceptibles de descuentos de aporte al régimen contributivo de seguridad social en salud.

iii) Si procede o no la devolución de los mismos y si se debe ordenar la suspensión de tales descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia.

### **5.3.1. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.**

La apoderada de la parte actora deprecia la existencia y nulidad de los actos fictos presuntos negativos producto de los silencios de la administración frente a las peticiones elevadas por los señores **Maria Consuelo Casallas Palacios**, el 3 de octubre de 2017; **Delfa Aliria Rodríguez Rozo**, el 13 de febrero de 2018; **Flor Marina Parrado Rodríguez**, el 25 de enero de 2018; **Dora Alcira Garzón García Herreros**, el 29 de enero de 2018; **Dora Inés Rodríguez Galvis**, el 26 de enero de 2018; **Joaquin Hernando González Tibaquira**, el 14 de agosto de la misma anualidad, radicados ante la Fiduciaria la Previsora S. A., del señor **Wilfredo Herney Aguilar Balanta**, el 25 de abril de 2016, ante el Ministerio de Educación Nacional y el 13 de mayo de 2015, ante la Fiduprevisora S.A y por último de la señora **Gloria Stella Parra Rincón**, el 11 de febrero de 2016, ante el Ministerio de Educación Nacional, mediante las cuales solicitaron a las entidades demandadas la devolución y suspensión de los descuentos de las mesadas adicionales de junio y diciembre que les fueron reconocidas.

Sobre el particular, es evidente que en los casos de los referidos actores, se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que las entidades demandadas hayan resuelto las peticiones descritas

anteriormente, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

*“Artículo 83. Silencio Negativo. Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.  
(...)”.*

### **5.3.2. MARCO NORMATIVO QUE REGULA EL REGIMEN DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS PENSIONALES.**

Los descuentos en salud sobre las mesadas pensionales fueron contemplados tanto en el régimen general de pensiones, inicialmente en un 5% de la mesada pensional (ley 4ª. de 1966, artículo 37 del decreto 3135 de 1968 y artículo 90 del Decreto 1848 de 1969), como en el régimen especial de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (numeral 5º del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, *“por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, con una diferencia entre ellos, pues en el primero, no se alude a las mesadas adicionales, en tanto que en el segundo se señala expresamente que en dicha cotización quedan incluidas las mesadas adicionales.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el monto de cotización en salud, quedó consagrado en el artículo 204 *íbidem*, en un **máximo del 12 % del salario base de cotización”.**

Respecto a la cotización al régimen prestacional en salud de los docentes oficiales, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 *“Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”* dispuso que **“El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003”**, de donde se colige que la tasa de cotización en salud para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no es otra que la prevista en el artículo 204 de la ley 100 de 1993, esto es, el 12%, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1250 de 2008.

Conforme al marco normativo expuesto, es claro que en la actualidad el monto de cotización al régimen contributivo en salud **se encuentra unificado** tanto para los pensionados cobijados por el régimen general de pensiones como para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en una tasa del 12%, del salario base de cotización, es decir, un 7% más de lo que venían cotizando bajo el régimen de la ley 91 de 1989.

### **5.3.3. MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE**

La mesada adicional del mes de diciembre fue consagrada por primera vez en el artículo 5° de la Ley 4 de 1976 *“por la cual se dictan normas sobre materia pensional de los sectores público, oficial, semioficial y privado y se dictan otras disposiciones”*, así: *“Los pensionados de que trata esta ley o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho **recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión.....”***.

Posteriormente, el artículo 50 de la ley 100 de 1993, reiteró el derecho de los pensionados *por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia a continuar **recibiendo** cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión”*.

Por su parte, la mesada adicional del mes de junio, se encuentra establecida tanto en el régimen general de pensiones (artículo 142 de la Ley 100 de 1993), como en el régimen especial de los docentes oficiales (artículo 15°, numeral 2° literal b), de la Ley 91 de 1989).

### **5.3.4. DE LA PROCEDENCIA DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE DE LAS MESADAS PENSIONALES ADICIONALES DEL PERSONAL DOCENTE. UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL.**

En primer lugar, se advierte que frente a las controversias orientadas a la devolución de los descuentos en salud efectuados en las mesadas

adicionales de junio y diciembre del personal docente, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, no había una posición unificada y, en ese sentido, esta juzgadora era de la tesis de que el régimen de cotización en salud para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedó cobijado por el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, en el entendido que si para éste último se aplicaba la prohibición de realizar descuentos en salud sobre las mesadas mencionadas, dicha prohibición igualmente regía a los Docentes, bien por considerarse que había operado la derogatoria tácita del artículo 8° numeral 5° de la ley 91 de 1989, como lo venía sosteniendo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, entre otras, en providencia del 31 de enero de 2013 ( expediente 2011-00381-01 M.P. Carmelo Perdomo Cueter) o bien, en aplicación del principio constitucional de igualdad, consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta Política.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda- en **Sentencia de Unificación del 3 de junio de 2021**, proferida dentro del Expediente No. 66001-33-33-000-2015-00309-01, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez<sup>1</sup>, determinó la procedencia de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales pagadas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los siguientes términos:

“(…)

*44. Ahora, es cierto que el artículo 81 no hizo mención expresa al aumento para la tasa de cotización en salud de los docentes pensionados, sin embargo, esto no implica que aquellos estuvieran exentos del ámbito de la norma. En lo relativo a este punto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-369 de 2004, al estudiar la demanda de inexecutable del inciso 42 del artículo 81 de la Ley 812 de 2003,*

---

<sup>1</sup> Demandante: JOSÉ JULIÁN GUEVARA PARRA, Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

<sup>2</sup> El tenor literal de la disposición demandada es el siguiente: «El valor total de la tasa de cotización por los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio corresponderá a la suma de aportes que para salud y pensiones establezcan las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, manteniendo la misma distribución que exista para empleadores y trabajadores. La distribución del monto de estos recursos la hará el Consejo

analizó el contenido y alcance del aumento en la cotización que esta ley implicó para dicho personal, y concluyó que es razonable entender que ellos están incluidos, por lo que de ahí en adelante deben cancelar la totalidad del aporte previsto por las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003. Particularmente, expuso, en primer lugar, que la norma no estableció excepción alguna al disponer el incremento, y, en segundo lugar, que dentro de los afiliados al FOMAG se encuentran los docentes pensionados que reciben su mesada de dicho fondo, por lo tanto, también son destinatarios de la disposición en mención.

(...)

50. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.

51. De lo anteriormente expuesto, se observa que el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 aumentó el porcentaje de la cotización a salud del personal pensionado que se encontrara afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, del 5% al 12% mensual, pero no modificó la obligación de efectuarlas sobre cada una de las mesadas pensionales, **incluso de las mesadas adicionales, según lo ordenado por el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, por lo tanto, dicha obligación subsiste.**

(...)

53. **En conclusión: Son procedentes los descuentos de aportes a salud del 12% previsto por el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 de cada una de las mesadas pensionales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso de las mesadas adicionales que reciban, por disposición de la Ley 812 en cuanto así lo prevé y que remite al art. 204 de la Ley 100 de 1993.**

(...)

54. Hasta este punto queda verificado que los docentes pensionados están en la obligación de aportar un 12% de sus mesadas pensionales y que, al tratarse de una regla derivada de los artículos 8 de la Ley 91 de 1989 y 81 de la Ley 812 de 2003, la obligación de aportes, cualquier excepción debe estar taxativamente señalada por la ley....”.

Y más adelante, agregó:

**“1.2.1. De la excepción del artículo 5 de la Ley 43 de 1984.**

55. Uno de los planteamientos que sustentan la improcedencia de los descuentos a salud de las mesadas adicionales se funda en el

---

Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en lo correspondiente a las cuentas de salud y pensiones».

artículo **5 de la Ley 43 de 1984**. Con el fin de analizarlo, conviene señalar que el **artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982** proscribió los descuentos de la mesada adicional del mes de diciembre para las Organizaciones Gremiales y para las Entidades encargadas del pago de pensiones, así: «La mensualidad adicional de que trata el artículo 5.º de la Ley 4.ª de 1976 no será objeto de descuento alguno, ni para las Organizaciones Gremiales ni para las Entidades encargadas del pago de pensiones».

(...)

59. Sin embargo, ante la obligación legal que ordena los descuentos por aportes a salud de las mesadas adicionales, contenida en el artículo 8 de la Ley 91 de 1989, se concluye que ni el artículo 5 de la Ley 43 de 1984 ni el artículo 7 de la Ley 42 de 1982 regulan la materia para los docentes pensionados afiliados al FOMAG.

60. Ahora, debe tenerse en cuenta que el inciso 6 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, es la norma específica para el sector docente y aquella dispuso que sí se deben efectuar los descuentos de las mesadas adicionales, además, es posterior a la Ley 43 de 1984, con lo cual, **esta última no es la que rige para el personal afiliado al FOMAG.**

61. En ese orden, la aplicación del artículo 7 de la Ley 42 del 14 de diciembre de 1982 **no puede sustentar el entendimiento según el cual los afiliados al FOMAG están eximidos de la cotización de salud de sus mesadas pensionales adicionales.**

(...)" (Negritas y subrayas del Despacho).

Posteriormente, señaló:

"(...)

### **1.2.2. Alcance del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002**

(...)

64. En desarrollo de lo anterior, el Decreto 1073 del 24 de mayo de 2002 prescribió:

**«Artículo 1º.** Descuentos de mesadas pensionales. De conformidad con el artículo 38 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, la administradora de pensiones o institución que pague pensiones, deberá realizar los descuentos autorizados por la ley y los reglamentos. Dichos descuentos se realizarán previo el cumplimiento de los requisitos legales.

(...)

**Parágrafo.** De conformidad con los artículos 50 y 142 de la Ley 100 de 1993, los descuentos de que tratan estos artículos no podrán efectuarse sobre las mesadas adicionales.»

65. En primer lugar, se observa que los descuentos de las mesadas adicionales de que trata la norma son aquellos destinados a los créditos o deudas que contraen los pensionados en favor de su

organización gremial, fondos de empleados y de las cooperativas, así como de las cuotas a favor de las Cajas de Compensación Familiar para efectos de la afiliación y de las cuotas mensuales por este concepto, **mas no están referidos a las cotizaciones a salud.**  
(...)

68. Así las cosas, es necesario precisar que el Decreto 1073 de 2002 hace parte del marco normativo de los descuentos de las mesadas de los pensionados con destino a las asociaciones gremiales, fondos de empleados y de las cooperativas, y es a estos a los que se refiere la norma cuando señala «Las instituciones pagadoras de pensiones no están obligadas a realizar otro descuento diferente a los autorizados por la ley y los reglamentados por el presente decreto», **con lo cual no debe extenderse a las cotizaciones de las mesadas adicionales del personal de docentes pensionados afiliados al FOMAG, pues en todo caso, dichos descuentos sí están autorizados por la ley, particularmente, por la Ley 91 de 1989 en el artículo 8, como ya se definió.** (Negrillas fuera del texto original).

(...)”.

Luego, indicó:

**“1.2.3. La condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de los docentes pensionados**

“(…)”

70. Otro de los argumentos que se exponen para afirmar que son improcedentes los descuentos a salud de las mesadas pensionales adicionales, está basado en que los docentes pensionados ya no pueden considerarse como afiliados al FOMAG, ante la inexistencia de una relación legal y reglamentaria en virtud de la cual ejerzan la función docente.

(...)

72. Para el asunto bajo estudio, únicamente pueden ser acreedores de las prestaciones y servicios a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio aquellos servidores que se encuentran afiliados y hacen los aportes que les corresponde. En consecuencia, quienes reciben prestaciones tales como una pensión de jubilación a cargo de aquel, según la Ley 91 de 1989, así como los servicios médico-asistenciales, son sus afiliados (...)

73. Así las cosas, **no cabe duda de que quienes reciben prestaciones y servicios de dicho Fondo aún se encuentran inscritos a él y reciben dichos beneficios. Por ello, es plausible concluir que están afiliados al FOMAG aquellos docentes que gozan de las prestaciones que dicha entidad les concede por ministerio de la ley, sin que puedan excluirse de este grupo de**

**servidores aquellos que no tienen vigente una relación legal y reglamentaria para el ejercicio de la función docente.**

(...) De la norma transcrita se deduce que, para el Legislador, los docentes pensionados tienen la condición de afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

75. En consecuencia, el argumento según el cual los docentes pensionados perdieron la condición de afiliados al FOMAG no es de recibo.

(...)” (Negrillas del Despacho).

Así mismo, refirió:

**“1.2.4. De efectuarse el descuento de la cotización a salud a las mesadas pensionales adicionales se estaría realizando en un 24% en el respectivo mes, cuando solamente está autorizado un 12%.**

76. En relación con el razonamiento según el cual el aporte de la mesada adicional conlleva un 24%, es necesario precisar que de cada una de las mesadas que reciben se efectúa el descuento del 12%, es decir, 12% de la mesada que periódicamente se viene recibiendo y otro 12% de la mesada adicional. Por ende, para afirmar que el descuento corresponde a un 24%, sería necesario demostrar que se efectuó sobre una misma mesada de las que se devenga periódicamente, pero no se entiende de esta forma cuando de cada una de las mesadas, se realiza la referida deducción, así sean pagadas en un mismo periodo.

(...)

Una simple operación aritmética permite deducir que, en la situación bajo examen, se hace una deducción del 12% del 100% de lo que se recibe cada mes. Entonces, cuando se recibe una mesada adicional, en junio y diciembre, también se hace un descuento del 12% del total que se recibe. Si bien en términos numéricos el valor del aporte equivale al doble del que corresponde para una mensualidad ordinaria, no puede entenderse que aquella se aumenta en 24%, dado que recibe un valor adicional. En efecto, el artículo 204 de la Ley 100 de 1993 prevé que el aporte se obtiene de la «respectiva mesada», es decir, de la mesada ordinaria más la adicional. En otros términos, el descuento del 12% se efectúa sobre el total de lo recibido en el correspondiente mes, lo que es igual al 12% de cada una de las mesadas.”

En ese sentido, anotó:

“ (...)

Finalmente, la parte demandante afirmó que, de efectuarse tal deducción la cotización equivaldría al 24% de la mesada, cuando lo procedente es el 12% mensual. **Este argumento tampoco tiene vocación de prosperidad**, si se tiene en cuenta que en los meses en los que el beneficiario de la prestación recibe dos mesadas, el aporte del 12% lo hace sobre el total de lo devengado

en ese mes, lo que equivale al descuento del mismo porcentaje de cada una de las mesadas que recibe”.

“(...)

Finalmente, concluyó:

## **“2. REGLA DE UNIFICACIÓN**

86. Son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

(...)” (subrayas del Despacho).

Por último, lo concerniente a los efectos de dicha sentencia, indicó:

“(...)

88. Además, es importante destacar que la decisión que se adopta en esta sentencia de unificación se acompasa con los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema pensional y de salud, en consideración a que los recursos que provienen de los aportes que efectúan los docentes de sus mesadas pensionales, cuya destinación está dada por la ley, redundan en su beneficio, por ende, tienen una finalidad de interés general inspirada en dichos principios. **En consecuencia, los efectos retrospectivos de esta providencia resultan acordes con dicho objetivo.**

89...la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija **se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial**, a través de acciones ordinarias, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables” (Negrilla fuera del texto original).

Bajo el anterior criterio Jurisprudencial, es claro que son procedentes los descuentos con destino a salud, incluso en las mesadas adicionales de junio y diciembre reconocidas a los docentes, pues dichos descuentos si están autorizados por el artículo 8° de la ley 91 de 1989, que les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, porcentaje

que fue incrementado al 12%, de conformidad con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

#### 5.4. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, los demandantes pretenden que se ordene al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud sobre las mesadas adicionales de **junio y diciembre**, así como la suspensión de los mismos.

De las pruebas obrantes en el expediente se encuentra acreditado que los actores tienen la calidad de docentes pensionados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual se acredita con los actos administrativos que a continuación se relacionan:

<b>CASO</b>	<b>DEMANDANTE</b>	<b>RESOLUCIÓN DE RECONOCIMIENTO No.</b>	<b>TIPO DE PENSIÓN</b>
<b>1</b>	María Consuelo Casallas Palacios	0530 del 15 de febrero de 2011	Invalidez
<b>2</b>	Delfa Aliria Rodríguez Rozo	005327 del 9 de octubre de 2007	Invalidez
<b>3</b>	Flor Marina Parrado Rodríguez	003338 del 22 de junio de 2011	Invalidez
<b>4</b>	Dora Alcira Garzón García Herreros	2544 del 9 de octubre de 1998	Vitalicia de jubilación
<b>5</b>	Dora Ines Rodríguez Galvis	2151 del 12 de noviembre de 1997	Vitalicia de jubilación
<b>6</b>	Joaquín Hernando González Tibaquirá	0839 del 4 de febrero de 2014	Invalidez
<b>7</b>	Nestor Castillo Martínez	06892 del 15 de diciembre de 2003	Vitalicia de jubilación
<b>8</b>	Roberto Amado Olarte	02581 del 29 de mayo de 2003	Vitalicia de jubilación
<b>9</b>	Wilfredo Herney Aguilar Balanta	06896 del 15 de diciembre de 2003	Vitalicia de jubilación
<b>10</b>	Gloria Stella Parra Rincón	1863 del 30 de junio de 2005	Vitalicia de jubilación

A su vez, se observa que los actores elevaron reclamaciones administrativas ante la Fiduciaria la Previsora S.A. y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el propósito de que se les realizara la devolución y suspensión del valor descontado por salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre, solicitudes que fueron denegadas a través de los actos administrativos demandados en la presente controversia.

Por su parte, en la etapa de decreto de pruebas de la Audiencia Inicial y Alegaciones llevada a cabo el 18 de mayo de 2021, se ordenó oficiar a la Fiduprevisora S. A., con el fin de que aportara al plenario los soportes que acreditaran los descuentos por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud efectuados respecto de las señoras María Consuelo Casallas Palacios, Flor Marina Parrado Rodríguez, Dora Alcira Garzón García Herreros y Dora Inés Rodríguez Galvis, desde el momento que adquirieron el status de pensionados, sin que a la fecha de la presente providencia se hubiesen remitido.

Sin embargo, la misma ya no es necesaria para resolver la controversia, pues determinándose que el descuento es procedente, ya no se requiere probar si el mismo fue o no realizado, aspecto que era indispensable establecer para acceder a las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, conforme al criterio jurisprudencial reseñado, el cual acoge esta juzgadora en su integridad, es claro que los descuentos con destino al régimen contributivo en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, se encuentran ajustados a la ley, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda.

#### **5.5. COSTAS.**

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que los actores en el curso del proceso hayan incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** NEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas a cargo de los actores.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a los actores excepto los ya causados, a petición de los mismos.

Notifíquese y cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ**  
**JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N°021 de hoy 20 de agosto de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez**

**Juez**

**018**

**Juzgado Administrativo**

**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

*Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá*  
*Expediente No. 2019-00490*

Código de verificación: **4bb40f61dad0573c49f13171efc85fd64f6ee6fde5af4a5f08813da5cb7dba26**

Documento generado en 13/08/2021 12:45:09 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD**  
**DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11001-33-35-018-**2018-00306-00**  
**Demandante: SANDRA YANETH ROJAS VANEGAS**  
Demandada: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR  
E.S.E. – HOSPITAL DE VISTA HERMOSA  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **SANDRA YANETH ROJAS VANEGAS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.951.167 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. – HOSPITAL DE VISTA HERMOSA, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1. PRETENSIONES Y HECHOS.**

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 18 de febrero de 2020, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

**II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.**

El apoderado de la parte actora estima desconocidas las siguientes normas:

**2.1. Constitucionales:** Artículos 2, 4, 11, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58 y 128.

**2.2. Legales:** Artículo 10 del Código Civil; 19 y 36 del Código Sustantivo del Trabajo; los Decretos 1042 de 1978, 1750 de 2003 y 4171 de 2009 y la Ley 80 de 1993, numeral 3.

Así mismo, considera infringidos pronunciamientos Jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los cuales se ocupó de citar.

Sobre el particular, sostuvo que el acto administrativo demandado trasgrede las normas referidas, toda vez que desestimó de plano y sin fundamento constitucional el pago de las prestaciones laborales y sociales que la demandante dejó de percibir y a las que le asiste derecho como contraprestación de la labor que desempeñó para la entidad demandada.

Manifestó que la actora laboró en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. – Hospital de Vista Hermosa, en virtud de los contratos u órdenes de prestación de servicios que suscribió; sin embargo, sus funciones cumplen con los presupuestos de una relación laboral, por las siguientes razones:

- Se le exigió la prestación personal del servicio, pacto de tipo contractual.
- Como remuneración de su labor, la entidad le pagaba las cantidades pactadas en los contratos de forma mensual, previa exigencia de contar con las afiliaciones al sistema de seguridad social y el pago al día.
- Existió subordinación, toda vez que no gozaba de autonomía, estaba sometida al horario que le era asignado, a los reglamentos de la entidad y tenía funciones predeterminadas, las cuales ejercía el personal de planta y comprendían el objeto misional de la entidad.
- Prestó de forma continua sus servicios.

En ese sentido, afirmó que se encuentran desvirtuados los presupuestos de un contrato de prestación de servicios, configurándose la relación laboral, a pesar de que las cláusulas allí contenidas pretendían disfrazar

una actividad que por su naturaleza y funciones debe ser desempeñada mediante una relación legal y reglamentaria, incumpléndose con la prohibición constitucional y legal que tienen las entidades del Estado de celebrar este tipo de contratación para el ejercicio de labores de carácter permanente y, en consecuencia, lo procedente era la creación de los cargos correspondientes. Preciso que en el caso bajo estudio se evidencia la mala fe de la entidad demandada, por el hecho de camuflar una verdadera relación laboral, bajo la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, dado que infringe los postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales sobre la materia.

### **III. CONTESTACIÓN.**

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **08 de abril de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Sostuvo que las Empresas Sociales del Estado cuentan con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y, en materia contractual, se rigen por el derecho privado, pudiendo discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación Pública, caso en el cual, y respecto de estas, el trámite se regirá por lo regulado en la Ley 80 de 1993. Partiendo de lo anterior, señaló que por la importancia del servicio que prestan las empresas antedichas es posible que se presenten situaciones fácticas que ocasionen gran cúmulo de actividades a desarrollar, las cuales deben suplirse mediante contrato de prestación de servicios, en tanto que el personal de planta de la entidad resulta insuficiente para cumplir con la gestión encomendada. Por consiguiente, adujo, el Hospital goza de total autonomía administrativa, presupuestal y financiera por lo cual celebra los contratos que considere pertinente en aras del cumplimiento de su misión como E.S.E.

Indicó que la celebración de contratos de prestación de servicios dentro de las E.S.E. tiene fundamento en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y citó jurisprudencia al respecto de la caracterización de dichos contratos, así como de la diferencia con los contratos de carácter laboral.

Refirió a que la carga de la prueba le corresponde a la demandante, quien era una contratista de conformidad con los múltiples contratos suscritos entre las partes, aunque la actora pretenda demostrar lo contrario, desconociendo la legalidad de la Ley 80 de 1993 en los contratos administrativos celebrados entre las partes; siendo que el Hospital aplicó todas las condiciones y requisitos establecidos por la normativa, lo que de suyo lo identifica como un contrato perfectamente válido dentro de su modalidad.

Precisó que el contrato de prestación de servicios *per se* no se convierte en contrato laboral por entrañar permanencia, subordinación, ni las sumas canceladas se convierten en salarios, pues ello se debe acreditar fehacientemente, toda vez que el desarrollo del objeto contratado, por su naturaleza, no puede llevarse a cabo en las circunstancias escogidas por el contratista, sino dentro de las condiciones pactadas y aceptadas por el mismo.

Manifestó que, en lo que respecta al cumplimiento de horario con ocasión de la celebración de un contrato de prestación de servicios, entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación de actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero que ello no significa necesariamente la consignación del elemento de subordinación.

Planteó interrogantes acerca del establecimiento de un orden y concordancia entre la actividad profesional prestada por un contratista y las necesidades del servicio por parte de un E.S.E., la existencia de una supervisión, y el cumplimiento de actividades dentro de un horario acorde a las necesidades de la contratante, los cuales desarrolló con jurisprudencia que se ocupó de citar.

Adujo que el Hospital Vista Hermosa suscribió contrato de prestación de servicios con la actora, evidenciando que de la naturaleza del mismo no se desprende una relación de subordinación laboral ni dependencia para el desarrollo de la actividad contratada, señalando que el reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado ha advertido que, en tratándose de la prestación al servicio público de salud, en vez de subordinación hay una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales y que, por lo tanto, no está demostrado que la demandante recibiera órdenes por parte del Hospital o de los jefes de área, debiendo la actora cumplir con sus actividades de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión como auxiliar de farmacia.

Afirma que la demandante suscribió de forma libre, consciente y voluntaria los contratos temporales de prestación de servicios, en los que se estipulaba que el contrato se ejecutaría con total autonomía e independencia sin que se entendiera que entre las partes mediaba relación laboral alguna. Por tanto, manifiesta, no había lugar al pago de prestaciones sociales, ni de costos distintos al valor acordado en los diversos contratos, coligiendo que los servicios de la actora fueron contratados temporalmente para satisfacer la continua prestación del servicio de salud, el cual culminó efectivamente al término del contrato, como estaba previsto a la firma del mismo.

Aludió a que la demandante no cumplía con sus actividades en las mismas condiciones en las que lo hacían los funcionarios de planta, por lo cual manifiesta que se deben desestimar las pretensiones de la demanda.

Aduce que, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, donde el Estado debe garantizar la prestación continua y permanente del servicio de salud, el cual debe primar sobre cualquier derecho particular, el Hospital de Vista Hermosa, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. siempre ha procurado mantener la continua prestación del servicio con el fin de satisfacer la necesidad de la población que reside en la tercera localidad más extensa de Bogotá, como lo es Ciudad Bolívar.

Indicó que la sentencia C-171 de 2012, que declaró exequible el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, que autorizó a las E.S.E. para desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, dispuso tres parámetros para entender ajustado a la constitución y a la ley la norma anotada, pudiendo configurarse cualquiera de ellos para entender ajustada la contratación con terceros. De manera que, en el caso particular, se encuentran acreditados dos de los parámetros establecidos, esto es, que no se trata de funciones permanentes o misionales de la entidad y que no era posible realizar las actividades con el personal de planta del Hospital.

Señala que, en el caso particular, la parte actora carece de fundamentos tanto fácticos como de derecho que puedan llevar al convencimiento de la existencia de un contrato realidad y que no está debidamente acreditada la subordinación que es la *prima facie* en toda relación de tipo laboral, la contratista fue vinculada mediante contratos de arrendamiento de servicios profesionales, utilizando para su ejecución sus propios medios, de manera independiente y sin subordinación alguna. Afirmó, de igual forma, que tampoco se encuentra demostrado dentro del plenario el cumplimiento de un horario laboral que se pueda traducir en la existencia de un contrato de trabajo ya que la demandante realizaba las actividades descritas en el contrato en cualquier tiempo, de manera independiente.

Manifestó que la entidad que representa debe ser absuelta de las pretensiones de la demanda por cuanto no existe obligación alguna pendiente por cubrir y mucho menos indemnizaciones que se deban

reconocer debido a que siempre actuó dentro de los parámetros y facultades que le otorga la ley, actuando siempre enmarcada en el principio de la buena fe que regula las relaciones contractuales.

De otra parte, propuso las excepciones de:

**i) Prescripción:** Afirma que, sin que de ninguna manera se entienda reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por la demandante, propone la excepción de prescripción correspondiente a cualquier derecho que eventualmente se hubiese causado a favor de la demandante y que de conformidad con las normas legales y con la probanza del juicio, quede cobijado por el fenómeno de la prescripción, en especial aquellas condiciones que se declaren probadas a partir de la fecha en que se presentó la reclamación administrativa por parte de la demandante.

**ii) Pago:** Aduce que el Hospital de Vista Hermosa, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. pagó los honorarios anticipados y convenidos conforme los contratos y la disponibilidad presupuestal para los mismos; y canceló oportunamente de buena fe los pagos descontados del valor en el cumplimiento de los diferentes o múltiples contratos de prestación de servicios.

**iii) Inexistencia del derecho y de la obligación:** Alude a que, acorde con las normas de la contratación administrativa de prestación de servicios, la demandante libremente optó por esta modalidad de contratación y celebró contratos de este tipo en los cuales reiteradamente, así como en los documentos previos, se estableció la inexistencia de la relación laboral. Igualmente, señaló que suscribió voluntariamente cada uno de los contratos de prestación de servicios, donde la demandante se comprometió como contratista, conservando su autonomía e iniciativa en las actividades encomendadas, y siempre se comportó como contratista independiente en el ejercicio de su labor.

Agrega que los contratos de prestación de servicios fueron terminados por vencimiento del término acordado y que en los mismos existen aspectos

no exigibles para una relación laboral, así: se suscribieron las pólizas de garantía, hubo pago de anticipos, hubo actas de liquidación, se afectó el rubro presupuestal y la demandante suscribió los contratos a título de contratista.

**iv) Ausencia del vínculo de carácter laboral:** Manifiesta que la demandante siempre actuó como contratista y no como trabajadora del Hospital demandado, y que así lo ofreció y lo aceptó. Aduce que los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes se firmaron de común acuerdo y que dentro de su contenido se indica claramente que se excluye de manera expresa relación laboral entre las partes.

Manifiesta además que la determinación, por la entidad contratante, de ciertas tareas en virtud del contrato, no conlleva a subordinación, pues en cumplimiento del objeto contractual, se debían hacer supervisiones a las actividades de la contratista, debido a que las mismas debían estar sometidas a ciertas pautas esenciales relacionadas con el objeto del contrato, lo que no implica desvirtuar la clase de contratación. A lo anterior, sumó que la demandante conocía que había celebrado contratos para la prestación de servicios personales, no laborales, y que es cierto que el objeto del contrato se ejecutó en las instalaciones de la demandada y, por tanto, es indudable que se hiciera vigilancia de las actividades de la actora.

**v) Inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad:** Indica que, en el caso particular no existen los elementos integrales para identificar un contrato realidad, no hay subordinación, ni horario ni remuneración como factor salarial y/o pago.

**vi) Buena fe:** Afirma que la entidad demandada actuó apegada a la legalidad de la Ley 80 de 1993 y a las normas de mínimo rigor legal; indicando que durante el tiempo de vinculación de las partes, jamás la demandante hizo un reclamo a la entidad demandada, lo que conduce a que se actuó con absoluta buena fe en la relación que tuvo con la

demandante, bajo la creencia de dicha relación estaba condicionada a los términos contractuales, los cuales siempre cumplió sin reparo alguno de su contraparte.

**vii) Cobro de lo no debido:** Alude a que no ha nacido obligación alguna contra la entidad demandada por cuanto en realidad las partes pactaron como pago rubros denominados “honorarios”, dado el tipo de contrato celebrado. Así, bajo el convencimiento de estar bajo un contrato de prestación de servicios, la demandante se afilió al sistema de seguridad social integral como contratista independiente y firmó voluntariamente los contratos indicados, sin existir queja alguna por incumplimientos relacionados con su pago. En consecuencia, afirma que la entidad demandada no debe suma alguna ni reconoce acreencias laborales porque no se causaron.

**viii) Presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes:** Manifiesta que los contratos de prestación de servicios personales suscritos entre las partes, así como los demás actos administrativos proferidos por la entidad demandada se encuentran amparados legalmente con base en la documentación que reposa en la entidad, una vez llenos los requisitos para su formación adquieren fuerza obligatoria y gozan de presunción de legitimidad.

**ix) Relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral:** Indica que la demandante no tiene calidad de empleada pública, no gozaba de los derechos sindicales que reclama en la demanda, no tiene derecho a la aplicación del régimen convencional, tampoco existe norma legal que disponga de los intereses a las cesantías, ni demás peticiones legales y extralegales porque el contrato de prestación de servicios, bajo la legalidad de la Ley 80 de 1993, no lo establece; sin que se pueda aplicar el Decreto 2127 de 1945, por no ser un trabajador oficial ni empleado público.

Agregó que al ser la convención colectiva de un trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos, razón por la cual su

acreditación no está probada, en relación entre contratista y contratante. Por consiguiente, la convención colectiva no es extensiva.

**x) Compensación:** Refiere a que la demandante prestaba un servicio como contratista con la finalidad de que su actividad fuera compensada con un pago de honorarios por el tiempo corto de los contratos de prestación de servicios que suscribió, leyó y entendió que no le generaban prestaciones sociales.

**xi) Oposición:** Indica que la demandada no acredita los documentos aportados como copias auténticas y presuntamente puede haber la posibilidad de tacha por falta de auténticos.

**xii) Inexistencia de perjuicios:** Establece que la demandada no es responsable de una obligación que persigue la demandante, por lo cual no se vislumbran perjuicios causados en contra de esta.

**xiii) Improcedencia de la indemnización solicitada:** Señala que está probado que la demandante ha actuado de mala fe, a indicio de manera directa y determinante en el perjuicio o daño que reclama, por negligencia y culpa de no ser cuidadosa en aportar su situación que nunca fue cuestionada, además acepto las condiciones de la contratación, su labor fue autónoma, sin hacer ninguna objeción para ejecutar su labor.

**xiv) Innominada:** Solicita se declaren probadas las demás excepciones que resulten dentro del presente proceso, conforme con el artículo 306 del C.P.C.

De otra parte, propuso las excepciones de “**cosa juzgada**” e “**inepta demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones**” las cuales fueron resueltas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 18 de febrero de 2020, denegándose su prosperidad.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

##### **4.1. Parte demandante**

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **27 de julio de 2021**, vía correo electrónico se ratificó en los argumentos y fundamentos que expuso en el libelo demandatorio y solicitó que se dé aplicación al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, teniendo en cuenta que se encuentra probado que la actora no laboró con autonomía técnica, administrativa, ni financiera, prestando sus servicios intelectuales y físicos de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues por el contrario debió cumplir horarios, parámetros fijados por los lineamientos y reglamentos de la entidad, utilizó herramientas suministradas por la entidad, lo cual generó dependencia y subordinación con la entidad para la cual trabajaba. Prestación del servicio que además fue continua, pues afirma que es diferente que la entidad se tome algunos días para la firma del siguiente contrato o prórroga, lo cual no afectó la prestación del servicio permanente de parte de la demandante.

Afirmó que la entidad demandada contrató a la actora a través del uso indebido de la figura de contrato de prestación de servicios, razón por la cual se le deben reconocer las prestaciones sociales y todos los emolumentos a que tiene derecho como consecuencia de la relación laboral que ostentó con la entidad demandada.

Manifestó que el testimonio e interrogatorio recaudados dan cuenta de que existieron superiores jerárquicos que se encargaban de asignar actividades por cronogramas, impartir órdenes, controlar horario y desarrollo de las funciones de la actora.

Manifestó que no existía un dominio de tiempo de la demandante pues esta debía cumplir el horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. y según requerimiento de los superiores debía asistir los sábados al punto de apoyo vacunación de 7:00 a.m. a 3:00 p.m. y los domingos a realizar apoyo a la comunidad de 8:00 a.m. a 12:00 m. Sin perjuicio de señalar que la demandante dependía de la disponibilidad que tuvieran las familias para atenderla, en cuanto a las metas mensuales según el contrato a

firmar y las disposiciones de Salud Pública, podían variar, para lo cual debía ceñirse a lineamientos y protocolos so pena de recibir sanciones por parte de los superiores e incluso tener que cumplir con las glosas si ocurría algún tipo de irregularidad.

Indicó que la demandante realizaba sus actividades con el material y herramientas suministrados por la entidad, debía abstenerse de solicitar permisos, debía informar a su jefe cualquier situación que le impidiera desarrollar su función, sin poder subcontratar.

Asegura que las actividades desempeñadas por la demandante contribuían al cumplimiento de los objetivos de la entidad, con lo cual se corroboró la existencia de una relación laboral en donde se establecen e identifican los tres elementos integrantes de la misma, esto es: (i) subordinación, (ii) prestación personal del servicio y (iii) remuneración.

#### **4.2. Parte demandada**

Si bien la parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, lo hizo de forma extemporánea, toda vez que el auto que corrió traslado para dicho efecto fue notificado el **16 de julio de 2021**, razón por la cual contaba hasta el **02 de agosto del año en curso** para alegar de conclusión, actuación que fue surtida el **04 de agosto de 2021**, circunstancia que impide tenerlo en cuenta.

#### **4.3. Ministerio Público**

El Procurador Delegado ante el Despacho, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **30 de julio de 2021**, rindió concepto, en el cual manifestó que los contratos celebrados por las partes, corresponden a la modalidad de prestación de servicios, regulada por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, cuyo fin es desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la respectiva entidad, sin que en ningún caso se genere una relación laboral, ni prestaciones sociales.

Aludió a que, sin embargo, la constitución y la jurisprudencia han reconocido que lo sustancial prevalece sobre las formalidades, es decir, que en algunos eventos pese a que formalmente se ha celebrado un contrato de prestación de servicios, sustancialmente se encubre una relación laboral, circunstancias que deberán ser alegadas por el contratista, quien tiene la carga de probar los elementos constitutivos del contrato de trabajo: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

Manifestó que la jurisdicción contencioso administrativa ha sido pacífica en establecer que las entidades no pueden contratar actividades de forma permanente o para suplir su inoperancia en proveer las plantas de personal para cumplir con su labor funcional, invocando jurisprudencia del Consejo de Estado que se ocupó de citar.

Advirtió que, en el expediente solamente se allegaron las carpetas contractuales de los años 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2015 y 2016, sin que se aportara lo referente al vínculo contractual del 2014. Resaltó de lo anterior que, la entidad adujo que durante esa vigencia no fue contratada la accionante, según se desprende de la comunicación CO FT 340-21 del 12 de mayo de 2021; infiriendo que durante el año 2014 no existieron contratos entre las partes, situación que resulta importante, pues de llegar a ser así, esta circunstancia incide en los tiempos para reclamar el reconocimiento y pago de los derechos pretendidos, igualmente, para contabilizar los términos de prescripción.

Por otro lado, manifestó que el señor Mario Raúl Alvis Cifuentes rindió testimonio el 15 de abril de 2021, y su declaración fue tachada por la apoderada de la demandada, al considerar que estaban dados los elementos del artículo 211 del Código General del Proceso. Frente a ello, el agente del Ministerio Público manifestó que comparte dicha apreciación, bajo el argumento de que la imparcialidad del señor Alvis Cifuentes puede estar afectada por la demanda que tiene contra la entidad, la coincidencia de apoderado y que la señora Sandra Yaneth Rojas le serviría de testigo en

su proceso, de manera que, conforme a ello, se puede ver beneficiado en precedente horizontal.

Agregó que lo afirmado por el testigo no genera certeza y credibilidad en su dicho, ya que informó que cada ocho días, quince días o un mes veía a la actora y que la señora Rojas Vanegas cumplía el horario porque así les tocaba a todos, son conjeturas que al parecer no devienen de un testigo directo o presencial de los hechos. Por consiguiente, consideró que dicha prueba deberá ser valorada con especial rigor.

De otra parte, indicó que, de las pruebas documentales obrantes en el plenario no se puede deducir la existencia de los elementos de una relación laboral, sumado al hecho de que, en el interrogatorio vertido por la actora se evidenció autonomía en las actividades que desplegó, al puntualizar:

- Que solamente en una oportunidad les dieron capacitación y en adelante, ella desarrolló el trabajo, sin necesidad de orientaciones adicionales.
- Que la programación mensual se realizaba con el fin de que las auditorías de la Secretaría de Salud pudieran evidenciar el cumplimiento del trabajo, así como, saber el supervisor el lugar donde se encontraba. Sin que, de ello se pueda derivar una subordinación.
- Que en el agendamiento ella determinaba las visitas a realizar, en aras de que no fueran lugares distantes, debido a la extensión de la localidad.
- Que todas las personas que desarrollaban actividades en el programa de la Secretaría de Salud eran contratistas, es decir, no existen funcionarios de planta con esa misma labor.
- Que en algunas ocasiones le facilitaban vehículo para el desplazamiento a los barrios, momento en el cual debía llegar al Hospital Vista Hermosa, no obstante, reitera, eran escasas las oportunidades en que eso ocurría, teniendo que asumir por sus propios medios el cumplimiento de la actividad encomendada.

- Que el número de visitas del programa era fijado por la Secretaría de Salud Distrital, entidad que distribuía por las diferentes localidades las atenciones que se debían brindar, que dependiendo de la meta que le tocara a Ciudad Bolívar, así mismo, distribuían el número de visitas en el mes entre los profesionales que estuvieran contratados; situación que denota un tema de coordinación, más que de subordinación.

Destacó que, según comunicación suscrita por el subgerente corporativo de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur del 10 de diciembre de 2020, en el manual de funciones y competencias laborales del extinto Hospital de Vista Hermosa I Nivel, no se evidencia la existencia del empleo “Nutricionista y Dietista”, por lo que no existiría un parámetro de comparación.

Finalmente, concluyó que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

## **V. CONSIDERACIONES.**

### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

Respecto a las excepciones propuestas por el extremo demandado, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

De otro lado, se precisa que la excepción de **prescripción** será resuelta en acápite posterior de esta providencia y, en cuanto a la **innominada**, se advierte que, tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 18 de febrero de 2020, no se encontraron excepciones que debieran ser declaradas de oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el

presente fallo.

## **5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.**

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

### **5.2.1. Documentales.**

**5.2.1.1.** Cédula de ciudadanía de la señora Sandra Yaneth Rojas Vanegas.

**5.2.1.2.** Petición elevada por la actora el 15 de marzo de 2018, radicada bajo el No. 201803510046592, por medio de la cual le solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de la relación laboral que existió entre las partes, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho, los aportes a la seguridad social y el reembolso de los valores que sufragó por este último concepto, así como la sanción moratoria y ajustes de valor.

**5.2.1.3.** Correo electrónico del 09 de abril de 2018, mediante el cual la entidad demandada remitió al apoderado de la demandante el Oficio No. OJU-E-882-2018.

**5.2.1.4.** Oficio No OJU-E-882-2018 con fecha de elaboración 06 de abril de 2018, y radicado No. 20183510076721 del 09 de abril de la misma anualidad a través del cual la doctora Sandra Milena Duarte Roa, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) de la entidad demandada resolvió de fondo la petición anterior, negando la totalidad de sus solicitudes.

**5.2.1.5.** Soporte de la sociedad SERVIENTREGA S.A., factura No. 965116675 del 21/11/2017, remitente Jorge Iván González Lizarazo, destinatario Subred Integrada de Salud E.S.E. – Hospital Vista Hermosa.

**5.2.1.6.** Soporte de la sociedad SERVIENTREGA S.A., guía No. 965116675 del 21/11/2017, remitente Jorge Iván González Lizarazo,

destinatario Subred Integrada de Salud E.S.E. – Hospital Vista Hermosa.

**5.2.1.7.** Petición, sin fecha, elevada por la actora a través de apoderado, por medio de la cual le solicitó a la entidad demandada copia de la totalidad de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes; copia de su expediente; certificado de los tiempos de servicios; certificación de pagos en seguridad social y riesgos laborales; informar cuántas personas con las mismas funciones pertenecen a la planta de personal; certificados o constancias de las retenciones en la fuente practicadas en cada contrato.

**5.2.1.8.** Documento notariado, sin fecha, mediante la cual la actora autorizó a su apoderado para solicitar y reclamar documentos ante la entidad demandada.

**5.2.1.9.** Oficio No. CO-FT-1499-2017 con fecha de elaboración diciembre 04 de 2017, con radicado No. 201703510206821 del 2017-12-06, mediante el cual la doctora Luz Helena Hernández Palacios, en su calidad de Directora de Contratación de la entidad demandada, dio respuesta al radicado No. 20173510217722-SDQS 2727342017 y, en su virtud envió un CD con la información solicitada y le señaló que revisada la planta de personal del antes Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E. y el manual de funciones, para la época no existía el Profesional Universitario Área Salud con funciones de nutricionista.

**5.2.1.10.** Certificación de las órdenes o contratos de prestación de servicios, desde el 2009 hasta el 2016, emitida por la oficina de contratación de la entidad demandada.

**5.2.1.11.** Certificación de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, desde el 2009 hasta el 2016, suscrita por la doctora Lidia Mayorga Lancheros en su calidad de profesional especializado de la entidad demandada.

**5.2.1.12.** Contrato de servicios asistenciales de salud No. 02202 suscrito entre la demandante y la demandada el 31 de mayo de 2016, con el objeto “apoyo profesional en nutrición”.

**5.2.1.13.** CD contentivo de los contratos de prestación de servicios suscritos por la actora y la entidad demandada, entre el 2009 y el 2016; así como de los certificados de retención a título de impuesto de industria y comercio.

**5.2.1.14.** Oficio No. OJU-E-1000-20 del 31 de marzo de 2020, mediante el cual la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred de Servicios de Salud Sur E.S.E. remitió el oficio DIR CIEN 424-2020 al Despacho.

**5.2.1.15.** Oficio No. DIR CIEN 424-2020 con fecha de elaboración 27 de marzo de 2020, con radicación No. 202003510029883 del 30 de marzo de 2020, mediante el cual el doctor Martín Guillermo Jaimes Madariaga, de la Subgerencia de Prestación de Servicio (C) de la entidad demandada informó *“[n]o se evidencia soporte de transferencia y/o entrega de expedientes al Archivo Central que se refieran o contengan programación de actividades y/o agendas de trabajo a nombre de la señora SANDRA YANETH ROJAS VANEGAS identificada con CC N° 51.951.167 entre las vigencias 2009 al 2017”*.

**5.2.1.16.** Oficio No. OJU-E-1044-20 del 13 de abril de 2020, mediante el cual la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred de Servicios de Salud Sur E.S.E. remitió medio magnético con soportes, concepto y respuesta obtenida de la Dirección Operativa de Contratación de la Subred Sur.

**5.2.1.17.** Oficio No. CO-FT-367-2020 con fecha de elaboración 20 de abril de 2020, con radicación No. 202003510031993 del 2020-04-07, mediante el cual la doctora María Claudia Oñate Vásquez, en su calidad de Directora Operativa de la entidad demandada remitió en medio magnético el expediente contractual de la actora.

**5.2.1.18.** Oficio No. OJU-E-1085-20 del 17 de abril de 2020, mediante el cual la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred de Servicios de Salud Sur E.S.E. remitió el concepto de la Dirección Operativa de Talento Humano respecto del manual de funciones del personal vigente para los

años 2009 a 2016 para el cargo de nutricionista y dietista.

**5.2.1.19.** Oficio No. TH-740-20 con fecha de elaboración 16 de abril de 2020, con radicación No. 202003510033653 del 2020-04-07, mediante el cual la doctora Fabiola Bautista López, en su calidad de Directora Operativa (C) de la entidad demandada informó: “[u]na vez revisados los manuales de funciones Acuerdo 002 de Marzo de 2006 y Resolución 132 de Abril de 2015, junto con las bases de datos del personal de planta para la vigencia 10 de Abril de 2009 a 2016, se evidencia que para el antes Hospital Vista Hermosa, el empleo Nutricionista y Dietista, no existe”.

**5.2.1.20.** CD contentivo del expediente de la demandante, remitido por el doctor José Ignacio Acevedo Suárez, de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada.

**5.2.1.21.** Oficio No. TH-2851-20 con fecha de elaboración 02 de diciembre de 2020, con radicación No. 202003510089743 del 2020-12-04, mediante el cual la doctora Fabiola Bautista López, en su calidad de Directora Operativa (C) de la Dirección de Talento Humano de la entidad demandada informó:

*“En razón a lo anterior, una vez revisados los Manuales de Funciones y Competencias Laborales, del extinto Hospital Vista Hermosa I Nivel, vigentes; se reitera al 06 de Abril de 2016 no se evidenció la existencia del empleo “NUTRICIONISTA Y DIETISTA”.*

*Por ende, al hacer la respectiva incorporación de los servidores públicos, en la planta de Personal de la Subred, no se incluyó el empleo denominado “NUTRICIONISTA Y DIETISTA.*

*(...) una vez revisados los actos administrativos que reposan en la entidad, no se evidencia acto administrativo, expedido por la Superintendencia Nacional de Salud donde se haya establecido la planta de personal”*

**5.2.1.22.** Oficio No. TH-2896-20 con fecha de elaboración 10 de diciembre de 2020, mediante el cual la doctora Ruby Liliana Cabrera Calderón, en su calidad de Subgerente Corporativa de la entidad demandada informó lo dicho en el oficio señalado en el numeral anterior.

**5.2.1.23.** Correo electrónico del 17 de junio de 2021, mediante el cual la

apoderada de la entidad demandada señaló:

*“Por medio de la presente me permito indicar que por erro (sic) involuntario no se había remitido la información solicitada toda vez que la suscrita había redactado el correo electrónico, pero por fallas en la Red, el mismo se había quedado en bandeja de salida, pero no fue enviado.*

*En consecuencia, respetuosamente me permito manifestar que una vez realizado nuevamente la revisión minuciosa de la documental solicitada, la dependencia encargada, tal como se puede evidenciar en correos que anteceden, informo (sic) que "En respuesta al requerimiento por este medio, me permito manifestarle que verificada las bases de datos y el archivo central no se evidencia (sic) contratos relacionados con la vigencia 2014 relacionado con la señora Sandra Janeth Rojas identificada con cc 51.951.167 , en consecuencia no de (sic) da información al respecto por parte de la dirección de contratación."*

*En virtud de lo anterior, me permito indicar al Despacho que la documental no reposa en las instalaciones de la Entidad, prueba única faltante por aportar por parte de esta Entidad”.*

## **5.2.2. Testimoniales e interrogatorio de parte.**

**5.2.2.1.** Documento en formato mp4 contentivo de la declaración del señor Mario Raúl Alvis Cifuentes, quien rindió testimonio ante este Despacho el 15 de abril de 2021 y del interrogatorio de parte de la señora Sandra Yaneth Rojas Vanegas, recepcionado ante este Juzgado en la misma fecha y acta en la que se hacen constar dichas declaraciones.

## **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 18 de febrero de 2020, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora Sandra Yaneth Rojas Vanegas tiene o no derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculada bajo la modalidad de prestación de servicios en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., y en consecuencia, si tiene o no derecho al pago de salarios y prestaciones sociales, en virtud de dicho vínculo.

### **5.3.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.**

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, “*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...*”, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

*“Artículo 2. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.*

*Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.*

*Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.*

*Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.*

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones*<sup>1</sup>. (Negrita del Despacho).

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 “*por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil*”, contempla:

**“Artículo 1°.-** *El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.*

**Artículo 2°.-** *Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.*

**Artículo 3°.-** *Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son*

---

<sup>1</sup> La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

*trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.*

*Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.*

**Artículo 4°.-** *Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes*

**Artículo 5°-** *Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.*

**Artículo 7°.-** ***Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.***

*La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Negrita del Despacho)*

De la normativa en cita, es claro que no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios, en tratándose de funciones públicas de carácter permanente.

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 “*Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones*”, establece:

**“Artículo 26°.-** *Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.*

*Son empleos de libre nombramiento y remoción:*

1. *En la administración nacional central o descentralizada, los*

enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.

2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:

a. Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;

b. Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;

c. Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.<sup>2</sup>

**Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.**

**Parágrafo.-** Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo<sup>3</sup>.

De lo anterior, se colige que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado en los servicios de salud se conforma por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción; no obstante, hace la distinción que los trabajadores oficiales, se encargan de desempeñar cargos no directivos, esto es, los de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53<sup>4</sup> la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

<sup>2</sup> Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-387 de 1996.

<sup>3</sup> Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 1995.

<sup>4</sup> ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;

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

Igualmente, en el Capítulo II *ibídem*, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

*“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)”*

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

Por su parte, en tratándose de contratos de prestación de servicios celebrados por las Empresas Sociales del Estado, la Ley 100 de 1993, en sus artículos 194 y 195, dispuso:

*“ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las **Empresas Sociales del Estado**, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, **sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.***

*ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...)*

*6. **En materia contractual se registrá por el derecho privado**, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública. (...)* (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, en el numeral 3° del artículo 32, determinó:

*“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.*

*(...)*

*3o. Contrato de Prestación de Servicios.*

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.<sup>5</sup>

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) **los contratistas de prestación de servicios: vinculados a través de un contrato estatal.**

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente, en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, así:

*“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:*

**a.** *La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

*El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de*

---

<sup>5</sup> Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

*servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."*

**b.** *La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.*

*Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.*

*La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

*Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.*

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

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

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

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

De la norma y jurisprudencia en cita, se advierte que el contrato de prestación de servicios surge por la necesidad de vincular a una persona que desarrolle las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de una entidad; sin embargo, ostenta unas características particulares, esto es, i) que las labores no puedan ser asumidas por el personal de planta o requieran conocimientos especializados y ii) que no existe la subordinación por parte del contratista, ya que goza de autonomía e independencia.

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

*“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>*

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

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

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

c. Un salario como retribución del servicio.

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

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presenta: i) una prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación o dependencia y iii) el salario.

Ahora bien, frente a la existencia de una relación laboral, respecto de los servicios vinculados al sector salud, el Consejo de Estado consideró<sup>6</sup>:

*“Al respecto dirá la Sala que, si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud por disposición expresa de la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, **la especialidad de que se revisten los servicios Médicos - entratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad, desde luego, cuando a ello haya lugar, **más cuando la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las Entidades Estatales prestadoras del mismo.*****

*Así, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios Médicos Generales, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se*

<sup>6</sup> Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección “A” Sentencia del 4 de marzo de 2010, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, R. I. 1413-08.

posibilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.

Debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aún los aspectos anteriormente referidos.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso.” (Subrayado del Despacho)

Por su parte, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, dicha Corporación judicial – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, **UNIFICÓ** el criterio respecto del contrato realidad, así:

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

**En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales<sup>7</sup>.**

<sup>7</sup> En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

*De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda<sup>8</sup> recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).*

#### **5.4. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.**

##### **5.4.1. De la solicitud de tacha del testimonio recepcionado.**

La apoderada de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonios llevada a cabo el 15 de abril de 2021, tachó de sospechoso el testimonio del señor Mario Raúl Alvis Cifuentes, toda vez que promovió demanda en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. por los mismos hechos o similares, con poder al mismo abogado que representa los intereses de la demandante, y por mantener –actualmente– una amistad con esta, quien –además– le sirve como testigo en su proceso.

Descorrido el traslado de tal solicitud, la apoderada de la parte demandante indicó que el hecho de que una testigo instaure un proceso en contra de la entidad demandada no es obstáculo para que pueda rendir testimonio, bajo el entendido de que para ello se encontraba bajo gravedad de juramento. Por su parte, el Ministerio Público solicitó que la tacha formulada fuera resuelta en sentencia.

Sobre el particular, el artículo 211 del Código General del Proceso,

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*.

A su vez, dicha normativa preceptúa que la tacha deberá formularse con la expresión de las razones en que se funda, sin que se especifique si la misma deba hacerse antes, durante o después de la deposición y prevé que dicha solicitud se resolverá en la sentencia de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de Procedimiento Civil<sup>9</sup>, señala en relación con la tacha de testigos, que dicha figura en momento alguno impide que se reciba la declaración del testigo, sino que lo que se pretende es que el juez en el momento del fallo o de resolver el incidente, aprecie con especial atención y mayor severidad la versión respectiva.

En ese sentido, advierte el Despacho que dicha circunstancia no le resta mérito probatorio a la declaración, toda vez que su testimonio fue rendido bajo la gravedad de juramento; amén que los hechos expuestos se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, la versión rendida por el deponente no resulta parcializada ni afecta su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre la vinculación de la actora a la entidad demandada como compañeros de trabajo que conocieron la manera como esta desarrolló su labor, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas, encontrando el Juzgado que la tacha formulada, es infundada y, en consecuencia, dicha declaración será valorada por este Estrado Judicial de acuerdo con las

---

<sup>9</sup> Tomo 3 - Pruebas, Segunda Edición 2008, página 192

reglas de la sana crítica.

### **5.5. CASO CONCRETO.**

En el caso que nos ocupa, la señora Sandra Yaneth Rojas Vanegas, reclama el reconocimiento de la existencia de una relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculada bajo la modalidad de prestación de servicios en el Hospital de Vista Hermosa, ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., y, en consecuencia, se efectúe el pago de salarios y prestaciones que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral, como nutricionista y dietista.

Por su parte, la entidad demandada mediante el Oficio No. OJU-E-882-2018 con fecha de elaboración 06 de abril de 2018, y radicado No. 20183510076721 del 09 de abril de la misma anualidad, negó el aludido reconocimiento y pago, por considerar que la relación sostenida con la actora obedeció a los contratos de prestación de servicios suscritos y, por lo tanto, no le asiste el derecho a reclamar dichas prestaciones.

En consecuencia, el Despacho entrará a determinar si en el caso que nos ocupa, se configuran los elementos estructurales de una relación laboral, como lo son: **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** la subordinación o dependencia y **iii)** el salario como retribución del servicio.

#### **i) Prestación personal del servicio.**

Sobre el particular, cabe resaltar que de las certificaciones expedidas por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E quedó plenamente demostrado que la actora prestó sus servicios al Hospital Vista Hermosa, a través de la celebración de sendos contratos de prestación de servicios personales suscritos desde el 18 de marzo de 2009 hasta el 31 de julio de 2016, **de forma interrumpida**, cuyos objetos contractuales estaban encaminados a prestar apoyo profesional en nutrición, de la siguiente forma:

Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, D. C.  
Expediente No. 2018-00306

ORDEN O CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS	PLAZO DE EJECUCION		OBJETO	VALOR TOTAL CONTRATO	UNIDAD SERVICIOS DE SALUD
	DESDE	HASTA			
1552 DE 2009	15 de marzo de 2009	31 de marzo de 2009	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$832.000	VISTA HERMOSA
1744 DE 2009	1 de abril de 2009	14 de abril de 2009	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$896.000	VISTA HERMOSA
1996 DE 2009	16 de abril de 2009	15 de agosto de 2009	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$7.744.000	VISTA HERMOSA
3402 DE 2009	18 de agosto de 2009	30 de noviembre de 2009	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$7.066.000	VISTA HERMOSA
5540 DE 2009	1 de diciembre de 2009	31 de diciembre de 2009	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$2.016.000	VISTA HERMOSA
0292 DE 2010	8 de enero de 2010	31 de enero de 2010	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$1.747.200	VISTA HERMOSA
1131 DE 2010	1 de febrero de 2010	30 de junio de 2010	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$10.088.000	VISTA HERMOSA
2965 DE 2010	1 de julio de 2010	31 de julio de 2010	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$2.016.000	VISTA HERMOSA
3843 DE 2010	1 de agosto de 2010	20 de octubre de 2010	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$5.376.000	VISTA HERMOSA
5432 DE 2010	21 de octubre de 2010	31 de diciembre de 2010	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$4.704.000	VISTA HERMOSA
6249 DE 2010	2 de enero de 2011	15 de febrero de 2011	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$5.040.000	VISTA HERMOSA
0448 DE 2011	18 de febrero de 2011	27 de abril de 2011	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$5.040.000	VISTA HERMOSA
2017 DE 2011	29 de abril de 2011	30 de octubre de 2011	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$10.483.200	VISTA HERMOSA
3334 DE 2011	1 de noviembre de 2011	30 de noviembre de 2011	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$2.096.640	VISTA HERMOSA
4130 DE 2011	1 de enero de 2012	31 de enero de 2012	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$2.096.640	VISTA HERMOSA
1256 DE 2012	1 de febrero de 2012	15 de febrero de 2012	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$1.048.320	VISTA HERMOSA
1540 DE 2012	17 de febrero de 2012	31 de julio de 2012	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$12.108.096	VISTA HERMOSA
3462 DE 2012	2 de agosto de 2012	31 de agosto de 2012	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$2.128.096	VISTA HERMOSA
3625 DE 2012	1 de septiembre de 2012	31 de octubre de 2012	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$4.402.944	VISTA HERMOSA
4549 DE 2012	1 de noviembre de 2012	8 de enero de 2013	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$5.096.277	VISTA HERMOSA
0278 DE 2013	9 de enero de 2013	31 de marzo de 2013	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$7.105.557	VISTA HERMOSA
1411 DE 2013	1 de abril de 2013	31 de mayo de 2013	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$5.400.000	VISTA HERMOSA
2848 DE 2013	1 de junio de 2013	30 de junio de 2013	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$2.700.000	VISTA HERMOSA
3877 DE 2013	1 de julio de 2013	31 de agosto de 2013	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$5.400.000	VISTA HERMOSA
5412 DE 2013	1 de septiembre de 2013	15 de septiembre de 2013	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$1.350.000	VISTA HERMOSA
6278 DE 2013	17 de septiembre de 2013	30 de septiembre de 2013	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$1.350.000	VISTA HERMOSA
7436 DE 2013	1 de octubre de 2013	8 de octubre de 2013	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$810.000	VISTA HERMOSA
8956 DE 2013	10 de octubre de 2013	31 de octubre de 2013	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$1.890.000	VISTA HERMOSA

10580 DE 2013	1 de noviembre de 2013	10 de enero de 2014	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$6.300.000	VISTA HERMOSA
00845 DE 2014	11 de enero de 2014	31 de enero de 2014	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$1.800.000	VISTA HERMOSA
01403 DE 2014	1 de febrero de 2014	28 de febrero de 2014	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$2.700.000	VISTA HERMOSA
02466 DE 2014	1 de marzo de 2014	30 de abril de 2014	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$5.400.000	VISTA HERMOSA
03595 DE 2014	1 de mayo de 2014	30 de junio de 2014	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$5.400.000	VISTA HERMOSA
04820 DE 2014	1 de julio de 2014	31 de agosto de 2014	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$5.400.000	VISTA HERMOSA
04993 DE 2014	1 de agosto de 2014	31 de agosto de 2014	APOYO PROFESIONAL ESPECIALIZADO COMO COORDINADOR TERRITORIAL	\$4.000.000	VISTA HERMOSA
05910 DE 2014	1 de septiembre de 2014	30 de septiembre de 2014	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$2.700.000	VISTA HERMOSA
06887 DE 2014	6 de octubre de 2014	31 de octubre de 2014	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$2.700.000	VISTA HERMOSA
07894 DE 2014	1 de noviembre de 2014	30 de noviembre de 2014	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$2.700.000	VISTA HERMOSA
09370 DE 2014	1 de diciembre de 2014	31 de enero de 2015	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$4.050.000	VISTA HERMOSA
01119 DE 2015	1 de febrero de 2015	31 de marzo de 2015	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$5.400.000	VISTA HERMOSA
01655 DE 2015	1 de abril de 2015	31 de julio de 2015	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$13.329.000	VISTA HERMOSA
03417 DE 2015	1 de agosto de 2015	15 de noviembre de 2015	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$12.008.500	VISTA HERMOSA
05527 DE 2015	16 de noviembre de 2015	31 de enero de 2016	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$8.577.500	VISTA HERMOSA
00679 DE 2016	16 de febrero de 2016	31 de mayo de 2016	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$12.820.500	VISTA HERMOSA
02202 DE 2016	1 de junio de 2016	31 de julio de 2016	APOYO PROFESIONAL EN NUTRICION	\$6.862.000	VISTA HERMOSA

Así las cosas, se encuentra acreditado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se señaló en los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión de los derechos y obligaciones emanados de los mismos sin la modificación respectiva o sin contar con la aceptación y autorización previa de la entidad.

## ii) Subordinación o dependencia.

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en los contratos de prestación de servicios se estableció que la contratista realizaría su actividad entregando productos definidos, sin generar vínculo laboral entre las partes, y sin que existiera horario, subordinación o dependencia, señalándose en otros contratos que la contratista realizaría su labor dentro del tiempo que estimara conveniente y previamente de acuerdo con su supervisor para cumplir las metas asignadas y productos definidos, siendo que en el 2016 se señaló que la contratista ejecutaría el contrato con absoluta autonomía e independencia.

Igualmente, a través del Oficio No. DIR CIEN 424-2020 con fecha de elaboración 27 de marzo de 2020, con radicación No. 202003510029883 del 30 de marzo de 2020, el doctor Martín Guillermo Jaimes Madariaga, de la Subgerencia de Prestación de Servicio (C) de la entidad demandada, le comunicó a este Despacho que: *“[n]o se evidencia soporte de transferencia y/o entrega de expedientes al Archivo Central que se refieran o contengan programación de actividades y/o agendas de trabajo a nombre de la señora SANDRA YANETH ROJAS VANEGAS identificada con CC N° 51.951.167 entre las vigencias 2009 al 2017”*.

Sin embargo, en los contratos de prestación de servicios se plasmó que la demandante estaba bajo supervisión del Profesional Especializado de Salud Pública del Hospital Vista Hermosa I Nivel Empresa Social del Estado y en otros el Profesional Especializado de Vigilancia Epidemiológica y el Apoyo Profesional Especializado como Coordinador de Vigilancia en Salud Pública; y en su interrogatorio de parte la señora Sandra Yaneth Rojas Vanegas señaló haber tenido como supervisores a los señores Paula, Jully y Valdomiro Laiceca, quienes realizaban seguimiento vía celular a sus actividades.

Por su parte, el señor Mario Raúl Alvis Cifuentes afirmó que la demandante debía portar una chaqueta y un carné para trabajar, sin embargo, que eran los contratistas quienes llevaban sus formatos. Ahora bien, señaló la demandante en su declaración que le era asignado un carro a su servicio.

Así mismo, de las declaraciones del testigo y de la demandante se evidencia que las labores desempeñadas por esta implicaron la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia. Al respecto, el testigo y la actora fueron coincidentes en afirmar que esta debía cumplir un horario de 7:00 am a 5:00 pm., y que la actora no podía ausentarse autónomamente.

A su vez, la señora Sandra Yaneth Rojas Vanegas, al ser interrogada, refirió: i) que trabajaba de 7:00 a.m. a 5 p.m., así como ciertos sábados y

domingos para atender jornadas de vacunación y de apoyo a la comunidad, sin que pudiera retirarse a su casa si evacuaba todas sus visitas, por ejemplo, en la mañana, pues el horario era hasta las 5:00 p.m. ii) que si se ausentaba le llamaban la atención y; iii) que no tenía autonomía en sus actividades, sin perjuicio de lo cual sí contaba con cierta autonomía para elaborar su cronograma de actividades, pero en el marco del horario establecido por la entidad y con seguimiento por parte del supervisor, con base en las metas de visitas, las cuales eran: entre 30 y 40 mensuales a gestantes, entre 15 y 20 a recién nacidos, y entre 20 y 30 a menores de cinco años.

Ahora bien, si bien es cierto que obra en el expediente el Oficio No. CO-FT-1499-2017 con fecha de elaboración diciembre 04 de 2017, con radicado No. 201703510206821 del 2017-12-06, mediante el cual la Directora de Contratación de la entidad demandada, señaló que revisada la planta de personal del antes Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E. y el manual de funciones, para la época no existía el Profesional Universitario Área Salud con funciones de nutricionista (lo cual fue corroborado por el testigo y la actora en sus declaraciones, al afirmar que no había personal de planta que desarrollara las mismas funciones), no se puede desconocer que los servicios prestados por la actora no se enfocaron en el desarrollo de una labor esporádica o transitoria; amén, que no gozaba de autonomía e independencia para ejercer su labor y no contaba con la libertad inherente al contrato de prestación de servicios, puesto que se veía en la obligación de desarrollar sus funciones atendiendo horarios y medidas de supervisión.

Aunado lo anterior, no se puede desconocer que las labores que ejecutó la demandante en virtud de los contratos celebrados con el Hospital Vista Hermosa para desarrollar actividades de apoyo como profesional en nutrición y dietética en investigaciones epidemiológicas de campo y realizando visitas a la comunidad, contribuyeron al funcionamiento de la entidad y, por ende, comprendieron labores inherentes a la misma, las cuales por lo demás fueron desarrolladas **por más de 7 años**, acreditándose así la permanencia en su desarrollo y ejecución y, en ese

sentido, **las labores que desarrolló la demandante a su servicio comprenden actividades propias de su objeto misional**, pues como quedó demostrado a lo largo del proceso, desarrolló las funciones básicas que están dentro de su objeto social.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009<sup>10</sup>, señaló que existe una prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, en la medida que se oculta la verdadera relación laboral, al sostener:

*“La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos”.*

En ese mismo pronunciamiento, dicha Corporación Judicial, en relación con el criterio de excepcionalidad, refirió lo siguiente:

*“iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002 a que se ha hecho referencia). **Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual**” (negrillas del Despacho).*

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia del 2 de septiembre de 2009, M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-7615, demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2° (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968, actora: María Fernanda Orozco Tous.

Por su parte, el H. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “B”, Consejero ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve, mediante sentencia del 4 de febrero de 2016, dentro del expediente No. 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), en cuanto a la reparación de los daños derivados de la existencia del contrato realidad, señaló que la tasación de los mismos, depende de la existencia o no del cargo en la planta de personal de la entidad, al sostener:

*“Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar **la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud**, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.*

(...)

*Basta recordar que los efectos de la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos particulares, en las acciones de restablecimiento del derecho al tenor del artículo 85 del C.C.A, comprende, no sólo el restablecimiento del derecho, entendido este como el efecto de volver las cosas al estado anterior, sino también la reparación del daño, en los casos en que no es posible volver las cosas al estado anterior, siendo la reparación integral del daño, la única manera de compensar a la víctima por la lesión originada en un acto ilegal.*

***Valga aclarar que, la Sala, ha acudido a los honorarios pactados, como punto de partida para la reparación de los daños en este tipo de controversias, siendo este el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios, ya que de otra forma se incurría en subjetivismos por parte de la administración, a la hora de definir la identidad o equivalencia con otro empleo existente en la planta de la entidad, con el riesgo de reabrir la controversia al momento de ejecutar la sentencia.***

(...)

*En este orden de ideas, la Sala considera oportuno y necesario precisar cuál es el criterio imperante para el reconocimiento de la reparación de los daños derivados de la existencia del contrato realidad, **dependiendo si las actividades contratadas bajo la***

**modalidad de prestación de servicios son iguales a las funciones asignadas a empleos existentes en la planta de personal de la entidad o si no lo son**, pues según el caso, el parámetro objetivo para la tasación de perjuicios podrá variar, en aplicación de los principios laborales de igualdad de oportunidades y remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, derivados del artículo 53 de la C.P.

**En tal sentido, dirá la Sala que los honorarios pactados son el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios...**” (negrita fuera del texto).

De la jurisprudencia en cita, se concluye que, pese a que no exista un cargo en la planta de personal de la entidad, equiparable al empleo desempeñado por el contratista, dicha circunstancia no conduce per-se a desconocer la relación laboral y, en consecuencia, si **comprenden actividades propias de su objeto misional y permanentes dentro de las funciones básicas que están dentro de su objeto social**, le asiste el derecho a percibir, a título de reparación del daño, las prestaciones ordinarias derivadas de la misma, tomando como parámetro los honorarios pactados.

### **iii) Remuneración por el trabajo cumplido.**

Sobre el particular, advierte el Despacho que en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora Sandra Yaneth Rojas Vanegas y el Hospital Vista Hermosa, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor realizada, la cual se realizaba de manera mensual, como se advierte de las cláusulas denominadas “FORMA DE PAGO” de los mismos.

Así las cosas, en criterio del Despacho se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que: i) la demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio en el Hospital Vista Hermosa I Nivel, como nutricionista y dietista, labor que, valga la pena anotar, **es propia de la actividad misional de la entidad contratante**, ii) recibía una remuneración por el trabajo prestado y iii)

actuaba bajo subordinación y dependencia del centro hospitalario al cual prestaba sus servicios.

En ese sentido, en el caso *sub examine* es aplicable el principio de “*la primacía de la realidad sobre formalidades*”, pues es indudable que la demandante desarrolló actividades propias de la misionalidad de la entidad demandada, quedando desvirtuada la naturaleza de los contratos suscritos entre el Hospital Vista Hermosa I Nivel, ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y la señora Sandra Yaneth Rojas Vanegas, razón por la cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todos los emolumentos a los que tiene derecho la actora, entendiéndose estos, no solo como las prestaciones sociales, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, como aquellas por concepto de salud y pensión (en la proporción correspondiente), debidamente indexados, como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer a la demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Ahora bien, es importante advertir que no por el hecho de que se tipifique la relación laboral la hoy demandante adquiere la calidad de empleada pública, pues como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, para ostentar dicha calidad, es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución Política, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, así como que se cumplan los requisitos de ley, como son el nombramiento y la posesión, de tal manera que en el presente caso no se reúnen a satisfacción los mentados requisitos.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, mediante la sentencia proferida el 21 de julio de 2016, dentro del proceso No. 25000-2325-000-2010-00373-01, señaló:

*“En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante no se le puede otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos<sup>11</sup>, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión<sup>12</sup>.”*

*Con lo anterior se tiene que en este punto no le asiste razón al a quo cuando decidió negar la pretensión referida al reconocimiento en favor de la accionante de estas últimas prestaciones, por lo que se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos”.*

## **5.6. De las prestaciones sociales**

### **5.6.1. Pago del concepto de vacaciones**

Respecto a la compensación en dinero de las vacaciones el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 19 de abril de 2018, dentro del expediente No. 81001-23-33-3000-2013-00096-01, señaló:

*“Sobre el carácter jurídico de las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «contrato realidad-, sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial*

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse** en un **75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

*porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios-, no obstante lo cual, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:*

*Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.*

*Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978. que dispone:*

*Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, la sección segunda de esta Corporación estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, 4.] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo»*

*Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, **corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria,** pero como quiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005.*

*Sin embargo, el pago de la compensación por el descanso no disfrutó la accionante solo comprenderá lo causado a partir del 24 de enero de 2010, en atención al fenecimiento de la oportunidad para reclamarlo...” (Negrilla fuera del texto original).*

Bajo dicho pronunciamiento Jurisprudencial, es claro el derecho que le asiste a la demandante de la compensación en dinero de las vacaciones, en razón a que constituye una prestación social, de conformidad con el principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política.

### **5.6.2. Cesantías, intereses y sanción moratoria por el no pago de las cesantías.**

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en Sentencia del 6 de octubre de 2016, señaló:

*“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”.* (Negritas del Despacho).

De conformidad con el precedente jurisprudencial expuesto, no es viable el reconocimiento de cesantías ni de la sanción moratoria por el no pago de las mismas en tiempo reclamadas por la actora, como tampoco los intereses que se hayan podido generar, toda vez que para la fecha en que se celebraron los contratos de prestación de servicios entre las partes inmersas en la litis, se encontraba en discusión dicho derecho y solo se hacen exigibles a partir de la sentencia que las reconozca.

### **5.6.3. Dotación de calzado y vestido de labor.**

Sobre el particular, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018<sup>13</sup>, indicó:

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018, M. P. Dr.: César Palomino Cortés, expediente No. 68001-23-31-000-2010- 00799-01, actor: Pablo Emilio Torres Garrido, demandado: E.S.E Centro de Salud Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander.

*“Sobre la “dotación de calzado y vestido de labor” que solicita el demandante a título de restablecimiento del derecho, no es procedente en la medida en que el artículo 1 de la Ley 70 de 1988 reguló el derecho que le asiste a “los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente (...) resaltado fuera del texto”, supuestos que no concurren en el caso concreto”.*

De conformidad con la jurisprudencia en cita, encuentra el Despacho que a la demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la dotación, dado que los honorarios que percibió por las funciones que desarrolló, superan más de dos veces el salario mínimo legal mensual para cada vigencia, tal como se desprende de la certificación de las órdenes o contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, desde el 2009 hasta el 2016, emitida por la entidad demandada el 04 de diciembre de 2017.

#### **5.6.4. De la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente y del pago de las sumas canceladas al sistema general de riesgos profesionales.**

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E”, C. P. Dr. Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon, en la sentencia proferida el 10 de agosto de 2018, dentro del proceso No. 11001-33-31-030-2012-00117-01, precisó:

*“De otra parte, tal y como lo dispuesto el juez de primera instancia **no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados por la actora por concepto de retención en la fuente** y pagos de pólizas de seguros, pues si bien como se dijo la vinculación de origen contractual se desnaturalizó, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con motivo de la relación laboral oculta, más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato”. (Negrilla del Despacho).*

Posteriormente, la referida Corporación Judicial, Sección Segunda Subsección “B” en sentencia del 28 de febrero de 2019<sup>14</sup>, Magistrado Ponente: Doctor Alberto Espinosa Bolaños, señaló:

*“(...) En cuanto a la **devolución de retefuente** y rete ICA pretendidas por el actor, **no es del caso acceder a ello**, toda vez, que tratándose de valores pagados por concepto de retención en la fuente o rete ICA en contratos realidad, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó, que ‘... este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión’<sup>15</sup>” (Negrilla fuera del texto original).*

Bajo dicho marco jurisprudencial, se concluye que no es dable ordenar a la entidad demandada que realice el reembolso a la actora de la retención en la fuente que aduce se efectuó sobre cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos, ya que comprenden dineros que en su momento se giraron a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, lo que hace irreversible tal situación, lo que igualmente sucede con las sumas consignadas por concepto de riesgos profesionales, en la medida que son constituidas y otorgadas por el contratista ante una administradora, aseguradora o entidad bancaria, razón por la cual no se dispondrá el reconocimiento y pago de dichos conceptos a favor de la señora Sandra Yaneth Rojas Vanegas.

#### **5.6.5. Cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar.**

Respecto de las cotizaciones a las Cajas de Compensación Familiar, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección

---

<sup>14</sup> Actor: Jorge Arturo Acuña García, Demandado: Ministerio de Justicia y otro

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de junio de 2013, C.P., Dr. Luis Rafael Vergara Quintero y Sentencia de 27 de abril de 2016, rad. 68001-23-31-000-2010-00090-01(3480-14). C.P. Dr. William Hernández Gómez.

Segunda - Subsección “B”<sup>16</sup>, refirió:

*“(…)*

*Bajo los anteriores supuestos, observa la Subsección que en el caso concreto no se acreditó por parte del señor Luis Eduardo Moreno Caro la calidad de beneficiario del subsidio familiar reprochado, pues el artículo 5º de la citada Ley 21 de 1982 prevé que “El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios...”, enlistando los requisitos en su artículo 18, así:*

*“1º. Tener el carácter de permanentes.*

*2º. Encontrarse dentro de los límites de remuneración señalados en el artículo 20;*

*3º. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajado indicados en el artículo 23, y*

*4º. Tener personas a cargo, que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el Capítulo IV de esta ley.”*

*De cuyo numeral cuarto, el artículo 27 establece que darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:*

*“1º. Los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros.*

*2º. Los hermanos huérfanos de padre.*

*3º. Los padres del trabajador”.*

*Y a renglón seguido, determina que esos familiares se consideran personas a cargo cuando convivan y dependan económicamente del trabajador, sumado a que se hallen dentro de los condicionamientos indicados en el articulado sucesivo”.*

Del anterior criterio jurisprudencial, se colige que la demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los aportes correspondientes a la Caja de Compensación Familiar, en razón a que no demostró estar dentro de los presupuestos para ser beneficiaria del subsidio familiar.

## **5.7. De la prescripción.**

En este acápite se estudiará el fenómeno de la prescripción propuesto por la entidad demandada, conforme al precedente sentado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01, así:

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”, C P. Dr.: César Palomino Cortés, mediante sentencia del 14 de marzo de 2019, expediente No. 15001-23-31-000-2012-00042-01(3246-15), actor: Luis Eduardo Moreno Caro, demandado: Departamento de Boyacá – Casa del Menor Marco Fidel Suárez.

**i) Prescripción de cada uno de los contratos celebrados.**

Al respecto, en la sentencia de unificación citada se dijo:

**“Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios”.** (Negritas del Despacho).

El anterior criterio, fue reiterado por dicha Corporación, en la sentencia proferida el 18 de julio de 2018, M. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14), al señalar:

*“... la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, **sin importar si la interrupción es de un día, inclusive.***

*Lo anterior toda vez que, conforme con la jurisprudencia unificada de esta Corporación, los derechos prestacionales derivados del contrato realidad son pasibles de perderse por prescripción extintiva, esto es, por no reclamarse en la oportunidad que la Ley otorga para ese efecto”.* (Negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E a través de certificación del 04 de diciembre de 2017 indicó los periodos en los que laboró la demandante de la siguiente manera:

Del 18 de marzo de 2009 al 31 de marzo de 2009

Del 1° de abril de 2009 al 14 de abril de 2009

De 16 de abril de 2009 al 15 de agosto de 2009

Del 16 de agosto de 2009 al 30 de noviembre de 2009

Del 1° de diciembre de 2009 al 31 de diciembre de 2009  
Del 8 de enero de 2010 al 31 de enero de 2010  
Del 1° de febrero de 2010 al 30 de junio de 2010  
Del 1° de julio de 2010 al 31 de julio de 2010  
Del 1° de agosto de 2010 al 20 de octubre de 2010  
Del 21 de octubre de 2010 al 31 de diciembre de 2010  
Del 2 de enero de 2011 al 15 de febrero de 2011  
Del 18 de febrero de 2011 al 27 de abril de 2011  
Del 29 de abril de 2011 al 30 de octubre de 2011  
Del 1° de noviembre de 2011 al 30 de noviembre de 2011  
Del 1° de enero de 2012 al 31 de enero de 2012  
Del 1° de febrero de 2012 al 15 de febrero de 2012  
Del 17 de febrero de 2012 al 31 de julio de 2012  
Del 02 de agosto de 2012 al 31 de agosto del 2012  
Del 1° de septiembre de 2012 al 31 de octubre de 2012  
Del 1° de noviembre del 2012 al 08 de enero de 2013  
Del 9 de enero de 2013 al 31 de marzo de 2013  
Del 1° de abril de 2013 al 31 de mayo de 2013  
Del 1° de junio de 2013 al 30 de junio de 2013  
Del 1° de julio de 2013 al 31 de agosto de 2013  
Del 1° de septiembre de 2013 al 15 de septiembre de 2013  
Del 17 de septiembre de 2013 al 30 de septiembre de 2013  
Del 1° de octubre de 2013 al 9 de octubre de 2013  
Del 10 de octubre de 2013 al 31 de octubre de 2013  
Del 1° de noviembre de 2013 al 10 de enero de 2014  
Del 11 de enero de 2014 al 31 de enero de 2014  
Del 1° de febrero de 2014 al 28 de febrero de 2014  
Del 1° de marzo de 2014 al 30 de abril de 2014  
Del 1° de mayo de 2014 al 30 de junio de 2014  
Del 1° de julio de 2014 al 31 de agosto de 2014  
Del 1° de agosto de 2014 al 31 de agosto de 2014  
Del 1° de septiembre de 2014 al **30 de septiembre de 2014**  
**Del 6 de octubre de 2014** al 31 de octubre de 2014  
Del 1° de noviembre de 2014 al 30 de noviembre de 2014  
Del 1° de diciembre de 2014 al 31 de enero de 2015

Del 1° de febrero de 2015 al 31 de marzo de 2015

Del 1° de abril de 2015 al 31 de julio de 2015

Del 1° de agosto de 2015 al 15 de noviembre de 2015

Del 16 de noviembre de 2015 al 31 de enero de 2016

Del 16 de febrero de 2016 al 31 de mayo de 2016

Del 1° de junio de 2016 al 31 de julio de 2016

Como puede verse, entre los contratos de prestación de servicios, existen lapsos de interrupción en los que la demandante no prestó sus servicios.

Así las cosas, en consideración a que la actora presentó reclamación administrativa mediante escrito del **15 de marzo de 2018** (fls. 3 a 5 *vlt*) y que entre el contrato que finalizó el 30 de septiembre de 2014 y el que inició el 6 de octubre de 2014, existió una interrupción de cinco (5) días, los contratos celebrados con anterioridad al **30 de septiembre de 2014**, se encuentran prescritos y así habrá de declararse.

En ese sentido, será a partir de los contratos determinados a continuación que se hará el reconocimiento salarial y prestacional reclamado, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, pues de las pruebas documentales obrantes en el plenario, se advierte que únicamente sobre dichos periodos hubo vocación de permanencia en la labor, así: **i)** del 6 de octubre de 2014 al 31 de octubre de 2014, **ii)** del 1° de noviembre de 2014 al 30 de noviembre de 2014, **iii)** del 1° de diciembre de 2014 al 31 de enero de 2015, **iv)** del 1° de febrero de 2015 al 31 de marzo de 2015; **v)** del 1° de abril de 2015 al 31 de julio de 2015, **vi)** del 1° de agosto de 2015 al 15 de noviembre de 2015, **vii)** del 16 de noviembre de 2015 al 31 de enero de 2016, **viii)** del 16 de febrero de 2016 al 31 de mayo de 2016 y **ix)** del 1° de junio de 2016 al 31 de julio de 2016.

## **ii) Prescripción de los aportes para salud y pensión.**

Respecto a las prestaciones sociales que están a cargo del empleador cuando se declara la existencia de una relación de carácter laboral, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección

Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, mediante la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, indicó:

“(…)

*De otra parte, con el fin de determinar cuáles son **las prestaciones sociales** que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.*

*En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.*

*Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y **las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud**, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.*

*Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y **en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso**, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.*

“(…)

***Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista**”. (Negrilla del Despacho).*

Ahora bien, sobre los aportes para pensión, en la mencionada sentencia de unificación, se dispuso:

“Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es

*dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época (...)*”.

Bajo dichos criterios, los aportes para salud y pensión son imprescriptibles y como tal se deberán reconocer a título de reparación integral del daño, en virtud de la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, como quiera que no existe una disposición de orden legal que señale expresamente un término que extinga la posibilidad de reclamarlos en cualquier tiempo.

## **VI. COSTAS**

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **VII. RESUELVE**

**PRIMERO.- DECLARAR** la existencia de la relación laboral entre la señora **SANDRA YANETH ROJAS VANEGAS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.951.167 de Bogotá y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. (antes HOSPITAL DE VISTA HERMOSA I NIVEL).

**SEGUNDO.- DECLARAR** la nulidad del Oficio No. OJU-E-882-2018 con fecha de elaboración 06 de abril de 2018, y radicado No. 20183510076721 del 09 de abril de la misma anualidad a través del cual la doctora Sandra Milena Duarte Roa, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) negó a la actora el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales,

que se derivaron de la existencia de una relación laboral.

**TERCERO.- DECLARAR** probada la excepción de prescripción de los contratos celebrados por las partes, con anterioridad al **30 de septiembre de 2014**, de conformidad con las consideraciones realizadas en esta sentencia.

**CUARTO.-** A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., reconocer y pagar a la señora SANDRA YANETH ROJAS VANEGAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.951.167 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, por los periodos contratados, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los siguientes contratos: **i)** del 6 de octubre de 2014 al 31 de octubre de 2014, **ii)** del 1° de noviembre de 2014 al 30 de noviembre de 2014, **iii)** del 1° de diciembre de 2014 al 31 de enero de 2015, **iv)** del 1° de febrero de 2015 al 31 de marzo de 2015; **v)** del 1° de abril de 2015 al 31 de julio de 2015, **vi)** del 1° de agosto de 2015 al 15 de noviembre de 2015, **vii)** del 16 de noviembre de 2015 al 31 de enero de 2016, **viii)** del 16 de febrero de 2016 al 31 de mayo de 2016 y **ix)** del 1° de junio de 2016 al 31 de julio de 2016.

Las anteriores sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo reconocido en la presente sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y

así sucesivamente.

**QUINTO.- ORDENAR** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a:

i) **PAGAR** a la señora SANDRA YANETH ROJAS VANEGAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.951.167, los valores que canceló por los conceptos de salud y pensión, en virtud de los contratos de prestación de servicios, según los porcentajes fijados por ley al empleador, a partir del **18 de marzo de 2009 al 31 de julio de 2016, salvo sus interrupciones.**

ii) En caso de que existan diferencias entre los aportes realizados por la actora y los que se debieron efectuar, **COTIZAR** la suma faltante por concepto de aportes solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó a los mencionados sistemas, durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiera diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

iii) **ACTUALIZAR** tales sumas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a los conceptos de salud y pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

**SEXTO.-** Sin costas a cargo de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR - E.S.E.

**SÉPTIMO.-** Negar las demás pretensiones de la demanda.

**OCTAVO.-** A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A.

**NOVENO.-** Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

**DÉCIMO.-** La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**DÉCIMO PRIMERO.-** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y Cúmplase,

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ  
JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 021 de hoy 20 de agosto de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA DOLÓN CAMACHO Secretaría

**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez  
Juez  
018**

**Juzgado Administrativo  
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:

**3d00c80a0c65eb5450250955c5486b7080f7ad9b051287dd1fadd7ef8  
7d6c651**

Documento generado en 19/08/2021 03:31:21 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD**  
**DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2018-00544-00**  
**Demandante: DORIS JANNETH CHAPARRO BARÓN**  
Demandada: HOSPITAL MILITAR CENTRAL  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **DORIS JANNETH CHAPARRO BARÓN**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.703.853 de Bogotá, actuando a través de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1.1. PRETENSIONES.**

Las pretensiones de la demanda fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 23 de septiembre de 2020, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

**1.2. HECHOS.**

**1.1.1.** La demandante presta sus servicios en el Hospital Militar Central y su vinculación ocurrió el “15 de octubre de 1985” y actualmente se desempeña en el cargo de Auxiliar de Servicios en el departamento de Enfermería y ha devengado las siguientes asignaciones básicas:

- 2013: \$1.287.849
- 2014: \$1.325.712
- 2015: \$1.387.491
- 2016: \$1.495.300

➤ 2017: \$1.596.233

**1.1.2.** La actora labora por el sistema de turnos, los cuales son programados previamente por la entidad.

**1.1.3.** Los desprendibles de nómina de la demandante contienen los valores que devengó por asignación básica y por su trabajo en tiempo extraordinario, en jornada nocturna y en días de descanso obligatorio.

**1.1.4.** El Hospital Militar Central tiene por objeto la prestación de los servicios de salud a los afiliados y beneficiarios de las Fuerzas Militares, de forma permanente e ininterrumpida, de conformidad con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 352 de 1997, razón por la cual, programa a sus servidores para que desarrollen su trabajo por el sistema de turnos.

**1.1.5.** Dada la necesidad de la entidad, los trabajadores prestan sus servicios habitualmente durante todos los días de la semana, en jornada nocturna, en días domingos y feriados que son de descanso obligatorio por disposición legal.

**1.1.6.** La programación de turnos en el Hospital Militar Central se maneja por medio de planillas mensuales, por áreas o servicios y por mes calendario, donde se incluye el nombre del servidor público y su situación administrativa y se distingue con la primera letra del respectivo día, siendo que que las filas y las casillas correspondientes a los días domingos y lunes festivos, aparecen adicionalmente sombreados.

**1.1.7.** Los días en que la actora no era programada para trabajar, se clasifican como libres y, por tanto, aparecen señalados con la letra "L"., en tanto que los días en que la demandante presta su turno, se colocan otras distinciones para indicar si corresponde a mañana (M), tarde (T), noche uno (N1) o noche 2 (N2) y el área a la cual fue asignada; o sea que el Hospital Militar Central utiliza diferentes símbolos para identificar la situación en la que diariamente se encuentra cada trabajador, siendo que en las filas de los días domingos o lunes donde no hay la letra "L", significa que la demandante laboró en esa fecha.

**1.1.8.** Los pagos por recargo nocturno, por dominicales y festivos trabajados por la demandante, deben ser cancelados en la nómina del mes siguiente, pues solamente los laborados en diciembre se cancelan en ese mismo mes.

**1.1.9.** La entidad no cancela la totalidad de los salarios causados por recargo nocturno o festivo, porque a pesar de que la ley ordena pagar días, el Hospital solamente liquida horas de trabajo, en el caso de los dominicales y festivos.

**1.1.10.** Los dineros percibidos y los que se ordenen en el presente asunto a favor de la parte actora por trabajar en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, hacen parte del salario con todos los efectos prestacionales que este concepto implica.

**1.1.11.** Los salarios que la demandante percibe o deba percibir por trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario o en días de descanso obligatorio, son excluidos por el Hospital Militar Central de la base para liquidar vacaciones, las primas, auxilios, bonificaciones, subsidios, cesantías e intereses sobre las mismas y aportes a los Sistemas Integrales de Seguridad Social y Parafiscalidad.

**1.1.12.** La actora como empleada del centro hospitalario devenga además del salario básico, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, los siguientes derechos prestacionales: subsidio de alimentación, auxilio de transporte, prima de vacaciones, bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de navidad y cesantías.

**1.1.13.** La remuneración percibida por la demandante por los derechos prestacionales y los aportes a los Sistemas Integral de Seguridad Social y Parafiscalidad, fueron liquidados con un salario inferior, porque de su base se excluyeron el salario cancelado por concepto de trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario y en días domingos y festivos.

**1.1.14.** La entidad demandada se abstiene de pagar los aportes al Sistema integral de Seguridad Social con base en todos los factores y salarios devengados, como lo disponen los artículos 18 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, toda vez que, al tomar el salario básico de cualquier mes, al cual se le aplica el porcentaje con el cual el trabajador aporta a dicho

sistema, el resultado evidencia que dicho aporte se realiza únicamente con el salario básico.

**1.1.15.** A partir del mes de mayo del año 2018 (aportes correspondientes al mes de abril), el centro hospitalario empezó a pagar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social con algunos factores y salarios adicionales al sueldo básico.

**1.1.16.** El 17 de abril de 2018, la demandante le solicitó al Hospital Militar Central el reconocimiento y pago de los mismos derechos que se reclaman en el presente asunto, petición que fue negada a través de la Comunicación No. E-00022-2018004451 del 24 de mayo de 2018, decisión frente a la cual se interpuso recurso de reposición, el cual, fue resuelto desfavorablemente mediante el Oficio No. “R-00003-2018011029 del 22 de junio de 2018”.

**1.1.17.** Se convocó al Hospital Militar Central ante la Procuraduría General de la Nación, con el objeto de que se llevara a cabo la audiencia de conciliación extrajudicial, la cual se declaró fallida, debido a que no se llegó a un acuerdo sobre las pretensiones propuestas por la demandante, en virtud de lo dispuesto por el Comité de Conciliación.

## II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 113, 123, 189 y 336 de la Constitución Política; el Decreto Ley 3135 de 1968; los Decretos Nos. 2400 de 1968, 1042 y 1045 de 1978, 2701 de 1988, 1158 de 1994; las Leyes 4 de 1992, 244 de 1995, 344 de 1996, 100 de 1993 (artículo 18) y 1071 de 2006, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Indicó que la demandante presta sus servicios en la Hospital Militar Central por el sistema de turnos, razón por la cual **desarrolla su labor en jornadas diurnas y nocturnas e incluso en días clasificados por la ley como de descanso obligatorio**; sin embargo, la entidad no le paga en su integridad los recargos que por dichos conceptos le asiste el derecho y tampoco los tiene en cuenta dentro del salario que fija la base para la liquidación y pago de los demás derechos de origen laboral.

Precisó que el pago de los salarios para los empleados públicos del Sector Defensa, como es el caso de la actora, se encuentra regulado en la Ley 4 de 1992 y en el Decreto 2701 de 1988, el cual solo establece el régimen prestacional.

Señaló que después de una histórica conquista laboral lograda por ASEMIL, el Hospital Militar Central empezó a cancelar a sus trabajadores los salarios por trabajo en jornada nocturna, en tiempo extraordinario o en días de descanso obligatorio; no obstante, omite aplicar dichos conceptos para la liquidación y pago de: i) las vacaciones, ii) las prestaciones sociales y iii) los aportes al sistema integral de seguridad social.

Luego de exponer las disposiciones contenidas en los artículos 33 y 39 del Decreto 1042 de 1978, afirmó que la entidad demandada de forma equivocada ha considerado que la existencia del régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 2701 de 1988, excluye la aplicación de las disposiciones complementarias contenidas en las normas generales que rigen a los servidores públicos del Estado, lo que conllevó a que no se diera aplicación al artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, según el cual, los dineros percibidos por concepto de trabajo suplementario constituyen salario y, en consecuencia, debe aplicarse para todos sus efectos.

Aludió que si bien el Decreto 2701 de 1988, señala de forma taxativa los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las vacaciones, las primas las cesantías y sus intereses, lo cierto es que debe complementarse con las normas generales que rigen a los servidores públicos, pues pensar lo contrario sería considerar que la especialidad de dicha normatividad es excluyente, discriminatoria y contraria al principio de progresividad que rige el derecho de trabajo y su remuneración.

En ese sentido, refirió que se debe dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 30 y 31 del Código Civil y, en tal virtud, se debe tener en cuenta que el artículo 6° del Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1159 del mismo año, estableció, entre otros, que la remuneración percibida por el trabajo en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, se contabiliza como base de liquidación al sistema general de pensiones.

Sostuvo que teniendo en cuenta lo contemplado en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, esto es, el establecido en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978.

### **III. CONTESTACIÓN**

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito del **28 de marzo de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Indicó que el Decreto Ley 2701 de 1988, consagró la retroactividad del auxilio de cesantías y los factores de salario que debían tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación de las prestaciones de los trabajadores y, en ese sentido, no le asiste derecho a la demandante a la reliquidación de los conceptos solicitados en la demanda, toda vez que el legislador al dictar el decreto en mención no los tuvo en cuenta por la misma especialidad de la prestación.

Sostuvo que las horas extras, los recargos nocturnos, dominicales y festivos no son factor salarial para liquidar las prestaciones sociales de los servidores Públicos del Hospital Militar Central, toda vez que el citado decreto determinó en forma taxativa los factores que se deben tener en cuenta para realizar las liquidaciones respectivas, normatividad que se debe aplicar al caso concreto de la actora, puesto que el literal e), del numeral 19, del artículo 150 de la Constitución Política, determinó que el Congreso Nacional señalará el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Precisó que la jornada laboral que por regla general deben cumplir los servidores en el sector público es de 44 horas semanales, distribuidas en secciones diarias de 8 horas de lunes a viernes y 4 horas el día sábado, en virtud de lo contenido en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1.978, precepto que determina que la asignación mensual corresponde a ese período.

Refirió que los artículos 39 y 40 del Decreto Ley 1042 de 1978, consagraron la forma de remunerar el trabajo en días dominicales y festivos, teniendo en cuenta criterios de habitualidad, permanencia u ocasionalidad en que se preste el servicio.

Afirmó que efectivamente el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, contempla que los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales y festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, tal como lo ha venido reconociendo el Hospital siempre y cuando se hubiese prestado el servicio en los mencionados días.

Destacó que la actora pretende el reconocimiento y pago de los días domingos y festivos y, en consecuencia, la reliquidación de las prestaciones sociales por el efecto salarial de esos emolumentos; sin embargo, el Hospital los canceló en su oportunidad y su naturaleza no implica que sean factor de salario conforme lo establece el Decreto 2701 de 1988, además cualquier derecho se encuentra extinguido por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Anotó que a la actora se le aplican los acuerdos colectivos con el alcance señalado en el Decreto 160 de 2014, dado el carácter legal y reglamentario de la relación de trabajo que sostiene con el Hospital.

De otro lado, propuso las siguientes excepciones:

**3.1.1. Falta de causa, inexistencia de la obligación y pago:** Señaló que la entidad demandada procedió en virtud de la normatividad aplicable al caso particular de la demandante y, por ende, de conformidad con las nóminas que se acompañan se encuentra demostrado que el centro hospitalario le reconoció y pagó los dominicales y festivos que laboró.

**3.1.2. Prescripción:** Indicó que se configuró dicho fenómeno jurídico respecto de los presuntos y eventuales derechos reclamados en la demanda, dado que se peticiona el reconocimiento y los efectos prestacionales desde el año 2013 y a simple vista están extinguidos.

**3.1.3. Genérica:** Solicitó que se declare de oficio cualquier medio exceptivo que se encuentre probado dentro del proceso.

De otro lado, mediante escrito del **28 de junio de 2019**, la apoderada de la demandante se opuso a la prosperidad de los medios exceptivos propuestos por la entidad demandada.

#### **IV. ALEGATOS**

##### **4.1. Parte Demandante**

La apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **7 de julio del presente año**, solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en el concepto de violación del escrito demandatorio y señalando que la señora Doris Janneth Chaparro Barón percibe en forma continua y permanente salarios por trabajo en días de descanso obligatorio y en jornada nocturna, aunque de forma incompleta, en la medida que el Hospital Militar Central cancela estos derechos por hora y no por día laborado como lo ordenan las normas y de manera inexplicable, en turnos que son de doce horas, solamente cancela once, como se colige de la confrontación que se hace entre las planillas de programación de turnos, los recibos de nómina y certificaciones de pagos allegados al expediente.

Anotó que el Decreto 2701 de 1988, no hace alusión a la forma como deben ser remunerados los servidores públicos del Hospital Militar Central o la forma como deben liquidarse, dado que solo regula el régimen prestacional, razón por la cual la entidad aplica el Decreto Ley 1042 de 1978, para reconocer y pagar los salarios que se causan por el trabajo que realiza la señora Doris Janneth Chaparro Barón en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

Afirmó que el Decreto 2701 de 1988, no señala taxativamente los salarios por trabajo en días domingos y festivos o por recargo nocturno, toda vez que no están expresamente consagrados; sin embargo, ello obedece a que históricamente, el Hospital Militar Central no pagaba los mismos, pero la persistencia de los trabajadores para conquistar sus derechos en forma individual y colectiva, representados y orientados por ASEMIL, permitieron que a finales de la década de los noventa, fueran reconocidos esos derechos y

ahora se busca que por vía judicial se logre que la aplicación del criterio salarial (no prestacional) sea integral.

Precisó que dichos conceptos deben tenerse en cuenta al momento de liquidar los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, debido a que desde el año 1994, se estableció en forma clara que dichos pagos se deben hacer con base en los factores que en forma expresa se determinan en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 691 de 1994 y 1158 del mismo año, los cuales, por ser irrenunciables e imprescriptibles, deben reconocerse por todo el tiempo en que la parte demandante ha percibido tales rubros.

#### **4.2. Parte Demandada**

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **7 de julio de 2021**, manifestó que a la parte demandante no le asiste el derecho a lo deprecado en la presente controversia, debido a que se desempeña como empleada pública del Hospital Militar Central, entidad regulada por el Decreto Ley 2701 de 1988, compendio de carácter especial que establece el régimen prestacional, donde se señala expresamente los factores de salario para liquidar prestaciones sociales, entre los cuales no se encuentran los recargos nocturnos, dominicales y festivos.

Indicó que la entidad demandada no le adeuda suma alguna a la señora Doris Janneth Chaparro Barón, por tales conceptos, como lo acreditan los desprendibles de nómina obrantes en el expediente, pues estos fueron pagados en su totalidad y liquidados para efectos de realizar los aportes al sistema de seguridad social.

Aludió que en el caso de existir una eventual condena respecto a la reliquidación de los aportes al aludido sistema, deberá tenerse en cuenta la prescripción que se predica de las contribuciones parafiscales, en virtud de lo señalado por el H. Consejo de Estado, en sentencia del 26 de marzo de 2009, Consejera Ponente Dra. Ligia López Díaz, dentro del expediente No. 25000-23-27-000-2002-00422-01(16257), que se ocupó de citar.

#### **4.3. Agente del Ministerio Público.**

Se advierte que el señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

## V. CONSIDERACIONES

### 5.1. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES.

Frente a la excepción de **falta de causa, inexistencia de la obligación y pago** propuesta por la entidad demandada, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impide al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

En cuanto a la excepción de **prescripción** interpuesta por la entidad demandada, se precisa que será resuelta en acápite siguiente de la presente providencia.

De otro lado, respecto a la excepción **genérica**, se advierte que tal como se indicó en el Audiencia Inicial, de Alegaciones y Juzgamiento llevada a cabo el 23 de septiembre de 2020, no se encontraron excepciones que debían ser declaradas de oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

### 5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

**5.2.1.** Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, en la que se acredita que nació el 26 de julio de 1962.

**5.2.2.** Contrato de Trabajador Oficial No. 139 de 1985, suscrito por la demandante con el Director del Hospital Militar Central, en el que se evidencia que se vinculó a dicho centro hospitalario como Auxiliar de Enfermería.

**5.2.3.** Certificación expedida el 11 de abril de 2018, a través de la cual Colpensiones hizo constar que, desde el 1 de noviembre de 2008, la demandante se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida que administra dicho fondo.

**5.2.4.** Reporte de semanas cotizadas en pensiones por la actora, expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por el lapso del 22 de julio de 1982 al 28 de febrero de 2018.

**5.2.5.** Petición elevada el **17 de abril de 2018**, por medio de la cual la demandante le solicitó al Hospital Militar Central que acepte que le asiste el Derecho al reconocimiento del tiempo extraordinario en que prestó sus servicios, así como a los recargos nocturnos y en días de descanso obligatorio y, en consecuencia, le pague los salarios que trabajó en dichas jornadas y le reliquide las prestaciones sociales.

**5.2.6.** Certificación expedida el 10 de mayo de 2018, mediante la cual la Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central - Ministerio de Defensa Nacional, hizo constar que la demandante presta sus servicios en el Hospital Militar Central desde el **1 de octubre de 1985** y que para esa fecha se encontraba activa en el cargo de Auxiliar de Servicios, Grado 6-1, Código 33.

**5.2.7.** Desprendibles de nómina de la demandante, expedidos por el Hospital Militar Central por los periodos comprendidos entre junio y diciembre de los años 2013 a 2017.

**5.2.8. Oficio No. E-00022-2018004451 del 24 de mayo de 2018**, a través del cual la Jefe de la Oficina Asesora del Sector Defensa, negó la petición radicada por la actora el 17 de abril de 2018, señalando que los recargos nocturnos, el tiempo suplementario y en días de descanso obligatorio, le fueron pagados en su integridad y precisó que no hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales, dado que los servidores públicos que laboran en el Hospital Militar Central se rigen por las disposiciones contenidas en el Decreto 2701 de 1988, que establece taxativamente los factores de salario para su liquidación, donde no se contempló los recargos nocturnos, dominicales o festivos.

De otro lado, respecto a los aportes al sistema de seguridad social, indicó que la entidad realiza las cotizaciones, de conformidad con lo señalado en las disposiciones legales que regulan la materia, situación que igualmente se presenta frente a los aportes parafiscales.

**5.2.9.** Escrito del 22 de junio de 2018, por medio del cual la demandante interpone recurso de reposición contra la decisión anterior (fls. 23 a 26).

**5.2.10. Oficio No. E-00022-2018007155 del 17 de agosto de 2018**, por medio del cual se resuelve desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por la actora, confirmando en su integridad el Oficio No. E-00022-2018004451 del 24 de mayo de 2018.

**5.2.11.** Expediente administrativo de la demandante, contentivo de: i) la certificación laboral de la actora; ii) la relación de los valores devengados y cancelados a la demandante por la entidad demandada desde el 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2018; iii) los permisos sindicales que le fueron conferidos, iv) las planillas de turno que laboró la demandante desde el mes de enero de 2013 hasta el mes de marzo de 2017 y v) reporte diario de recargos nocturnos, dominicales, festivos y horas extras por el periodo comprendido entre el mes de abril de 2017 y el mes de diciembre de 2018 (Cdn. 2).

**5.2.12. Oficio No. E-00004-202102983-HMC del 20 de abril de 2021**, por medio del cual el doctor Miguel Ángel Tovar Herrera, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Sector Defensa del Hospital Militar Central, certificó la forma como se tasaron los aportes al Sistema General de Seguridad Social de la demandante, a partir del mes de mayo de 2018 y la jornada laboral que le fue asignada, desde el año 1997 hasta el año 2020.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 23 de septiembre de 2020, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer si la señora Doris Janneth Chaparro Barón tiene o no derecho a: i) que el Hospital Militar Central le reconozca los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos que afirman fueron laborados, a partir del **1 de enero de 2013**, con sus incidencias en la liquidación de sus prestaciones sociales y ii) al reajuste de los aportes al sistema de seguridad social, **desde la fecha en que se vinculó a la entidad**, reconociéndole los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, o subsidiariamente con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, con el objeto de resolver el problema jurídico planteado en precedencia, procede el Despacho a referirse a: i) la jornada ordinaria de

trabajo de los empleados públicos del Hospital Militar Central, ii) el régimen prestacional de los empleados públicos de dicho centro hospitalario, iii) el régimen de seguridad social aplicable a la demandante y iv) los factores base de liquidación para los aportes parafiscales, a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta.

### **5.3.1. Aplicación del régimen general dispuesto para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva, en materia de jornada ordinaria de trabajo a los empleados públicos del Hospital Militar Central.**

Sea lo primero señalar que las disposiciones del régimen especial del Hospital Militar Central no contemplan lo relativo al reconocimiento y pago de los recargos nocturnos, dominicales y festivos, razón por la cual se debe acudir a las normas generales sobre la materia, para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva, esto es, las contenidas en el Decreto 1042 de 1978. Sobre el particular, se pronunció el Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil-, en el Concepto No. 1254 del 9 de marzo de 2000<sup>1</sup>, así:

*“El decreto 2701 de 1988 no regula el asunto de la consulta. **En materia salarial y prestacional los empleados públicos y trabajadores oficiales vinculados al Hospital Militar Central, deben regirse por el régimen especial que habrá de dictar el gobierno nacional. Entre tanto, para efectos del reconocimiento y pago de horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos de sus empleados públicos, debe acudirse a la aplicación de las normas generales contenidas en el decreto 1042 de 1978, en la forma precisada en este concepto. También se aplicará a los trabajadores oficiales, de la manera dicha, sin perjuicio de las cláusulas de las convenciones colectivas, pactos colectivos y laudos arbitrales vigentes sobre la materia...**”* (negrita del Despacho).

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “D”, mediante providencial del 11 de junio de 2020<sup>2</sup>, con fundamento en el aludido concepto, señaló:

*“Queda claro entonces que el legislador, en forma reiterada confirió al Gobierno Nacional la facultad de expedir la normatividad especial relativa al régimen salarial de los servidores del Hospital Militar Central, sin embargo, a la fecha esto no ha ocurrido, por tanto, se colige que, en este aspecto **al existir un vacío normativo, este debe llenarse con la aplicación de las normas generales que regulan el asunto, esto es, del Decreto 1042 de 1978...**”*

<sup>1</sup> Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce, radicación 1254, Referencia: Horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos. Reconocimiento y pago. Hospital Militar Central.

<sup>2</sup> Sentencia del 11 de junio de 2020, Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “D”, Magistrada Ponente: Dra. Alba Lucía Becerra Avella, expediente No.: 11001-33-35-007-2017-00193-01, demandante Luz Elena Silva Sánchez, demandada: Hospital Militar Central.

### 5.3.2. De la jornada laboral desempeñada por la actora.

En el artículo 2° de la Ley 269 de 1996 “*Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público*”, se estableció que la jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter **asistencial** en las entidades prestadoras de servicios de salud, podrá ser máximo de doce (12) horas diarias y sesenta y seis (66) semanales, cualquiera sea la modalidad de vinculación, jornada que sólo es dable cumplirla al personal que preste directamente servicios de salud<sup>3</sup>, como es el caso de la actora.

Al respecto, el Consejo de Estado, en el concepto citado líneas atrás, refirió que “4. *La asignación mensual de los servidores del Hospital Militar Central, corresponde a jornadas de 44 horas semanales. Conforme a la ley 269 de 1996 la jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud, podrá ser máximo de 12 horas diarias y 66 semanales, cualquiera sea la modalidad de vinculación. Esta jornada extendida, sólo es dable cumplirla al personal asistencial que preste directamente servicios de salud y, por tanto, no cubre al personal administrativo de la entidad, ni al de dirección y confianza*” - negrita fuera del texto-.

Ahora bien, mediante la Resolución No. 1358 del 3 de diciembre de 2018 “*Por la cual se establece la jornada laboral y el horario de trabajo y de atención al usuario en el Hospital Militar Central*”<sup>4</sup>, expedida por la Directora General de dicho centro hospitalario, se dispuso:

**“ARTÍCULO TERCERO.**- *Horario de trabajo. Los servidores públicos del Hospital Militar Central, prestarán sus servicios en el siguiente horario, jornada continua:*

(...)

*Parágrafo Segundo. Cuando por necesidades de las dependencias se requiera extender o modificar el horario de trabajo el Jefe de la entidad podrá ampliar dicho horario, dentro del marco normativo establecido para la jornada laboral de los servidores públicos. Los servidores públicos que laboren bajo el sistema de turnos para el **Área Asistencial, y Admisiones**, prestaran sus servicios en los siguientes horarios:*

<sup>3</sup> Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Dr.: Flavio Augusto Rodríguez Arce, 9 de marzo de 2000, radicación número: 1254.

<sup>4</sup> [https://www.hospitalmilitar.gov.co/recursos\\_user/resolucion\\_1358\\_de\\_2018.pdf](https://www.hospitalmilitar.gov.co/recursos_user/resolucion_1358_de_2018.pdf)

- De 7:00 am. a 1:00 p.m.
- De 1:00 p.m. a 7:00 p.m.
- **De 7:00 p.m a 7:00 a.m.**
- Turno de fin de semana Rotativo: De 7:00 a.m a 7:00 p.m.
- **(El personal asistencial que entrega el servicio deberá permanecer media hora después de su turno)**” (subrayado del Despacho).

Descendiendo al caso en estudio, obra en el expediente el Contrato de Trabajador Oficial No. 139 de 1985, de cuya lectura se advierte que la demandante se vinculó al Hospital Militar Central como **Auxiliar de Enfermería** el 1 de octubre de 1985, y, posteriormente, se desempeñó como empleada pública, en el empleo de Auxiliar de Servicios, Código 6-1, Grado 33, según lo contenido en la Certificación expedida el 10 de mayo de 2018, por la Jefe de la Unidad de Talento Humano del referido centro hospitalario.

A su vez, el doctor Miguel Ángel Tovar Herrera, Jefe de Oficina Asesora del Sector Defensa Oficina Asesora Jurídica, mediante Oficio No. E-00004-202102983-HMC del 20 de abril de 2021, respecto al horario laboral de la demandante, señaló:

*“(...) El servicio de enfermería una vez revisado los archivos (del año 1999 a abril del 2021) se verificó que la señora Chaparro Barón Doris Janeth fue asignada en los siguientes horarios:*

*(...)*

*Del 01 de Mayo de 2008 a Febrero 29 de 2020 desempeñó sus funciones en el horario de las **19 horas a las 7.30** horas noche intermedia según corresponda” (negrita del Despacho).*

En ese orden de ideas, se concluye que la actora presta sus servicios en Hospital Militar Central por el sistema de **turnos**, el cual ejerce de forma **habitual** en horas diurnas y nocturnas, así como en días domingos y festivos, razón por la cual labora en una **jornada mixta**.

### **5.3.3. Del reconocimiento y pago de los recargos dominicales y festivos.**

En cuanto al trabajo **ordinario** en días dominicales y festivos el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señaló:

**“ARTÍCULO 39°.- Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos.** Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, **tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por**

***cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.***

*La contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrado en la asignación mensual.*

*Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ordinario en días dominicales y festivos”. (Resaltado fuera del texto original)*

A su vez, el artículo 40 *ejusdem*, en lo atinente al trabajo **ocasional** en días dominicales y festivos, indicó:

**“ARTÍCULO 40. Del trabajo ocasional en días dominicales y festivos.** *(Modificado por los Decretos anuales salariales) Por razones especiales de servicio podrá autorizarse el trabajo ocasional en días dominicales o festivos.*

*Para efectos de la liquidación y el pago de la remuneración de los empleados públicos que ocasionalmente laboren en días dominicales y festivos, se aplicarán las siguientes reglas:*

*a) (Modificado por los Decretos anuales salariales) Modificado tácitamente por el Artículo 12 del Decreto 660 de 2002. Sus empleos deberán tener una asignación básica mensual que no exceda de diez mil pesos.*

*b) El trabajo deberá ser autorizado previamente por el jefe del organismo o por la persona en quien este hubiere delegado tal atribución, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las tareas que hayan de desempeñarse.*

*c) El reconocimiento del trabajo en dominical o festivo se hará por resolución motivada.*

***d) El trabajo ocasional en días dominicales o festivos se compensará con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero, a elección del funcionario. Dicha retribución será igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo, o proporcionalmente al tiempo laborado si este fuere menor.***

*Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el trabajo ocasional en días dominicales y festivos.*

*e) El disfrute del día de descanso compensatorio o la retribución en dinero, se reconocerán sin perjuicio de la asignación ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.*

*f) La remuneración por el día de descanso compensatorio se entiende incluida en la asignación mensual.”. (Negrita fuera del texto original)*

Debe señalarse que el trabajo realizado en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria tiene un recargo propio equivalente al doble del valor de un día de trabajo, por lo tanto, debe tasarse en **200%**.

Ahora bien, afirma la apoderada de la demandante que la entidad demandada no le reconoció a su representada en su integridad los recargos nocturnos, dominicales y festivos que laboró en el centro hospitalario desde el **1 de enero de 2013** razón por la cual, el análisis que realizará el Despacho solo se centrará en determinar si dichos recargos le fueron pagados a la demandante en su totalidad, a partir de la referida fecha y no la forma en que fueron liquidados, pues sobre dicho aspecto no existe reparo.

Sobre el particular, dado que la actora presta sus servicios de forma habitual en el Hospital Militar Central por el sistema de turnos, para efectos de retribuir su labor, le resulta aplicable el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, de tal forma que le asiste el derecho a **percibir su equivalente en dinero, más el disfrute de un día de descanso compensatorio**, sin perjuicio de la remuneración ordinaria por haber trabajado el mes completo, como lo contempló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto No. 2422 de 2019<sup>5</sup>, así:

*“... El carácter esencial del servicio público de salud y su prestación de manera continua e ininterrumpida lleva a que, dada la existencia de una jornada laboral máxima, **los empleados públicos vinculados a ese servicio laboren habitualmente domingos y festivos por el sistema de turnos.***

*Como lo sostuvo la Sala en el Concepto 1254 de 2000, la noción de **habitualidad está referida a la naturaleza del servicio, de manera que, si este no es susceptible de interrupción y, por tanto, debe garantizarse su continuidad y permanencia, normalmente todos los días -incluidos, claro está, los domingos y festivos-, el trabajo se tornará en «habitual y permanente». Este es el caso de quienes laboran en el servicio de salud los domingos o festivos por el sistema de turnos, o lo hacen como parte de la jornada ordinaria.***

*En la mencionada oportunidad la Sala citó el criterio de la Sección Segunda de esta Corporación, que, en sentencia de 13 de agosto de 1.998, expediente 2198, precisó:*

***«...el trabajo habitual u ordinario en dominical y festivo, es aquél que se presta en forma permanente, aun cuando el empleado lo haga por el sistema de turnos, pues la permanencia se refiere es a la habitualidad del servicio, como sería el que se presta en un hospital...».***

(...)

*Ahora, si el carácter esencial del servicio público de salud y su prestación de manera continua e ininterrumpida lleva a que los empleados laboren habitualmente domingos y festivos en un turno de 12 horas,*

---

<sup>5</sup> <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=105933>

**necesariamente tendrá que reconocerse un día de descanso compensatorio**

(...)

**En atención a que el derecho al descanso del trabajador es fundamental y que las normas laborales vigentes para los empleados públicos -vr. gr. Decreto Ley 1042 de 1978 o la Ley 269 de 1996-, no establecen un número de horas laboradas en dominical o festivo, para tener derecho al descanso compensatorio, la Sala concluye que la prestación del servicio de manera habitual los domingos y festivos por el sistema de turnos, conlleva para el trabajador el derecho a disfrutar de un día de descanso compensatorio, según lo establece el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, sin importar las horas que se le asignen para completar su jornada laboral por el sistema de turnos”.**

Bajo el anterior criterio, se concluye que normativamente no se ha determinado un número de horas laboradas en dominical o festivo, **para que el servidor tenga derecho al descanso compensatorio**, razón por la cual debe disfrutar de un día completo sin importar las horas que se le asignen para completar su jornada, por el sistema de turnos; sin embargo, su remuneración se **liquidará en proporción a las horas que efectivamente prestó sus servicios**<sup>6</sup>.

Al respecto, obran en el plenario las planillas de turno y los reportes diarios, expedidos por la entidad demandada, de los que se puede establecer que la demandante laboró en **horas dominicales y festivas**, así:

AÑO	MES	RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS
2013	ENERO	32,5
	FEBRERO	25
	MARZO	40
	ABRIL	25
	MAYO	25
	JUNIO	45
	JULIO	30
	AGOSTO	32,5
	SEPTIEMBRE	30
	OCTUBRE	32,5
	NOVIEMBRE	45
	DICIEMBRE	5
<b>TOTAL</b>	<b>367,5</b>	

AÑO	MES	RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS
2014	ENERO	32,5
	FEBRERO	25
	MARZO	30
	ABRIL	37,5
	MAYO	37,5
	JUNIO	42,5
	JULIO	12,5
	AGOSTO	42,5
	SEPTIEMBRE	25
	OCTUBRE	32,5
	NOVIEMBRE	42,5
	DICIEMBRE	12,5
<b>TOTAL</b>	<b>372,5</b>	

AÑO	MES	RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS
2015	ENERO	25
	FEBRERO	25
	MARZO	35
	ABRIL	32,5
	MAYO	37,5
	JUNIO	42,5
	JULIO	25
	AGOSTO	45
	SEPTIEMBRE	25
	OCTUBRE	32,5
	NOVIEMBRE	45
	DICIEMBRE	10
<b>TOTAL</b>	<b>380</b>	

<sup>6</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – sentencia del 5 de octubre de 2006, M. P. Dr. Alberto Arango Mantilla, expediente 2005-5721.

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.  
Expediente: 11-001-33-35-018-2018-00544-00

AÑO	MES	RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS	AÑO	MES	RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS	AÑO	MES	RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS
2016	ENERO	30	2017	ENERO	30	2018	ENERO	25
	FEBRERO	25		FEBRERO	25		FEBRERO	25
	MARZO	42,5		MARZO	22,5		MARZO	42,5
	ABRIL	32,5		ABRIL	45		ABRIL	25
	MAYO	37,5		MAYO	35		MAYO	25
	JUNIO	32,5		JUNIO	37,5		JUNIO	32,5
	JULIO	37,5		JULIO	42,5		JULIO	37,5
	AGOSTO	32,5		AGOSTO	35		AGOSTO	37,5
	SEPTIEMBRE	20		SEPTIEMBRE	25		SEPTIEMBRE	32,5
	OCTUBRE	32,5		OCTUBRE	30		OCTUBRE	30
	NOVIEMBRE	37,5		NOVIEMBRE	37,5		NOVIEMBRE	22,5
	DICIEMBRE	17,5		DICIEMBRE	12,5		DICIEMBRE	17,5
<b>TOTAL</b>	<b>377,5</b>	<b>TOTAL</b>	<b>377,5</b>	<b>TOTAL</b>	<b>352,5</b>			

Ahora bien, de la certificación expedida el 4 de marzo de 2019, por la doctora María Andrea Grillo Roa, Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa, se evidencia que no existe coincidencia entre esta y los reportes de nómina que reposan en el expediente, razón por la cual, se tomará el tiempo que se relaciona en este último, respecto al pago que la entidad demandada le reconoció a la señora Doris Janneth Chaparro Barón por dichos conceptos y frente a las mensualidades que no fueron aportadas, se tendrá en cuenta la aludida certificación, así:

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2013	ENERO	
	FEBRERO	29,5
	MARZO	23
	ABRIL	44,5
	MAYO	23
	JUNIO	23
	JULIO	41
	AGOSTO	34,5
	SEPTIEMBRE	36
	OCTUBRE	28
	NOVIEMBRE	29,5
	DICIEMBRE	46
<b>TOTAL</b>	<b>358</b>	

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2014	ENERO	
	FEBRERO	29,5
	MARZO	23
	ABRIL	28
	MAYO	34,5
	JUNIO	34,5
	JULIO	39,5
	AGOSTO	11,5
	SEPTIEMBRE	39,5
	OCTUBRE	23
	NOVIEMBRE	29,5
	DICIEMBRE	18
<b>TOTAL</b>	<b>343,5</b>	

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.  
Expediente: 11-001-33-35-018-2018-00544-00

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS	
2015	ENERO		
	FEBRERO	23	
	MARZO	23	
	ABRIL	33	
	MAYO	36	
	JUNIO	34,5	
	JULIO		39,5
			6,5
	AGOSTO	23	
	SEPTIEMBRE	41	
	OCTUBRE	23	
	NOVIEMBRE		34
		33	
DICIEMBRE	10		
<b>TOTAL</b>		<b>359,5</b>	

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS	
2016	ENERO		
	FEBRERO	23	
	MARZO	23	
	ABRIL	39,5	
	MAYO	29,5	
	JUNIO	34,5	
	JULIO	29,5	
	AGOSTO	41	
	SEPTIEMBRE	29,5	
	OCTUBRE	18	
	NOVIEMBRE		29,5
			34,5
DICIEMBRE	16,5		
<b>TOTAL</b>		<b>348</b>	

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS	
2017	ENERO		
	FEBRERO	28	
	MARZO	23	
	ABRIL	21,5	
	MAYO	41	
	JUNIO	33	
	JULIO	34,5	
	AGOSTO	39,5	
	SEPTIEMBRE	33	
	OCTUBRE		16,5
			34,5
	NOVIEMBRE		34,5
		34,5	
DICIEMBRE	11,5		
<b>TOTAL</b>		<b>350,5</b>	

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2018	ENERO	
	FEBRERO	23
	MARZO	23
	ABRIL	39,5
	MAYO	36
	JUNIO	23
	JULIO	29,5
	AGOSTO	41
	SEPTIEMBRE	34,5
	OCTUBRE	29,5
	NOVIEMBRE	28
	DICIEMBRE	16,5
<b>TOTAL</b>		<b>323,5</b>

Conforme a lo anterior, tenemos que por el periodo comprendido entre los años 2013 y 2018, la demandante trabajó **2227,5 horas** dominicales y festivas, de las cuales la entidad demandada canceló **2083 horas**, quedando un saldo pendiente por reconocer de **144,5 horas**, que corresponden a las siguientes anualidades:

AÑO	TOTAL RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS	TOTAL RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS	PENDIENTE POR PAGAR
2013	367,5	358	9,5
2014	372,5	343,5	29
2015	380	359,5	20,5
2016	377,5	348	29,5
2017	377,5	350,5	27
2018	352,5	323,5	29
<b>TOTAL</b>	<b>2227,5</b>	<b>2083</b>	<b>144,5</b>

Por consiguiente, le asiste razón a la apoderada de la parte actora, al manifestar que la entidad no remuneró en su integridad los recargos que por

dichos conceptos debe percibir la señora Doris Janneth Chaparro Barón, como se evidencia de la confrontación de la programación de su jornada, de los desprendibles de nómina y del certificado expedido el 4 de marzo de 2019, por dicha entidad, pues conforme con lo previsto en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, la demandante tiene derecho a percibir una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por el tiempo que prestó sus servicios en horas dominicales y festivas, independientemente del disfrute del compensatorio, razón por la cual se accederá a las súplicas de la demanda sobre esta pretensión, ordenándose la liquidación de las horas laboradas en dichos días, en el porcentaje establecido en la citada normatividad.

No obstante, en consideración a que el Hospital Militar Central le pagó a la actora el tiempo que prestó sus servicios en días dominicales y festivos con el 100%, esto es, como una jornada ordinaria, lo conducente es que la entidad le cancele los recargos que le adeuda, con el **100% restante**.

#### **5.3.4. Del reconocimiento y pago de los recargos nocturnos.**

El artículo 34 del Decreto 1042 de 1978, respecto de la jornada ordinaria nocturna, dispone:

***“ARTÍCULO 34. De la jornada ordinaria nocturna. Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente.***

*Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, **los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.***

*No cumplen jornada nocturna los funcionarios que después de las 6 p.m., completan su jornada diurna hasta con una hora de trabajo.*

*Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo”. (Negrilla del Despacho).*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, la jornada **ordinaria nocturna es la ejercida entre las 6:00 p.m. y 6:00 a.m. del día siguiente**, en tanto que la jornada ordinaria diurna es la que se desempeña entre las 6:00 a.m. hasta las 6:00 p.m.

Respecto a las **jornadas mixtas**, el artículo 35 del mencionado decreto, contempló:

**“Artículo 35°.- De las jornadas mixtas. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turno, cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y horas nocturnas, la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso.**

Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del presente Decreto se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo”. (Resaltado del Despacho).

De la normatividad trascrita, ha de precisarse que el trabajo realizado por los empleados públicos que desarrollen su labor ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyan horas diurnas y nocturnas, estas últimas se compensan **con un recargo del 35% o con periodos de descanso.**

Igual consideración debe hacerse en relación con el reconocimiento de las horas dominicales y festivas nocturnas, en la medida que al valor doblado de trabajo se le debe incrementar el **235%**.

Ahora bien, según las planillas de turnos y reportes diarios de la actora, se advierte que por el tiempo comprendido entre las **6:00 p.m. y 6:00 a.m. del día siguiente**, desarrolló su labor, así:

AÑO	MES	SUBTOTAL		TOTAL RECARGOS NOCTURNOS
		RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	
2013	ENERO	110	22	132
	FEBRERO	99	22	121
	MARZO	95	37	132
	ABRIL	121	22	143
	MAYO	94	16	110
	JUNIO	99	33	132
	JULIO	116	27	143
	AGOSTO	110	22	132
	SEPTIEMBRE	94	27	121
	OCTUBRE	132	22	154
	NOVIEMBRE	88	33	121
	DICIEMBRE	6	5	11
<b>TOTAL</b>		<b>1164</b>	<b>288</b>	<b>1452</b>

AÑO	SUBTOTAL		TOTAL RECARGOS NOCTURNOS
	RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	
2014	110	22	132
	110	22	132
	105	27	132
	105	27	132
	99	33	132
	111	32	143
	99	11	110
	111	32	143
	121	22	143
	121	22	143
	78	32	110
	66	11	77
<b>TOTAL</b>	<b>1236</b>	<b>293</b>	<b>1529</b>

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.  
Expediente: 11-001-33-35-018-2018-00544-00

AÑO	MES	SUBTOTAL		TOTAL RECARGOS NOCTURNOS
		RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	
2015	ENERO	55	22	77
	FEBRERO	110	22	132
	MARZO	122	32	154
	ABRIL	88	22	110
	MAYO	77	33	110
	JUNIO	100	32	132
	JULIO	105	16	121
	AGOSTO	116	27	143
	SEPTIEMBRE	121	22	143
	OCTUBRE	115	28	143
	NOVIEMBRE	72	27	99
	DICIEMBRE	12	10	22
<b>TOTAL</b>		<b>1093</b>	<b>293</b>	<b>1386</b>

AÑO	SUBTOTAL		TOTAL RECARGOS NOCTURNOS
	RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	
2016	72	27	99
	99	22	121
	122	32	154
	104	28	132
	116	27	143
	110	22	132
	94	27	121
	99	22	121
	104	17	121
	115	28	143
	83	27	110
	17	16	33
<b>TOTAL</b>	<b>1135</b>	<b>295</b>	<b>1430</b>

AÑO	MES	SUBTOTAL		TOTAL RECARGOS NOCTURNOS
		RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	
2017	ENERO	105	27	132
	FEBRERO	110	22	132
	MARZO	111	21	132
	ABRIL	110	33	143
	MAYO	133	32	165
	JUNIO	127	27	154
	JULIO	100	32	132
	AGOSTO	122	32	154
	SEPTIEMBRE	110	22	132
	OCTUBRE	127	27	154
	NOVIEMBRE	72	27	99
	DICIEMBRE	11	11	22
<b>TOTAL</b>		<b>1238</b>	<b>313</b>	<b>1551</b>

AÑO	SUBTOTAL		TOTAL RECARGOS NOCTURNOS
	RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	
2018	55	22	77
	110	22	132
	116	38	154
	132	22	154
	110	22	132
	99	22	121
	105	27	132
	116	27	143
	115	28	143
	127	27	154
	89	21	110
	34	10	44
<b>TOTAL</b>	<b>1208</b>	<b>288</b>	<b>1496</b>

Por su parte, de la certificación expedida el 4 de marzo de 2019, por la doctora María Andrea Grillo Roa, Jefe de la Unidad de Talento Humano, así como de los desprendibles de nómina, se observa que la entidad demandada le pagó a la demandante por concepto de **recargos nocturnos** ordinarios, dominicales y festivos, las siguientes horas:

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2013	ENERO	
	FEBRERO	120
	MARZO	110
	ABRIL	120
	MAYO	130
	JUNIO	100
	JULIO	120
	AGOSTO	130
	SEPTIEMBRE	120
	OCTUBRE	110
	NOVIEMBRE	140
	DICIEMBRE	120
<b>TOTAL</b>		<b>1320</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2014	ENERO	
	FEBRERO	120
	MARZO	120
	ABRIL	120
	MAYO	120
	JUNIO	120
	JULIO	130
	AGOSTO	100
	SEPTIEMBRE	130
	OCTUBRE	130
	NOVIEMBRE	130
	DICIEMBRE	110
<b>TOTAL</b>		<b>1400</b>

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.  
Expediente: 11-001-33-35-018-2018-00544-00

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2015	ENERO	
	FEBRERO	70
	MARZO	120
	ABRIL	130
	MAYO	100
	JUNIO	100
	JULIO	120
		10
	AGOSTO	110
	SEPTIEMBRE	130
	OCTUBRE	130
	NOVIEMBRE	130
	120	
DICIEMBRE	20	
<b>TOTAL</b>		<b>1290</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2016	ENERO	
	FEBRERO	130
	MARZO	110
	ABRIL	140
	MAYO	120
	JUNIO	130
	JULIO	120
	AGOSTO	110
	SEPTIEMBRE	110
	OCTUBRE	110
	NOVIEMBRE	130
		100
DICIEMBRE	<b>30</b>	
<b>TOTAL</b>		<b>1340</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2017	ENERO	
	FEBRERO	120
	MARZO	120
	ABRIL	120
	MAYO	130
	JUNIO	150
	JULIO	140
	AGOSTO	140
	SEPTIEMBRE	140
	OCTUBRE	120
	NOVIEMBRE	140
		110
DICIEMBRE	20	
<b>TOTAL</b>		<b>1450</b>

VIGENCIA	MES	NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS
2018	ENERO	
	FEBRERO	70
	MARZO	120
	ABRIL	140
	MAYO	140
	JUNIO	120
	JULIO	110
	AGOSTO	120
	SEPTIEMBRE	130
	OCTUBRE	130
	NOVIEMBRE	140
	DICIEMBRE	100
<b>TOTAL</b>		<b>1320</b>

Como puede verse, la entidad demandada pagó un número de horas inferior al que la demandante prestó sus servicios en jornada nocturna, esto es, **8120 horas**, cuando lo correcto era **8844 horas**, faltando por sufragar **724 horas**, que corresponden a **30 días**, así:

TIEMPO TRABAJADO POR LA DEMANDANTE				PAGO REALIZADO POR LA ENTIDAD	RECARGOS NOCTURNOS PENDIENTES POR PAGAR
VIGENCIA	RECARGOS NOCTURNOS ORDINARIOS	RECARGOS NOCTURNOS DOMINICALES Y FESTIVOS	TOTAL RECARGOS NOCTURNOS		
2013	1164	288	1452	1320	132
2014	1236	293	1529	1400	129
2015	1093	293	1386	1290	96
2016	1135	295	1430	1340	90
2017	1238	313	1551	1450	101
2018	1208	288	1496	1320	176
<b>TOTAL</b>	<b>7074</b>	<b>1770</b>	<b>8844</b>	<b>8120</b>	<b>724</b>

No obstante lo anterior, al tenor de lo preceptuado en el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, dicho tiempo **podrá compensarse con periodos de descanso**,

razón por la cual, de acreditarse que la actora disfrutó de estos, no habría lugar a su pago, aspecto que se desarrollará en el acápite siguiente.

### 5.3.5. Del reconocimiento y pago de los compensatorios.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “E”, mediante sentencia del 15 de marzo de 2019<sup>7</sup>, señaló que, tratándose de la prestación habitual de servicios por el sistema de turnos en días domingos y festivos, no hay lugar al pago del compensatorio, cuando se otorga al trabajador periodos de descanso en la misma proporción al horario laboral asignado, al sostener:

*«... En ese orden, podría pensarse que el Hospital Militar debe otorgar el disfrute o cancelación en dinero de esos 285 días, sin embargo, de la revisión de las planillas suscritas por la División de Servicios Ambulatorios y Apoyo – Servicio de Urgencias... se observa que entre enero de 2005 y marzo de 2013, **la jornada laboral asignada a la demandante fue la nocturna y en esa medida, por cada turno que realizaba en el horario comprendido entre las 7:00 p.m. y las 7:00 a.m., gozaba de un día de descanso, situación que satisface el contenido del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, el cual dispone que de laborarse de forma habitual los domingos y festivos, se tiene derecho además de una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo»** al “disfrute de un día de descanso obligatorio”» (negrita del Despacho).*

Ahora bien, en cuanto a la compensación por cada dominical y festivo laborado, de las planillas y reportes diarios se advierte que, desde el 1 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2018, , la demandante trabajó los siguientes días:

---

<sup>7</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “E”, sentencia del 15 de marzo de 2019, M. P. Dra. Patricia Victoria Manjarrés Bravo, expediente No. 11-001-33-35-027-2015-00400-02, demandante: María Antonia García de Rincón, demandado Hospital Militar Central.

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.  
Expediente: 11-001-33-35-018-2018-00544-00

VIGENCIA	MES	DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS
2013	ENERO	2
	FEBRERO	2
	MARZO	5
	ABRIL	2
	MAYO	2
	JUNIO	3
	JULIO	3
	AGOSTO	2
	SEPTIEMBRE	3
	OCTUBRE	2
	NOVIEMBRE	3
	DICIEMBRE	1
<b>TOTAL</b>		<b>30</b>

VIGENCIA	MES	DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS
2014	ENERO	2
	FEBRERO	2
	MARZO	3
	ABRIL	3
	MAYO	3
	JUNIO	4
	JULIO	1
	AGOSTO	4
	SEPTIEMBRE	2
	OCTUBRE	2
	NOVIEMBRE	4
	DICIEMBRE	1
<b>TOTAL</b>		<b>31</b>

VIGENCIA	MES	DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS
2015	ENERO	2
	FEBRERO	2
	MARZO	4
	ABRIL	2
	MAYO	3
	JUNIO	4
	JULIO	2
	AGOSTO	3
	SEPTIEMBRE	2
	OCTUBRE	2
	NOVIEMBRE	3
	DICIEMBRE	2
<b>TOTAL</b>		<b>31</b>

VIGENCIA	MES	DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS
2016	ENERO	3
	FEBRERO	2
	MARZO	4
	ABRIL	2
	MAYO	3
	JUNIO	2
	JULIO	3
	AGOSTO	2
	SEPTIEMBRE	1
	OCTUBRE	2
	NOVIEMBRE	3
	DICIEMBRE	2
<b>TOTAL</b>		<b>29</b>

VIGENCIA	MES	DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS
2017	ENERO	3
	FEBRERO	2
	MARZO	3
	ABRIL	3
	MAYO	4
	JUNIO	3
	JULIO	4
	AGOSTO	4
	SEPTIEMBRE	2
	OCTUBRE	3
	NOVIEMBRE	3
	DICIEMBRE	1
<b>TOTAL</b>		<b>35</b>

VIGENCIA	MES	DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS
2018	ENERO	2
	FEBRERO	2
	MARZO	4
	ABRIL	2
	MAYO	2
	JUNIO	2
	JULIO	3
	AGOSTO	3
	SEPTIEMBRE	2
	OCTUBRE	3
	NOVIEMBRE	3
	DICIEMBRE	2
<b>TOTAL</b>		<b>30</b>

Igualmente, en dicha documental se observa que le fue reconocido el tiempo compensatorio que se relaciona a continuación:

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.  
Expediente: 11-001-33-35-018-2018-00544-00

AÑO	MES	DÍAS COMPENSADOS	AÑO	MES	DÍAS COMPENSADOS	AÑO	MES	DÍAS COMPENSADOS
2013	ENERO	0	2014	ENERO	2	2015	ENERO	2
	FEBRERO	2		FEBRERO	2		FEBRERO	3
	MARZO	4		MARZO	3		MARZO	2
	ABRIL	2		ABRIL	3		ABRIL	4
	MAYO	1		MAYO	1		MAYO	2
	JUNIO	3		JUNIO	1		JUNIO	3
	JULIO	2		JULIO	4		JULIO	4
	AGOSTO	3		AGOSTO	2		AGOSTO	2
	SEPTIEMBRE	3		SEPTIEMBRE	2		SEPTIEMBRE	2
	OCTUBRE	2		OCTUBRE	2		OCTUBRE	3
	NOVIEMBRE	3		NOVIEMBRE	4		NOVIEMBRE	2
	DICIEMBRE	4		DICIEMBRE	0		DICIEMBRE	3
<b>TOTAL</b>	<b>29</b>	<b>TOTAL</b>	<b>26</b>	<b>TOTAL</b>	<b>32</b>			
2016	ENERO	3	2017	ENERO	0	2018	ENERO	6
	FEBRERO	3		FEBRERO	2		FEBRERO	2
	MARZO	2		MARZO	3		MARZO	2
	ABRIL	3		ABRIL	2		ABRIL	1
	MAYO	1		MAYO	0		MAYO	3
	JUNIO	3		JUNIO	1		JUNIO	3
	JULIO	4		JULIO	2		JULIO	3
	AGOSTO	2		AGOSTO	2		AGOSTO	2
	SEPTIEMBRE	3		SEPTIEMBRE	3		SEPTIEMBRE	2
	OCTUBRE	3		OCTUBRE	1		OCTUBRE	2
	NOVIEMBRE	5		NOVIEMBRE	6		NOVIEMBRE	3
	DICIEMBRE	3		DICIEMBRE	2		DICIEMBRE	0
<b>TOTAL</b>	<b>35</b>	<b>TOTAL</b>	<b>24</b>	<b>TOTAL</b>	<b>29</b>			

En síntesis, tenemos que en el lapso comprendido entre los años 2013 a 2014, quedaron pendiente **6 días** por compensar y por el periodo del 1 de enero de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018, faltaron **12 días**, así:

AÑO	DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS	DÍAS COMPENSADOS POR LA ENTIDAD DEMANDADA	DÍAS PENDIENTES POR COMPENSAR AL AÑO	DÍAS COMPENSADOS A FAVOR DE LA DEMANDANTE
2013	30	29	1	0
2014	31	26	5	0
2015	31	32	0	1
2016	29	35	0	6
2017	35	24	11	0
2018	30	29	1	0
<b>TOTAL</b>	<b>186</b>	<b>175</b>	<b>18</b>	<b>7</b>

Del cuadro anterior, se desprende que en los años 2015 a 2016, la actora tuvo a su favor **7 días**, de los cuales deben descontarse los recargos nocturnos que causó en el periodo.

Así las cosas, pese a quedó un tiempo pendiente por compensar tanto por dominicales y festivos como por recargos nocturnos, no se puede pasar por alto que, en virtud de la jornada laboral que le asignó el Hospital Militar

Central a la señora Doris Janneth Chaparro Barón, por cada turno **gozó de un día de descanso**, de modo que se satisfacen los postulados contenidos en los artículos 35 y 39 del Decreto 1042 de 1978.

### **5.3.6. Del régimen prestacional de los empleados públicos del Hospital Militar Central.**

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 05 de 1988, el Presidente de la República expidió el Decreto 2701 de 1988, el cual establece el **régimen prestacional** de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado, **adscritos** o vinculados al **Ministerio de Defensa Nacional** y en el artículo 1º, se señaló:

*“**ARTÍCULO 1º ALCANCE.** El presente Decreto determina el Régimen de Prestaciones Sociales y Asistenciales, aplicable a los empleados públicos y trabajadores oficiales de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa nacional. En consecuencia, el personal de que trata el presente Decreto, no se regirá por las normas establecidas para los empleados públicos y trabajadores oficiales del Ministerio de Defensa Nacional” (Resaltado del Despacho).*

Así las cosas, es importante precisar que el Hospital Militar Central es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente **adscrito al Ministerio de Defensa Nacional**, de conformidad con la norma que define su naturaleza jurídica contenida en el artículo 40 de la Ley 352 de 1997 *“Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”*, así:

*“**ARTÍCULO 40. NATURALEZA JURÍDICA.** A partir de la presente Ley, la Unidad Prestadora de Servicios Hospital Militar Central se organizará como un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que se denominará Hospital Militar Central, con domicilio en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D.C.”.*

Por su parte, el artículo 46 *ibídem*, contempló:

*“**ARTÍCULO 46º.** -RÉGIMEN DE PERSONAL. Las personas vinculadas al Hospital Militar Central tendrán el carácter de empleados públicos o trabajadores oficiales conforme a las normas vigentes, aunque en materia*

salarial y prestacional deberán regirse por el régimen especial establecido por el Gobierno Nacional» (Subrayado de Despacho).

A su vez, el artículo 2 del Decreto 02 de 1998 “*por el cual se aprueba el Acuerdo número 006 de la Junta Directiva del Hospital Militar Central*”, indicó:

**“ARTÍCULO 2º. -NATURALEZA JURÍDICA.** *El Hospital Militar Central es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.*

En cuanto al régimen salarial, el artículo 23 de dicha normatividad, preceptuó:

**“ARTÍCULO 23. Régimen Salarial.** *Los empleados públicos y trabajadores oficiales que prestan sus servicios en el Hospital Militar Central para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos y subsidios se regirán por las disposiciones legales que para esta clase de servidores haya establecido el Gobierno Nacional”* (Subrayado fuera del texto).

Y frente al régimen prestacional, el artículo 24 *ejusdem*, señaló:

**“ARTÍCULO 24. Régimen Prestacional.** *Los empleados públicos y trabajadores del Hospital Militar Central quedarán sometidos al régimen de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias. En lo relativo a las demás prestaciones sociales se les aplicará el Decreto-ley 2701 de 1988 y normas que lo modifiquen o adicionen”* (resaltado del juzgado).

En ese sentido, dado que a la fecha el Gobierno Nacional no ha expedido en materia salarial una disposición diferente a la contenida en el **Decreto 2701 de 1988**, la cual determina los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales que presten sus servicios en el Hospital Militar Central, se concluye que frente a este aspecto la demandante se rige por la normatividad especial, debido a la vinculación que ostenta en la entidad, cuerpo normativo que debe aplicarse de manera íntegra, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones, pues no es dable tomar lo más favorable de este y utilizar disposiciones jurídicas contenidas en un régimen distinto.

Ahora bien, de la certificación expedida el 4 de marzo de 2019, por la doctora María Andrea Grillo Roa, Jefe de Unidad de Seguridad y Defensa de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, se evidencia que la demandante por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 31 de diciembre de 2018, devengó los siguientes factores salariales: subsidio de alimentación, bonificación por servicios prestados, bonificación especial de

recreación y las primas de servicio, vacaciones y navidad, así como **recargos nocturnos, dominicales y festivos**, aspecto que fue ampliamente debatido en el acápite anterior.

Así las cosas, para efecto de la liquidación del auxilio de alimentación, el artículo 36 del citado Decreto, señaló:

**“ARTÍCULO 66. AUXILIO DE ALIMENTACIÓN.** *Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de un auxilio mensual de alimentación, pagadero por el respectivo organismo, en los mismos términos y cuantías que se establezcan en las disposiciones legales sobre la materia”.*

Respecto a la bonificación especial de recreación, el artículo 68 *ejusdem*, indicó:

**“ARTÍCULO 68. BONIFICACIÓN ESPECIAL DE RECREACIÓN.** *Los empleados públicos y trabajadores oficiales que adquieran el derecho a vacaciones e inicien el disfrute de las mismas dentro del año civil de su causación, tienen derecho al reconocimiento y pago de una bonificación especial de recreación en cuantía equivalente a dos (2) días de la asignación básica mensual que les corresponda en el momento de causarlas.*

A su turno, el artículo 69 *ibídem*, en cuanto a la bonificación por servicios prestados, preceptuó:

**“ARTÍCULO 69. BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS.** *Cada vez que los empleados públicos y trabajadores oficiales cumplan un año continuo de prestar sus servicios en un mismo organismo, tienen derecho al reconocimiento de una bonificación por servicios prestados, cuyo pago se efectuará en los términos y porcentajes que se establezcan para los demás empleados y trabajadores de la Administración Pública Nacional”.*

Por otro lado, los factores salariales para la liquidación y pago de las vacaciones y prima de vacaciones, se encuentran contenidos en artículo 27 del Decreto 2701 de 1988, así:

**“ARTÍCULO 27. FACTORES SALARIALES PARA LIQUIDACIÓN DE VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES.** *Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este Decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:*

a) *La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo.*

b) *Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-ley 1042 de 1978 o disposiciones que lo modifiquen.*

- c) *Los gastos de representación.*
- d) *Los auxilios de alimentación y de transporte.*
- e) *La prima de servicios.*
- f) *La bonificación por servicios prestados.*

*En caso de interrupción de las vacaciones por las causales indicadas en el artículo 12 de este Decreto, el pago del tiempo faltante de las mismas se reajustará con base en el salario que perciba el empleado al momento de reanudarlas”.*

Por su parte, el artículo 29 *ejusdem*, respecto a la prima de navidad, señaló:

**“ARTÍCULO 29. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR PRIMA DE NAVIDAD.** *Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:*

- a) *La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo.*
- b) *Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-ley 1042 de 1978 o disposiciones que lo modifiquen.*
- c) *Los gastos de representación.*
- d) *Los auxilios de alimentación y de transporte.*
- e) *La prima de servicios y la de vacaciones.*
- f) *La bonificación por servicios prestados”.*

A su vez, el artículo 56 de dicha disposición legal, en cuanto a la prima de servicios, preceptuó:

**“ARTÍCULO 56. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDAR PRIMA DE SERVICIO.** *Para el reconocimiento y pago de la prima de servicio se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:*

- a) *La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo.*
- b) *Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto - ley 1042 de 1978 o normas que lo modifiquen.*
- c) *Los gastos de representación.*
- d) *Los auxilios de alimentación y de transporte.*
- e) *La bonificación por servicios prestados.*

*Para liquidar la prima de servicio, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los literales anteriores a treinta (30) de junio de cada año”.*

Ahora bien, en cuanto a los factores para liquidar las cesantías y las pensiones, el artículo 53 del Decreto 2701 de 1988, contempló:

**“ARTÍCULO 53. FACTORES DE SALARIO PARA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA Y PENSIONES.** Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario.

- a) La asignación básica mensual.
- b) Los gastos de representación.
- c) Los auxilios de alimentación y transporte.
- d) La prima de navidad.
- e) La bonificación por servicios prestados.
- f) La prima de servicios.
- g) Los viáticos que reciban los empleados y trabajadores en comisión, cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio.
- h) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-ley 710 de 1978.
- i) La prima de vacaciones.
- j) Las primas y bonificaciones que hubieren sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del Decreto-ley 3130 de 1988”.

Como puede verse, los citados artículos determinan con claridad los factores que se tienen en cuenta para tasar las primas, bonificaciones y el auxilio de cesantías, entre los que no se encuentran, los recargos por trabajo nocturno, en dominicales y festivos.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “C”, en sentencia del 2 de febrero de 2006<sup>8</sup>, sostuvo:

*“Se reitera que el decreto 2701 de 29 de diciembre de 1988, por el cual se reformó el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, **determina con claridad los factores que se han de tener en cuenta para liquidar dichas prestaciones, sin que dentro de ellos la Ley consagre por ejemplo, los recargos por trabajo extra diurno o nocturno, dominicales y festivos** (negrilla del Despacho).*

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “C”, CP. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, expediente No. 25000-23-25-000-1998-05343-01(1151-05), actor: Néstor Moreno Sánchez, demandado: Hospital Militar Central.

En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”<sup>9</sup>, mediante sentencia del 24 de mayo de 2018, señaló:

“(…)

*Así las cosas, se tiene que como la demandante trabajó para el Hospital Militar Central, el régimen que le es aplicable es el establecido en el Decreto 2701 de 1988 «Por el cual se reforma el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional».*

*Ahora bien, la parte actora solicita se reajuste la liquidación de las cesantías retroactivas reconocidas con la inclusión como factores salariales los recargos nocturnos y los dominicales y festivos devengados, sobre este aspecto, el H. Consejo de Estado, con el objeto de precisar los factores que se han de tener en cuenta para liquidar las prestaciones económicas y sociales reconocidas bajo el régimen especial del Decreto 2701 de 1988, dijo:*

*«Por su parte, el artículo 53 a que alude la norma citada, identifica los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación:*

*(…)*

*La posición asumida por la Sala, no va en contravía con el principio de igualdad contenido en el artículo 13 Constitucional, teniendo en cuenta que se trata de situaciones diversas para grupos de trabajadores que por razón de sus funciones se les aplica diferentes disposiciones, incluso más favorables, que las consagradas para la generalidad de los servidores públicos.*

*(…)*».

*En el mismo sentido el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo<sup>10</sup>, consideró:*

**«En consonancia con lo anteriormente expuesto, es válido afirmar que la forma como la demandante pretende que se apliquen las disposiciones invocadas contraría el principio de inescindibilidad de las normas, toda vez que respecto del período base de liquidación y de algunos factores salariales se remite al régimen especial, pero la inclusión del trabajo dominical y festivo la solicita al amparo de la normatividad general.»**

*Adicionalmente, en lo que respecta a las prestaciones sociales reconocidas al tenor de lo dispuesto por el Decreto 2701 de 1988, esta Corporación ha manifestado:*

*‘De la incidencia salarial de los anteriores factores para liquidar prestaciones económicas y sociales.*

<sup>9</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”, M. P. Dr. Luis Gilberto Ortigón Ortigón, expediente No. 11001 3335 023 2015 00476 01, demandante: Blanca Cecilia Medina Rodríguez, demandado Hospital Militar Central.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Radicación número: 1073-09, de diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010), Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

**Como la demandante argumenta que los factores a los que se alude no fueron tenidos en cuenta como base de liquidación para sus prestaciones económicas y sociales, alegando su incidencia especialmente en las vacaciones, pensión de jubilación, cesantías e intereses a las mismas, la Sala respalda el criterio del Tribunal en el sentido de que ante la inexistencia de los derechos reclamados, mal se puede tener en cuenta su incidencia prestacional.**

**Se repite que el Decreto 2701 de 29 de diciembre de 1988, por el cual se reformó el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, determina con claridad los factores que se han de tener en cuenta para liquidar dichas prestaciones, sin que dentro de ellos la Ley consagre por ejemplo, los recargos por trabajo extra diurno o nocturno, dominicales y festivos’.**

(...)

**En este orden de ideas, la Sala concluye que el régimen bajo estudio contenido en el Decreto 2701 de 1988, es especial y se caracteriza por tener condiciones y requisitos más favorables que el régimen general.** (Negrita y resaltado fuera del texto original).

Bajo los anteriores criterios jurisprudenciales, es claro que el régimen contenido en el Decreto 2701 de 1988, señala de forma taxativa los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del centro hospitalario demandado, sin que dentro de ellos se encuentren los recargos por trabajo extra, diurno o nocturno, dominicales y festivos, cuya inclusión pretende la demandante en la presente controversia, contrariando el principio de inescindibilidad normativa, razón suficiente para denegar las súplicas de la demanda, frente a este aspecto.

### **5.3.7. Del régimen de seguridad social aplicable a la demandante.**

Frente a este aspecto, sea lo primero señalar que el Decreto 2701 de 1988, contempla los factores salariales que se tienen en cuenta para liquidar las pensiones de los empleados públicos del Hospital Militar Central, razón por la cual, en principio, la actora igualmente estaría regida por dicha normatividad especial.

No obstante, toda vez que su fecha de nacimiento fue el **26 de julio de 1962**, tal como colige de su cédula de ciudadanía y su vinculación en el centro hospitalario data del **1 de octubre de 1985**, según lo certificado por la Jefe de la Unidad de Talento Humano, no es beneficiaria del régimen de transición

contenido en el artículo 36<sup>11</sup> de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, pues a la entrada en vigencia de la citada ley no tenía 15 años de servicio o 35 años de edad, razón por la cual **en materia pensional se rige por las disposiciones contenidas en la citada Ley 100 y en el Decreto 1158 de 1994**, preceptiva esta última que dispone los factores base de liquidación pensional, así:

“ARTÍCULO 1º. El artículo 6º del Decreto 691 de 1994, quedará así:

*"Base de cotización".*

*El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;***
- g) La bonificación por servicios prestados;” (negrilla del Despacho).*

De la normatividad en cita, se desprende que los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos que laboró la señora Doris Janneth Chaparro Barón, forman parte de la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social<sup>12</sup> y según lo señalado por la apoderada de la parte demandante, en los

<sup>11</sup> “ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

**La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley”.** (Negrilla fuera de texto).

<sup>12</sup> “ARTÍCULO 204. MONTO Y DISTRIBUCIÓN DE LAS COTIZACIONES  
(...)

PARÁGRAFO 1o. La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como **servidores públicos**, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones de esta Ley. (Negrilla del

hechos del escrito demandatorio, el Hospital Militar Central realiza los aportes al referido sistema, por tales conceptos, desde el mes de **mayo de 2018**, en virtud de lo consagrado en el Decreto 1158 de 1994.

Lo anterior, también se acredita con el **Oficio No. E-00004-202102983-HMC del 20 de abril de 2021**, suscrito por el doctor Miguel Ángel Tovar Herrera Jefe de Oficina Asesora del Sector Defensa Oficina Asesora Jurídica del Hospital Militar Central y con los desprendibles de nómina obrantes en el plenario, así:

CONCEPTO	Nombre Concepto	Días / Horas	Valor por Concepto	Mes	Año	Valor retroactivo	IBC con Retroactivo
C001	SUELDO	30	1677482	MAYO	2018	0	\$ 1.677.482
C008	RECARGO NOCTURNO	140	342486	MAYO	2018	0	\$ 342.486
C009	DOMINICAL Y/O FESTIVO	36	503245	MAYO	2018	0	\$ 503.245
				<b>MAYO</b>	<b>2018</b>		<b>\$ 2.523.213</b>

Salud 12,5%	FOSYGA 1,5%	Salud Empleador 8,5%	Salud Empleado 4%	Pensión Empleado 4%	Pensión Empleador 12%	Pensión 16%
\$ 315.500	\$ 37.900	\$ 176.600	\$ 101.000	\$ 101.000	\$ 302.800	\$ 403.800

Ahora bien, en el mismo oficio, el mencionado funcionario certificó el horario laboral de la actora, señalando lo siguiente:

***“(...) Del año 1997 a enero 31 de 2008 desempeñó las funciones asignadas en el turno de la tarde en el horario de 14.00 horas a la 21.15 horas, turno diario.***

***De febrero de 2008 a abril 30 de del 2008 desempeñó las funciones asignadas en el horario de 21.00 horas a las 7.30 horas noche intermedia según corresponda***

***Del 01 de Mayo de 2008 a Febrero 29 de 2020 desempeñó sus funciones en el horario de las 19 horas a las 7.30 horas noche intermedia según corresponda”*** (negrita del Despacho).

En ese sentido, dado que la demandante tomó posesión del cargo de Auxiliar de Servicios, Código 6-1, Grado 33, el **1 de octubre de 1985**, le asiste el derecho a que los aportes al Sistema General de Seguridad Social, sean liquidados con la inclusión de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos que laboró; sin embargo, de los medios probatorios obrantes en el expediente, **no se evidencia que con antelación al año 1997**, prestara sus servicios en dichas jornadas, lo que conlleva a que se ordene su reajuste a

Despacho).

partir del **1 de enero de 1997 hasta el 30 de abril de 2018**, pues desde el día siguiente se incluyeron al momento de efectuar los referidos aportes.

Igualmente, se deberán ajustar los aportes, respecto de los recargos dominicales y festivos que laboró la señora Doris Janneth Chaparro Barón, correspondiente al **100%** que dejó de sufragar, por el periodo comprendido entre el **1 de mayo de 2018 y el 31 de diciembre de 2018**, previo descuento de los valores que están a cargo del trabajador, según los porcentajes establecidos en la Ley.

### **5.3.8. De los factores base de liquidación de los aportes parafiscales.**

La Ley 21 de 1982 “*Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y Se dictan otras disposiciones*”, en el artículo 17, señaló:

**“ARTICULO 17.** *Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen del Subsidio Familiar, Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Escuela Superior de Administración Pública, (ESAP), Escuela Industrial e Institutos Técnicos, se entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley Laboral, cualquiera que sea su denominación y además, los verificados **por descansos remunerados de Ley** y convencionales o contractuales.*

*Los pagos en moneda extranjera, deberán incluirse en la respectiva nómina, liquidados al tipo de cambio oficial y vigente el último día del mes al cual corresponde el pago”.* (Negrita y subrayado del Despacho).

Por su parte, el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 89 de 1988, “*Por la cual se asignan recursos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones*”, indicó:

**“ARTÍCULO 1°.** *A partir del 1° de enero de 1989 los aportes para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- ordenados por las Leyes 27 de 1974 y 7a de 1979, se aumentan al tres por ciento (3%) del valor de la nómina mensual de salarios.*

*(Inciso adicionado por el artículo 25 de la Ley 225 de 1995. Los aportes de que trata el numeral 4° de estos artículos (sic) son contribuciones parafiscales.*

**PARÁGRAFO 1°.** *Estos aportes se calcularán y pagarán teniendo como base de liquidación el concepto de nómina mensual de salarios establecidos en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y se recaudarán en forma conjunta con los aportes al Instituto de Seguros Sociales -ISS- o los del subsidio familiar hechos a las Cajas de Compensación Familiar o a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. Estas entidades quedan obligadas a aceptar la afiliación de todo empleador que lo solicite. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, -ICBF-, también podrá recaudar los aportes. Los recibos expedidos por las entidades recaudadoras constituirán prueba del pago de*

*los aportes para fines tributarios”.*

Al respecto, basta mencionar que en el **Oficio No. E-00022-2018004451 del 24 de mayo de 2018**, la entidad demandada señaló que el centro hospitalario al momento de liquidar los aportes parafiscales incluyó los recargos nocturnos, dominicales y/o festivos, dando aplicación a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y al parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 89 de 1988.

Ahora bien, en criterio de esta juzgadora, si hubo o no un menor aporte por parafiscales, es un aspecto que debe ser debatido entre la entidad empleadora, para el caso el Hospital Militar y el/ los destinatarios de los mismos, siendo que la parte actora no se vería afectada ni beneficiada por dicha circunstancia.

### **5.3.9. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993.**

En lo concerniente al pago de los intereses establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010<sup>13</sup>, señaló:

*“(...) Esta Corporación ha venido sosteniendo desde tiempo atrás que recibir la indexación de las sumas adeudadas y además los intereses moratorios constituye un doble pago, puesto que ambas sanciones tienen la misma virtualidad, vale decir, la de recuperar el valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el correspondiente a los reajustes del I.B.L. Por consiguiente, el reconocimiento de la indexación y de intereses moratorios por el mismo concepto no se compadece con el principio de derecho que censura el enriquecimiento sin justa causa y que daría lugar a la procedencia de la actio in rem verso, como hizo notar el recurrente demandado (...)*” (Resaltado fuera de texto original).

De conformidad con la norma transcrita estima el Despacho que no hay lugar al pago de los intereses por mora solicitados por la parte actora, teniendo en cuenta que se ordenará la indexación de los valores reconocidos, lo cual constituiría un doble pago de la misma naturaleza.

### **5.4. Prescripción del reconocimiento y pago de los recargos dominicales y festivos y de los aportes al sistema de seguridad social.**

El Despacho estudiará la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, señalando que el artículo 77 del Decreto 2701 de 1988, ha

<sup>13</sup> Sección Segunda- Subsección “B” M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 08001-23-31-000-2007-00732-01 (2734-08)

previsto que opera este fenómeno jurídico en el término de cuatro años (4), contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se hace exigible, el cual se interrumpe con el reclamo escrito del trabajador.

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de los recargos dominicales y festivos, se hizo exigible a partir del **31 de diciembre de 2013**, dado que para esa fecha no remuneró en su integridad la labor prestada por la demandante en dichos días, quien formuló reclamación administrativa el **17 de abril de 2018**, de donde se desprende que los recargos causados con anterioridad al **17 de abril de 2014**, se encuentran prescritos y así habrá de declararse.

Expuesto lo anterior, se ordenará al Hospital Militar Central, reliquidar y pagar la diferencia que resulte a favor de la señora Doris Janneth Chaparro Barón, sobre **135 horas** de recargos dominicales y festivos que laboró, correspondiente al 100% que dejó de sufragar, por el periodo comprendido entre el **17 de abril de 2014 y el 31 de diciembre de 2018**, por prescripción cuatrienal.

De otra parte, frente a los aportes al Sistema de Seguridad Social, se precisa que debido a que repercuten en el derecho a devengar una pensión acorde a la realidad laboral, estos son **imprescriptibles**<sup>14</sup>; sin embargo, el apoderado de la entidad demandada, al momento de alegar de conclusión, manifiesta que debe darse aplicación a la prescripción que se predica de las contribuciones parafiscales, en virtud de la sentencia proferida el 26 de marzo de 2009, por el H. Consejo de Estado que se ocupó de citar.

Al respecto, vale la pena aclarar que mientras el derecho pensional **esté en formación**, la acción para reclamar los aportes al Sistema de Seguridad Social no se extingue por el transcurso del tiempo, pues, precisamente, a partir del momento en que se consolida el reconocimiento de la prestación es que se hace exigible<sup>15</sup>, caso que no se presenta en el *sub examine* y, por ende, no es dable

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, demandante: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Municipio De Ciénaga De Oro (Córdoba)

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, providencia del 14 de marzo de 2018, M. P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, SL738-2018, Radicación No. 33330, demandante Alberto Rondón Cubillos, demandado: Instituto de Seguros Sociales y Bancolombia.

dar aplicación al Estatuto Tributario.

En consecuencia, **se declarará probada parcialmente la excepción de prescripción** propuesta por el apoderado del Hospital Militar Central, dado que tiene vocación de prosperidad, respecto de los recargos dominicales y festivos generados con antelación al **17 de abril de 2014**.

#### **5.6. Costas.**

Se advierte que, si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que, en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO.-** Declarar la nulidad parcial de los Oficios **Nos. E-00022-2018004451 del 24 de mayo de 2018 y E-00022-2018007155 del 17 de agosto de la misma anualidad**, a través de los cuales la entidad demandada le negó a la actora el reajuste y pago de los recargos dominicales y festivos, así como de los aportes al sistema de seguridad social, con la inclusión de dichos factores y de los recargos nocturnos que laboró.

**SEGUNDO.-** Declarar **PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción propuesta por el apoderado del Hospital Militar Central, respecto de los recargos dominicales y festivos causados por la demandante, con antelación al **17 de abril de 2014**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

**TERCERO.-** A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al HOSPITAL MILITAR CENTRAL, reliquidar y pagar la diferencia que resulte a favor de la señora DORIS JANNETH CHAPARRO BARÓN, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.703.853 de Bogotá, sobre **135 horas** de recargos dominicales y festivos que laboró, correspondiente al 100% que dejó de

sufragar, por el periodo comprendido entre el **17 de abril de 2014 y el 31 de diciembre de 2018**, por prescripción cuatrienal.

**CUARTO.-** ORDENAR al HOSPITAL MILITAR CENTRAL que **EFFECTÚE** los aportes al Sistema General de Seguridad Social, a favor de la señora DORIS JANNETH CHAPARRO BARÓN, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.703.853 de Bogotá, con la inclusión de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos en que prestó sus servicios, a partir del **1 de enero de 1997 hasta el 30 de abril de 2018** y **REAJUSTAR** las cotizaciones sobre los recargos dominicales y festivos que laboró, correspondientes al 100% que dejó de sufragar, por el periodo comprendido entre el **1 de mayo de 2018 y el 31 de diciembre de la misma anualidad**, previo descuento de los valores que están a cargo del trabajador, según los porcentajes establecidos en la Ley.

**QUINTO.-** CONDENAR al HOSPITAL MILITAR CENTRAL a pagar a la señora DORIS JANNETH CHAPARRO BARÓN, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.703.853 de Bogotá, las diferencias que resulten entre las cantidades liquidadas en los términos ordenados en los numerales que anteceden y las sumas canceladas por concepto de los recargos, con los reajustes anuales de ley; sumas éstas que deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de las diferencias de los recargos, en los periodos que efectivamente prestó sus servicios, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada recargo, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

**SEXTO.-** Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

**SÉPTIMO.-** Sin costas a cargo del HOSPITAL MILITAR CENTRAL.

**OCTAVO.-** A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses, de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

**NOVENO.-** Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

**DÉCIMO.-** La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**DÉCIMO PRIMERO.-** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y Cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ**  
**JUEZ**

<p>JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado</p>
<p>La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 021, de hoy 20 de agosto de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.</p>
 <small>LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría</small>

**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez**  
**Juez**  
**018**  
**Juzgado Administrativo**  
**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:

**6c580ef168f14cd28f8824e9a80cc25ec401686d7910228d7c344aa91be57e88**

Documento generado en 19/08/2021 12:54:53 PM

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.  
Expediente: 11-001-33-35-018-2018-00544-00*

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**JUZGADO DIECIOCHO DE ORALIDAD ADMINISTRATIVO**  
**DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D. C.**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00093-00**  
**Demandante: MIRIAM ROSALBA SÁNCHEZ RUEDA**  
Demandados: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA  
NACIONAL  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **MIRIAM ROSALBA SÁNCHEZ RUEDA**, identificada con cédula de ciudadanía número 41.489.514 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1. PRETENSIONES.**

Las pretensiones de la demanda fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 25 de mayo de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellas se remite el Despacho.

**1.2. HECHOS.**

Para sustentar las pretensiones el apoderado de la parte demandante alude a los siguientes hechos:

**1.2.1.** Mediante la Resolución No. 2578 del 21 de julio de 1987, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le reconoció al señor Mario Álvarez Ruiz (q. e. p. d.), la asignación mensual de retiro, quien ostentaba la calidad de Agente.

**1.2.2.** El señor Mario Álvarez Ruiz (q. e. p. d.) convivió en unión libre con la señora Miriam Rosalba Sánchez Rueda, de manera ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa durante los últimos 12 años de su vida, hasta el día de su fallecimiento.

**1.2.3.** La señora Miriam Rosalba Sánchez Rueda siempre dependió económicamente de su compañero permanente.

**1.2.4.** Según el Registro Civil de Defunción, expedido por la Notaría Diecisiete del Circulo de Bogotá, el mencionado Agente ® falleció el 17 de septiembre de 1989.

**1.2.5.** Al fallecimiento del señor Mario Álvarez Ruiz (q. e. p. d.), se presentaron a reclamar la prestación la señora Miriam Rosalba Sánchez Rueda, en calidad de compañera permanente, así como los señores Florentino Álvarez Monsalve y Socorro Ruiz De Álvarez, en calidades de progenitores del causante.

**1.2.6.** Para la época de los hechos la demandante allegó a CASUR las declaraciones juramentadas rendidas por las señoras Flor Lucy Castillo y Ana Lucila Blanco De Téllez ante autoridad competente, con el fin de demostrar la convivencia y dependencia económica.

**1.2.7.** A través de la Resolución Mo. 1266 del 17 de abril de 1990, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, le negó a la demandante el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro reclamada, al señalar que, el artículo 130 del Decreto 097 de 1989, norma vigente para la fecha de los hechos, no contempla a la compañera permanente dentro del orden de beneficiarios y reconoció la prestación a los progenitores del causante, en cuantía del 50%, para cada uno.

**1.2.8.** Por medio de la Resolución No. 1945 del 29 de marzo de 1999, la entidad demandada acreció el 50% que percibía el señor Florentino Álvarez Monsalve, a favor de la señora Socorro Ruiz De Álvarez, quedando ésta última con el 100% de la prestación, a partir del 8 de junio de 1998, por fallecimiento del primero.

**1.2.9.** Según la certificación expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, la cédula de ciudadanía No. 21.169.828, correspondiente a la señora Socorro Ruiz De Álvarez, fue cancelada por muerte, en virtud de lo dispuesto en la Resolución No. 6646 del 21 de septiembre de 2009.

**1.2.10.** Mediante escrito del 7 de diciembre de 2015, reiterado el 26 de agosto de 2017, la demandante le manifestó a CASUR que la Constitución Política de 1991 y la ley, amparaban los derechos prestacionales de las compañeras permanentes, poniéndolas en igualdad de condiciones a las cónyuges y solicitó copia del expediente prestacional del causante.

**1.2.11.** A través del Oficio No. 263843 del 14 de septiembre de 2017, la entidad demandada le negó a la actora la expedición de copias del expediente administrativo del causante, por considerar que ostentaba la connotación de reservado y en relación al derecho prestacional, informó que: *“... revisado el expediente administrativo del extinto AG (R), se constató que esta entidad negó la sustitución de asignación mensual de retiro a la señora peticionaria”*.

**1.2.12.** Por medio de escrito del 3 de mayo de 2018, la hoy demandante nuevamente le solicitó a CASUR el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro, allegando nuevas declaraciones juramentadas rendidas por los señores Rafael Antonio Salamanca Sierra, Stella Torres Ardila y Yolima González Martínez, las cuales demuestran la convivencia llevada a cabo hasta el día de la muerte del causante y la dependencia económica.

**1.2.13.** Mediante el Oficio No. 354266 del 3 de septiembre de 2018, la entidad demandada le informó que con la Resolución No. 1266 del 17 de abril de 1990 y con fundamento en el Decreto 097 de 1989, le negó el derecho a la prestación, sin dar respuesta de fondo a las pretensiones incoadas, con fundamento en las nuevas disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales invocadas, por lo tanto, se configuró el silencio administrativo negativo y el acto administrativo presunto o ficto.

**1.2.14.** La última unidad donde prestó sus servicios el fallecido compañero permanente de la actora, fue el Departamento de Policía

Cundinamarca – DECUN, según figura en la Hoja de Servicios No. 0991 del 4 de marzo de 1987.

**1.2.15.** La demandante nació el 3 de mayo de 1950 y para la fecha de presentación de la demanda tiene más de 68 años de edad, en consecuencia, es una persona de la tercera edad y además padece de quebrantos de salud propios, lo que le dificulta ejecutar cualquier labor u oficio que le permita un vínculo laboral para poder cubrir sus necesidades básicas, por lo que depende exclusivamente de la ayuda que le proporciona su familia con lo que medianamente sufragar sus gastos básicos, razón por la cual requiere de especial y oportuna atención del Estado, ya que por sus escasos recursos está poniendo en peligro su salud y su vida.

## **II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.**

La parte actora estima desconocidos el preámbulo y los artículos 4, 6, 11, 13, 29, 42 y 53 de la Constitución Política, así como los artículos 10 de la Ley 1437 de 2011 y 11 del Decreto 4433 de 2004, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Afirmó que pese a que el artículo 130 del Decreto 097 de 1989, no contempla a la compañera permanente entre los beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro, lo cierto es que el artículo 42 de la Constitución Política de 1991, protege la institución familiar surgida tanto del vínculo matrimonial como de la relación marital de hecho, razón por la cual, le asiste el derecho a su disfrute en las mismas condiciones que le corresponden a la cónyuge supérstite, aspecto que fue objeto de pronunciamiento por parte de la H. Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en la sentencias que se ocupó de citar.

Precisó que tal derecho se consagró en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que enlistó a la compañera permanente, en el orden de beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro, efecto para el cual, se debe acreditar la convivencia con el causante no menos de 5 años continuos, anteriores a su muerte, aspecto que se encuentra demostrado en el plenario.

Refirió que de los medios probatorios obrantes en el expediente se encuentra demostrado que la demandante mantuvo una convivencia real y efectiva con el señor Agente ® Mario Alvarez Ruiz (q. e. p. d.), durante más de doce años, caracterizándose por su dependencia económica, permanencia, ayuda y socorro mutuo, razón por la cual, a luz de la nueva constitución y de las normas legales y jurisprudenciales, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro que devengaba su extinto compañero permanente.

En ese sentido, refirió que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante el acto ficto, cuya legalidad se cuestiona, incurre en falsa motivación, ya que contrario a los derechos prestacionales que favorecen a las compañeras permanentes, contenidos en la nueva Constitución Política de 1991 y demás normas legales y precedentes jurisprudenciales y a los documentos que obran en el expediente administrativo, solo se limita a manifestar que ya existe un acto administrativo que negó el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro reclamada, sin hacer un análisis razonable y ponderado, con base en la nueva normatividad que le da el derecho a la compañeras permanentes, ya que aplica normas que fueron modificadas.

### **III. CONTESTACIÓN**

Se advierte que, tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 25 de mayo de 2021, no se tuvo en cuenta la contestación del libelo, toda vez que la demanda fue notificada el 2 de marzo de 2020, razón por la cual el plazo para contestarla feneció el 8 de septiembre del mismo año, lapso en el que la entidad demandada guardó silencio.

### **IV. ALEGATOS**

#### **4.1. Parte Demandante**

El apoderado de la demandante, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **27 de julio de 2021**, solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en el concepto de

violación del libelo, señalando que de los medios probatorio obrantes en el plenario se encuentra acreditada la relación de pareja de la demandante con el señor Mario Ruiz Álvarez (q. e. p. d.), por más de 10 años, hasta el momento de su deceso, esto es, el 17 de septiembre de 1989 y la convivencia o dependencia económica está demostrada con los testimonios que fueron recepcionados en el *sub examine*, quienes manifestaron que el causante la tenía afiliada a sanidad de la Policía y en los momentos de enfermedad, esta acudía al servicio de salud que ofrecía dicha institución.

Afirmó que a partir de la expedición de la Constitución de 1991 y normas legales posteriores, las compañeras permanentes adquirieron derechos pensionales en igualdad de condiciones al de las cónyuges, entre ellos, el derecho a la sustitución de asignación de retiro, cambios que pasó por alto la entidad demandada al insistir en la aplicación de una norma de menor jerarquía que contenía desigualdad frente a los beneficiarios de la sustitución pensional del personal de la Policía Nacional.

Sostuvo que la fecha de nacimiento de la demandante data del 3 de mayo de 1950, razón por la cual, a la fecha cuenta con más de 71 años de edad, lo que la ubica como una persona de la tercera edad, sujeto de especial protección constitucional y legal, a quien le es imposible ejecutar cualquier labor u oficio, para poder generar ingresos y llevar una vida digna.

#### **4.2. Parte demandada**

Advierte el Despacho que no se tendrá en cuenta el escrito de alegatos de conclusión presentado por la apoderada de la parte demandada, toda vez que el auto que corrió traslado para dicho efecto, fue notificado en la audiencia de testimonios llevada a cabo el **13 de julio de 2021**<sup>1</sup>, razón por la cual, la parte demandada tenía hasta el **28 del mismo mes y año, dentro**

---

<sup>1</sup> Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. “Artículo 202. Notificación en audiencias y diligencias o en estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública o en el transcurso de una diligencia se notificará en estrados y las partes se considerarán notificadas aunque no hayan concurrido”.

**de la hora judicial**<sup>2</sup>, para alegar de conclusión, actuación que se presentó el referido día a las **11:52 p.m.**<sup>3</sup>, esto es, de forma extemporánea.

#### **4.3. Ministerio Público.**

Se advierte que el señor Agente del Ministerio público no rindió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:**

Obran en el expediente los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

**5.1.1.** Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Miriam Rosalba Sánchez Rueda, en la que se evidencia que nació el 3 de mayo de 1950.

**5.1.2.** Certificado de Ingresos y Retenciones diligenciado por el señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.) para el año gravable de 1986, en el que incorporó que **como personas a cargo tenía a la señora Miriam Rosalba Sánchez Rueda**, señalando como parentesco **esposa**.

**5.1.3.** Hoja de Servicios No. 0991 del 4 de marzo de 1987, contentiva del tiempo de servicios que prestó el señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.) en la Policía Nacional, los haberes que devengó y sus datos personales, plasmándose que nació el 22 de julio de 1949 y su estado civil era **soltero**.

**5.1.4.** Resolución No. 2578 del 21 de julio de 1987, por medio de la cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, **le reconoció la asignación de retiro al señor Mario Álvarez Ruíz** (q. e. p. d.).

---

<sup>2</sup> Código General del Proceso. “Artículo 109. Presentación y trámite de memoriales e incorporación de escritos y comunicaciones. (...) Los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes del cierre del despacho del día en que vence el término” -negrita del Despacho-.

<sup>3</sup> Se tiene en cuenta el día siguiente dado que fue enviado el “28 de julio de 2021 **11:52, p.m.**” – negrita y subrayado del Despacho-.

**5.1.5.** Registro Civil de Defunción No. 234528, expedido por la Superintendencia de Notariado y Registro, en el que consta que el señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.) falleció el **17 de septiembre de 1989**.

**5.1.6.** Declaraciones rendidas el 5 de octubre de 1989, por las señoras Flor Lucy Castillo y Ana Lucila Blanco de Téllez, ante la Juez Diecisiete (17) Civil Municipal de Bogotá.

**5.1.7.** Resolución No. 1266 del 17 de abril de 1990, a través de la cual CASUR sustituyó a los señores Florentino Álvarez Monsalve y Socorro Ruiz de Álvarez (q. e. p. d.), la asignación de retiro que en vida disfrutó el señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.), en su calidad de padres del causante, distribuida en partes iguales y le negó el reconocimiento de la prestación a la señora Miriam Rosalba Sánchez Ruíz, al sostener que el artículo 130 del Decreto 097 de 1989, no establecía como beneficiaria a la compañera permanente.

**5.1.8.** Resolución No. 1945 del 29 de marzo de 1999, mediante la cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, extinguió la cuota de sustitución de asignación mensual de retiro otorgada al señor Florentino Álvarez Monsalve (q. e. p. d.), equivalente al 50% de la prestación que devengaba el fallecido Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.) y acrecentó la porción que por el mismo concepto correspondía a la señora Socorro Ruiz de Álvarez (q. e. p. d.).

**5.1.9.** Registro Civil de Defunción No. 5575912, expedido por la Registraduría Nacional de Registro Civil, en el que consta que la señora Socorro Ruiz (q. e. p. d.) falleció el **13 de junio de 2008**.

**5.1.10.** Declaraciones juramentadas rendidas el 23 de agosto de 2017, por los señores Rafael Antonio Salamanca Sierra y Stella Torres Ardila, ante el Notario 68 del Círculo de Bogotá.

**5.1.11.** Declaración juramentada llevada a cabo el 24 de octubre de 2017, ante la Notaria 59 del Círculo de Bogotá, por la señora Yolima González Martínez.

**5.1.12.** Escrito del **3 de mayo de 2018**, por medio de la cual la demandante, a través de apoderado, le solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro, que fue otorgada al señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.), en calidad de compañera permanente.

**5.1.13. Oficio No. E-02868-201817733 del 3 de septiembre de 2018**, por medio del cual el Subdirector de Prestaciones Sociales de CASUR, señaló que por la Resolución No. 1266 del 17 de abril de 1990, la entidad le negó a la demandante el reconocimiento de la prestación solicitada en el escrito que antecede y mediante el Oficio No. 3692 del 18 de noviembre de 1996, dio respuesta en similar sentido a la peticionaria.

**5.1.14.** Declaración juramentada rendida por la actora ante la Notaria 59 del Círculo de Bogotá el 1 de febrero de 2019, en la que manifestó que desde el año 1977, vivió en unión marital del hecho con el señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.), compartiendo techo, lecho y mesa hasta el día de su fallecimiento. Así mismo, afirmó que no labora y tampoco es pensionada y que dependía económicamente de su compañero para sus gastos y necesidades.

**5.1.15.** Registro fotográfico alusivo a la convivencia de los señores Miriam Rosalba Sánchez Rueda y Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.).

**5.1.16.** Expediente administrativo del señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.), contentivo, entre otros documentos, de los siguientes:

- Hoja de servicios.
- Acto administrativo de reconocimiento de asignación de retiro y liquidación.
- Registro civil de defunción.
- Solicitud elevada por la demandante ante el Juzgado Diecisiete (17) Civil Municipal de Bogotá, orientada a que se hiciera comparecer a las señoras Ana Lucila Blanco de Téllez y Flor Lucy Castillo, para que bajo la gravedad de juramento declaren sobre lo que les constaba frente a la convivencia que mantuvo con el señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.).

- Declaraciones rendidas el 5 de octubre de 1989, por las señoras Flor Lucy Castillo y Ana Lucila Blanco de Téllez, ante la Juez Diecisiete (17) Civil Municipal de Bogotá
- Escrito del **25 de octubre de 1989**, por medio del cual la demandante le solicitó a CASUR el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro que en vida disfrutó el causante.
- Acto de otorgamiento de sustitución de asignación de retiro a favor de los padres, donde se negó el reconocimiento a la actora.
- Certificado de Registro Civil de Defunción del padre del causante, esto es, del señor Florentino Alvarez Monsalve, en el que consta que falleció el **8 de junio de 1998**.

## **5.2. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 25 de mayo de 2021, los problemas que ocupan la atención del Despacho consiste en determinar: **i)** si se configuró el silencio administrativo frente a la petición formulada por la demandante el 3 de mayo de 2018 y **ii)** si la actora tiene o no derecho a que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional le reconozca y pague la sustitución de la asignación mensual de retiro que devengaba el extinto Agente ® Mario Álvarez Ruiz (q. e. p. d.), a partir de la fecha en que dejó de cobrarla su progenitora, esto es, la señora Socorro Ruiz de Álvarez (q. e. p. d.).

## **5.3. Del silencio de la administración.**

El apoderado de la parte actora depreca la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la administración frente a la petición formulada el **3 de mayo de 2018**, mediante la cual la señora Miriam Rosalba Sánchez Rueda pretende el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación mensual de retiro de la que era beneficiario el extinto Agente ® Mario Álvarez Ruiz (q. e. p. d.), al sostener que le asiste el derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada por la actora, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

**“Artículo 83. Silencio Negativo.** *Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.*

(...)”.

Lo anterior, obedece a que, mediante el oficio No. E-02868-201817733 del 3 de septiembre de 2018, el Subdirector de Prestaciones Sociales de CASUR, señaló que por la Resolución No. 1266 del 17 de abril de 1990, la entidad le negó a la demandante el reconocimiento de la prestación solicitada en el escrito que antecede, dando aplicación a lo dispuesto en el Decreto 097 de 1989, norma que se encontraba vigente para el momento del fallecimiento del causante, de manera tal, que no se pronunció de fondo, frente a la reclamación efectuada por la actora el 3 de mayo de 2018, pues en momento alguno hizo alusión a si tenía derecho a ser beneficiaria de la prestación, al tenor de lo estipulado en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, aspecto sobre el cual recayó su solicitud.

### **5.3.1. La naturaleza y finalidad de la sustitución de asignación de retiro.**

Tanto en sede contenciosa como en tutela, se ha definido la naturaleza y finalidad de la sustitución de la asignación de retiro como *“una prestación económica **cuya finalidad es asimilable a la de la pensión de sobrevivientes** reconocida en el Sistema General de Pensiones”*, encargada de *“proteger a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte. Ese cometido, hace de la pensión de sobrevivientes un instrumento cardinal para la protección del derecho al mínimo vital de quienes son potenciales beneficiarios, en los términos de ley. Así, para solicitar el reconocimiento del derecho a la sustitución de la asignación de retiro, deberá acreditarse la condición de beneficiario de acuerdo con lo preceptuado en las normas legales y*

*reglamentarias que regulan el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública. Por lo anterior, para establecer quién puede ser beneficiario de la sustitución de tal asignación en el caso concreto, se deberá acudir al artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, de conformidad con la remisión establecida en el artículo 40 de la misma norma”<sup>4</sup>.*

En este sentido, los principios de justicia retributiva y de equidad, son los que justifican que las personas **que hacían parte del núcleo familiar del trabajador**, tengan derecho a acceder a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y de orfandad, gozando *post mortem* del estatus laboral de este<sup>5</sup> (Negrilla fuera del texto original).

A partir de estas consideraciones, en torno a la **sustitución pensional y pensión de sobrevivientes**, la Corte Constitucional ha identificado en sus pronunciamientos tres principios cardinales que la fundamentan, así:<sup>6</sup>

*“(i) **principio de estabilidad económica y social** para los allegados del causante, de acuerdo con el cual “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”; (ii) **principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados**, en cuanto la prestación en comento se otorga en favor de ciertas personas que sostuvieron una relación afectiva, personal y de apoyo con el asegurado y; (iii) **principio de universalidad del servicio público de seguridad social**, “toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante.” (Negrillas fuera del texto original).*

Por su parte, el Consejo de Estado también se ha ocupado de referirse a la naturaleza jurídica y finalidad de dicha prestación. Así, en sentencia del 11 de abril de 2018, se pronunció en los siguientes términos:<sup>7</sup>

“(…)

---

<sup>4</sup> Sentencia T-802 del 21 de octubre de 2011.

<sup>5</sup> Ver: Sentencias T-190 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>6</sup> Sentencia T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

<sup>7</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. C.P. Dra. Sandra Lizzet Ibarra Vélez, expediente 2012-01702 (número interno 1646-2017) demandante: Eufemia Lara Palencia. Demandado: Ministerio de Educación Nacional.

27. La muerte constituye una contingencia prevista en el sistema de seguridad social, en cuanto a que la ausencia definitiva de la persona que atendía el sostenimiento del grupo familiar, dejaría en situación de desamparo a sus integrantes.

28. Con la finalidad de atender dicha contingencia derivada de la muerte, el legislador ha previsto la pensión de sobrevivientes cuya finalidad, no es otra que suplir la ausencia repentina del apoyo económico que brindaba el pensionado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación.

**29. El Consejo de Estado se refirió a la institución jurídica de la sustitución pensional así:**

“...en el sistema jurídico colombiano de la sustitución pensional, rige el postulado de la igualdad entre cónyuges y compañeros o compañeras permanentes. **Nuestra ley en esta materia acogió un criterio material referido a la convivencia de la pareja al momento de la muerte y no tanto al del vínculo matrimonial para indicar quién tiene derecho a gozar de la pensión en caso de muerte del titular** <sup>(10)</sup>”. (Negrillas de la Sala).

30. La Corte Constitucional por su parte ha establecido dos importantes subreglas en materia de pensión de sobrevivientes, por un lado, que:

“el propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes, **es la de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte.** Concretamente, la pensión busca que “ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento. Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte, la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria <sup>(11)</sup> ”.

31. En segundo lugar y en lo que tiene que ver con los requisitos para el acceso a la pensión de sobrevivientes dijo que:

**“El objetivo fundamental perseguido es el de proteger a la familia.** En efecto, la circunstancia de que el cónyuge o compañero permanente del causante deban cumplir ciertos (sic) exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivientes, constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar. También busca favorecer económicamente a aquellos matrimonios y uniones permanentes de hecho **que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de continuidad;** pero también, que dicha disposición intenta amparar el patrimonio del pensionado, de posibles maniobras fraudulentas realizadas por personas que, con la falsa motivación de instituir una vida marital responsable y comprometida, sólo pretenden derivar un beneficio económico de la transmisión pensional.” <sup>(12)</sup> (Negrilla fuera del texto original)

### **5.3.2. De los beneficiarios del derecho al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro.**

Respecto a los beneficiarios de la sustitución de la asignación de retiro, el artículo 130 del Decreto 97 de 1989, “*Por el cual se reforma el estatuto de carrera de Agentes de la Policía Nacional*”<sup>8</sup>, indicó:

**“Artículo 130. ORDEN DE BENEFICIARIOS.** *Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión, se pagarán según el siguiente orden preferencial:*

*a) La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley;*

*b) Si no hubiere cónyuge sobreviviente la prestación se dividirá por partes iguales entre los hijos;*

*c) A falta de hijos las prestaciones corresponden al cónyuge;*

*d) Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, las prestaciones se dividirán entre los padres, así:*

*--Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación los padres.*

*--Si el causante es hijo adoptivo pleno, la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.*

*--Si el causante es hijo adoptivo simple, la prestación se dividirá proporcionalmente entre los padres adoptantes y los padres de sangre.*

*--Si el causante es hijo extramatrimonial la prestación se dividirá en partes iguales entre los padres.*

*--Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción plena, la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptivos en igual proporción.*

*--Si no concurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén, a los hermanos menores de edad del Agente.*

*--Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.*

*--A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuge, la prestación corresponderá a la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional.*

---

<sup>8</sup> Vigente para la fecha de deceso del causante.

De la normatividad en cita, se concluye que, entre los beneficiarios de las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro, no se encontraba el compañero o compañera permanente supérstite que conviviera con el causante para el momento de su fallecimiento.

Posteriormente, el Decreto 1213 de 1990, “*Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional*”, derogó en su integridad el Decreto 97 de 1989, en cuyo artículo 30, señaló:

**“ARTICULO 130. Muerte en goce de asignación de retiro o pensión.** *A la muerte de un Agente de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el presente Estatuto, tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía gozando el causante.*

(...)

**PARÁGRAFO 2o.** *Si el Agente muriere sin haber cobrado sus prestaciones sociales por retiro, éstas se cancelarán en el orden de beneficiarios establecido en este Estatuto”* (negrita y subrayado del Despacho).

Por su parte, el artículo 131 *ejusdem*, indicó:

**“Artículo 131. Extinción de pensiones.** *A partir de la vigencia del presente Decreto, las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un Agente de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión policial, se extinguirán ~~para el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital~~ y para los hijos por muerte, ~~matrimonio~~, independencia económica, o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo los hijos inválidos absolutos cuando hayan dependido económicamente del Agente. La extinción se irá decretando a partir de la fecha del hecho que la motive y por la cuota parte correspondiente. La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de éstos entre sí, y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá derecho a acrecimiento”.*

Ahora bien, mediante la Sentencia C-182 de 1997<sup>9</sup>, proferida por la Honorable Corte Constitucional, se declaró inexecutable las expresiones “*para el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital y*”,

---

<sup>9</sup>Sentencia C-182 del 10 de abril de 1997, M. D. Hernando Herrera Vergara, acciones públicas de inconstitucionalidad contra los artículos 188 (parcial) del Decreto 1211 de 1990, 174 (parcial) del Decreto 1212 de 1990, 131 (parcial) del Decreto 1213 de 1990 y 125 (parcial) del Decreto 1214 de 1990.

contenidas en el artículo 131 del Decreto 1213 de 1990, por considerar lo siguiente:

*“En los preceptos acusados se establece como causal de extinción de las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, de un Agente de esta institución o de los empleados civiles del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional, en servicio activo o en **goce de asignación de retiro** o pensión, el hecho de que “el cónyuge contraiga nuevas nupcias o haga vida marital”.*

*Lo anterior configura una condición resolutoria del derecho pensional, que no se encuentra consagrada para los trabajadores cobijados por el Sistema Integral de Seguridad Social previsto en la Ley 100 de 1993, presentándose por consiguiente un tratamiento abiertamente desigual, con respecto a los mismos servidores del Estado.*

*De la lectura de las normas contenidas en el Capítulo IV, Título II, Libro Primero de la ley 100 de 1993, artículos 46 y siguientes, no se encuentra que se haga referencia en manera alguna a la extinción de esta pensión, frente a la circunstancia de que el cónyuge del empleado fallecido contraiga posteriormente nuevas nupcias o haga vida marital. Dichos preceptos se encargan de señalar los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el monto y su indemnización sustitutiva, así como la garantía de la pensión mínima y su financiación. No se indica nada respecto a las circunstancias por las cuales se pierde el derecho a disfrutar de la citada pensión, de donde cabe inferir que sus beneficiarios tendrán un derecho vitalicio para gozar de dicha prestación social.*

*Por consiguiente, al realizar una simple confrontación entre los preceptos acusados, contenidos en los Decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, y que conforman uno de los denominados regímenes excepcionales al tenor del inciso 1o. del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y aquellos consagrados en los artículos 46 y siguientes de esta misma ley, respecto a la pensión por fallecimiento o pensión de sobrevivientes, surge una clara, abierta y ostensible violación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, al establecerse un privilegio para aquellos beneficiarios que han optado por mantenerse en estado de viudez, frente a quienes deciden contraer nuevas nupcias o hacer vida marital.*

*Así entonces, la condición resolutoria aludida, contenida en los preceptos **acusados resulta contraria al ordenamiento constitucional, pues coloca sin razón válida en una situación de desventaja y desfavorable a los destinatarios del régimen excepcional consagrado en los decretos mencionados**, frente a aquellos cobijados por la Ley 100 de 1993, para quienes no se extingue por dicha circunstancia la pensión de sobrevivientes.*

***En criterio de la Corporación, no existe razón valedera que justifique constitucional ni legalmente dicha diferenciación, entre personas colocadas en una misma situación fáctica -la muerte o el fallecimiento del trabajador, afiliado o pensionado-, ya que todos los beneficiarios de la pensión tienen el mismo derecho a gozar de la misma, sin que circunstancias de orden personal y de su fuero interno, como lo es la decisión individual de contraer***

**nuevas nupcias o hacer vida marital, puedan dar lugar a ese tratamiento discriminatorio, expresamente prohibido en el artículo 13 de la Carta Fundamental.**

(...)

*Cabe destacar que el criterio referente al cambio del estado civil utilizado en los preceptos sub-exámene como causal de extinción de la pensión por fallecimiento o de sobrevivientes, contraer nuevas nupcias o hacer vida marital, fue analizado por esta Corporación, en la sentencia No. C-588 de 1992, en virtud de la cual se expresó:*

*"Toda persona, en ejercicio de su libertad, debe poder optar sin coacciones y de manera ajena a estímulos establecidos por el legislador, entre contraer matrimonio o permanecer en la soltería.*

*Para la Corte Constitucional no cabe duda de que en esta materia el precepto impugnado sí discrimina, pues consagra un privilegio de la mujer soltera sobre la casada y de la unión de hecho sobre el matrimonio; más aún, se le reconocen los beneficios a condición de nunca haberlo contraído. Esto representa una flagrante violación de lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta e implica el desconocimiento del 16 Ibídem que garantiza a todo individuo el libre desarrollo de su personalidad."*

**Las anteriores consideraciones resultan aplicables al presente asunto, ya que la expresión acusada al consagrar como condición resolutoria del derecho pensional, el mantenimiento del estado civil después del fallecimiento del cónyuge, vulnera igualmente el derecho constitucional fundamental al libre desarrollo de la personalidad, que se traduce en la libertad de opción y de toma de decisiones de la persona, siempre que no se alteren los derechos de los demás y el orden jurídico.**

(...)

*Por lo tanto, la expresión acusada no se ajusta al ordenamiento constitucional por cuanto vulnera los mencionados derechos fundamentales, consagrando un tratamiento discriminatorio e inequitativo con respecto a las personas que durante su vigencia - desde 1990 hasta la fecha - perdieron el derecho a la pensión sustitutiva o de sobrevivientes, y desconociendo la libre opción al desarrollo que todas las personas tienen de conformar un vínculo natural o jurídico." (Negrita del Despacho).*

Frente a los beneficiarios de las prestaciones sociales por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional, en goce de asignación de retiro o pensión, el artículo 132 del Decreto 1213 de 1990, reiteró los órdenes contemplados en el artículo 130 del Decreto 97 de 1989, omitiendo a las compañeras (os) permanentes.

Luego, con la expedición del Decreto 4433 de 2004, "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la

Fuerza Pública”, se incluyó en el aludido orden a la compañera (o) permanente, así:

**“ARTÍCULO 11. Orden de beneficiarios de pensiones por muerte en servicio activo.** Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y **Agentes de la Policía Nacional**, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:

(...)

**PARÁGRAFO 2°. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge u compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas:**

a) **En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte;**

b) **En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años.** En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante se aplicará el literal anterior.

Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a y b del presente parágrafo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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

De la normatividad y jurisprudencia en cita, se desprende que tienen derecho al reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro, por causa de muerte de un Agente de la Policía Nacional, tanto el cónyuge como el **compañero o compañera permanente supérstite** que conviviera con el causante no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores al momento de su fallecimiento.

### **5.3.3. Del principio de igualdad en materia de sustitución de asignación de retiro.**

El Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A", mediante sentencia del 14 de junio de 2007<sup>10</sup>, respecto al derecho que les asiste a las compañeras/o permanentes para ser beneficiarias de la sustitución pensional, precisó:

*“Ahora bien, como puede observarse, las anteriores disposiciones no señalan dentro del orden de beneficiarios de dicha prestación a la compañera permanente del pensionado fallecido; sin embargo, ha de entenderse que está contemplada en dicho orden, por mandato del artículo 42 de la Constitución Política.*

*A partir de la Constitución Política de 1991, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, en señalar que la nueva Carta estableció un marco jurídico constitucional que reconoce y protege tanto a la familia formada por vínculos legales como a la natural, que se da por la convivencia de la pareja. Esta protección de la familia matrimonial y extramatrimonial se da en todos los campos del derecho: en familia, penal, civil, laboral, etc.*

***En ese sentido no puede ser admisible, entonces, que el régimen especial que rige para los empleados del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional, excluya a las compañeras permanentes como beneficiarias del derecho a la sustitución pensional; pues ello sin lugar a dudas, infringe los artículos 13 y 42 de la Constitución Política, ya que además de que no existe un fundamento objetivo, racional y razonable que justifique la diferencia en el tratamiento de la sustitución pensional, desconoce la protección que la Carta Magna le da a la familia formada por vínculos naturales; es decir por la voluntad responsable de un hombre y una mujer para conformarla***. (Negrilla del Despacho).

---

<sup>10</sup>Sentencia del 14 de junio de 2007, Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección "A", C. P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, expediente No. 25000-23-25-000-1999-06271-01(5214-05), actor Ligia Marulanda Ochoa, demandado Ministerio de Defensa Nacional.

A su vez, la H. Corte Constitucional en sentencia T-307 de 2017<sup>11</sup>, reiterando jurisprudencia en torno al trato discriminatorio que existía con antelación a la promulgación de la Constitución Política, entre la cónyuge y la compañera permanente, señaló que se debe extender en igualdad de condiciones los derechos derivados del vínculo matrimonial a las uniones de hecho, al sostener:

*“... la jurisprudencia de la Corte ha dicho que el derecho a la sustitución pensional **no depende de la clase de vínculo generador de la familia, sino de la relación real de convivencia y afecto que existía entre el fallecido y su beneficiario**<sup>[43]</sup>. En efecto, de la definición de la sustitución pensional como una figura cuya finalidad es la de proteger a la familia del pensionado fallecido (frente al desamparo económico en el que quedaría si no se reconociera tal prestación), se deriva como consecuencia inmediata el que, a la luz del artículo 42 Superior, dicha protección debe otorgarse a todas las formas de configuración familiar existentes, sin discriminación alguna.*

32. **De esta manera, tanto las familias conformadas en virtud de un vínculo matrimonial como las derivadas de una unión marital de hecho, quedan cobijadas por el alcance de dicha figura, sin que sea posible excluir de tal beneficio a los(as) compañeros(as) permanentes de los causantes fallecidos, so pena de infringir el artículo 13 de la Constitución<sup>[44]</sup>. En otros términos, el derecho a la pensión de sobreviviente, puede ser reclamado tanto por los cónyuges como por los compañeros permanentes de los trabajadores pensionados, ya que el concepto de familia comprendido en el artículo 42 de la Constitución, no se refiere a un único tipo de familia.**

*En relación a ello, la **sentencia T-522 de 2011<sup>[45]</sup>, al estudiar el caso de una accionante que solicitaba el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de su compañero permanente que fue pensionado por la Caja de Sueldos de la Policía Nacional en 1988, indicó que“...respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañeros (as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio. Por el contrario, la ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo de la persona fallecida”.***

33. *En este orden de ideas, el vínculo constitutivo de la familia (matrimonio o unión de hecho) es indiferente para efectos del reconocimiento de este derecho. El factor determinante para establecer*

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional sentencia T-307 del 9 de mayo de 2017, M. P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, expediente T-5.945.270, acción de tutela instaurada por Blanca Nieves Silva Arévalo como agente oficiosa de Eudora Arévalo, contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-.

qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es “(...) el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes”<sup>[46]</sup>.

34. **Por otra lado, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, a pesar de que antes de la promulgación de la Constitución de 1991 existían normas que generaban un trato discriminatorio entre cónyuge y compañera permanente, luego de su entrada en vigencia la concepción cambió por completo, para pasar a reconocer que todos aquellos derechos derivados del vínculo matrimonial, también se extienden a las uniones de hecho<sup>47</sup>. En este sentido, las entidades administradoras de pensiones, no están habilitadas legal y jurídicamente, para negar el reconocimiento pensional, con fundamento en que no existe un vínculo matrimonial.**

35. **En otras palabras, la Constitución de 1991 eliminó cualquier trato discriminatorio y desigual que se pudiese generar a partir del reconocimiento de la pensión de sobreviviente para compañeros permanentes y cónyuges.** De esta manera, el Texto Superior determinó con claridad que las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas a través de un vínculo matrimonial, **son aplicables igualmente, a las que conviven sin necesidad de vínculo formal.** De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, se desconoce la norma que equipara las formas de unión (artículo 42 de la C.P) y se quebranta el principio de igualdad ante la ley (artículo 13 C.P), que prescribe el mismo trato en situaciones idénticas<sup>[48]</sup>.

36. **En síntesis, la finalidad de la pensión de sobreviviente es proteger la familia del pensionado fallecido. A partir de la Constitución de 1991, el término de familia se extendió no solo aquellas conformadas por la unión matrimonial, sino también por el la unión de hecho. En este sentido, tanto los cónyuges como los compañeros permanentes se encuentran habilitados y en las mismas condiciones de igualdad para solicitar el reconocimiento y pago de la mencionada acreencia económica”** (negrita y subrayado fuera del texto).

De la jurisprudencia en cita, se colige que aunque la norma vigente al momento del fallecimiento del causante no contemplaba a la compañera permanentes, como beneficiaria de las sustituciones pensionales o de **asignaciones de retiro**, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, dicho aspecto quedó abolido, de modo que, les asiste el derecho a su disfrute en idénticas condiciones, pues se eliminó la desigualdad entre los vínculos generados a partir de uniones maritales y de hecho, toda vez que su conformación devienen con el único fin de constituir una familia, la cual debe ser protegida al momento del fallecimiento de quien percibía la prestación.

Descendiendo al caso bajo estudio, se evidencia que mediante la Resolución No. 2578 del 21 de julio de 1987, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, **le reconoció la asignación de retiro al señor Mario Álvarez Ruíz** (q. e. p. d.), quien para ese momento se encontraba vinculado en la Institución como Agente y falleció el **17 de septiembre de 1989**, según consta en el Registro Civil de Defunción No. 234528, expedido por la Superintendencia de Notariado y Registro.

Igualmente, se acredita que, a través de escrito del **25 de octubre de 1989**, la demandante le solicitó a Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro que en vida disfrutó el causante, petición que fue negada, mediante la **Resolución No. 1266 del 17 de abril de 1990** y, en su lugar, se otorgó su disfrute a los señores Florentino Álvarez Monsalve y Socorro Ruiz de Álvarez (q. e. p. d.), en calidad de padres, prestación que fue distribuida en partes iguales.

Sobre el particular, es menester precisar que, la posición adoptada por la entidad demandada en el referido acto administrativo, obedeció al orden de beneficiarios contenido en el **artículo 130 del Decreto 097 de 1989**, el cual se encontraba vigente para la fecha del deceso del señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.), preceptiva que no establecía derecho alguno en cabeza de la compañera permanente, como beneficiaria de la asignación de retiro del policial que gozaba de la prestación.

Posteriormente, por medio de la **Resolución No. 1945 del 29 de marzo de 1999**, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, extinguió la cuota de sustitución de asignación mensual de retiro otorgada al señor Florentino Álvarez Monsalve (q. e. p. d.), equivalente al 50% de la prestación que devengaba el fallecido Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.), como consecuencia de su fallecimiento y acrecentó la porción que por el mismo concepto correspondía a la señora Socorro Ruiz de Álvarez (q. e. p. d.) quien, según el Registro Civil de Defunción No. 5575912, expedido por la Registraduría Nacional de Registro Civil, falleció el **13 de junio de 2008**.

Ahora bien, a través de escrito del **3 de mayo de 2018**, la demandante nuevamente le solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro, que fue otorgada al señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.), en calidad de compañera permanente, al sostener que es beneficiaria de la prestación, en virtud de lo regulado en el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004.

Al respecto, el Subdirector de Prestaciones Sociales de CASUR, por medio del Oficio No. E-02868-201817733 del 3 de septiembre de 2018, frente a la reclamación efectuada por la actora, manifestó que por la Resolución No. 1266 del 17 de abril de 1990, la entidad le negó el reconocimiento de la prestación.

En ese sentido, advierte el Despacho que pese a que la norma vigente al momento del deceso del señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.), no contemplaba a las compañeras permanentes como beneficiarias de la sustitución de la prestación, lo cierto es que para la fecha en que nuevamente la demandante solicitó el aludido reconocimiento, esto es, el **3 de mayo de 2018**, regía la Constitución Política de 1991, a partir de la cual, se equiparó los derechos de estas frente a las cónyuges para reclamar las prestaciones por las contingencias de muerte, así como el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, normatividad que entre los ordenes de beneficiarios por el deceso del Agente de la Policía Nacional que gozaba de asignación de retiro, estipula, incluyó, a la compañera permanente.

De esta manera, queda claro que existe una falsa motivación en el acto ficto presunto negativo, que se generó por la falta de pronunciamiento de fondo a la petición efectuada el 3 de mayo de 2018, como quiera que las compañeras permanentes tienen derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro, como consecuencia del fallecimiento del Agente que gozaba de la prestación, con el único requisito de acreditar la convivencia con el pensional fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su defunción, para ser beneficiarias de la prestación.

En lo que se refiere a la convivencia marital entre la demandante y el causante, si bien obra en el expediente la Hoja de Servicios No. 0991 del 4 de marzo de 1987, contentiva del tiempo de servicios que prestó el señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.) en la Policía Nacional, en la cual se precisó que su estado civil era **soltero**, lo cierto es que, también se aportó al plenario el Certificado de Ingresos y Retenciones diligenciado por este para el año gravable de 1986, en el que incorporó que **como personas a cargo tenía a la señora Miriam Rosalba Sánchez Rueda**, señalando como parentesco **esposa**.

Así mismo, de la lectura de las declaraciones rendidas el 5 de octubre de 1989, por las señoras Flor Lucy Castillo y Ana Lucila Blanco de Téllez, ante la Juez Diecisiete (17) Civil Municipal de Bogotá, se evidencia que conocían a la demandante, quienes afirmaron, que **convivió bajo el mismo techo** con el señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.), inclusive **hasta el día de su fallecimiento** y que dependía económicamente de este.

Igual consideración le asiste a declaraciones juramentadas rendidas 23 de agosto de 2017, por los señores Rafael Antonio Salamanca Sierra y Stella Torres Ardila, ante el Notario 68 del Círculo de Bogotá, en la que señalaron que conocieron por 5 y 15 años – *respectivamente*, al señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.) y les consta que convivió en unión marital de hecho **en forma permanente e ininterrumpida por 13 años**, esto es, por el periodo comprendido entre los años **1971 y 1989**, con la señora Miriam Rosalba Sánchez Rueda, quien dependía económicamente del causante.

A su turno, de la declaración efectuada el 24 de octubre de 2017, por la señora Yolima González Martínez, ante la Notaria 59 del Círculo de Bogotá, se observa que fue amiga por 10 años del señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.), quien afirma que este vivía **desde hace 13 años en unión marital de hecho con la demandante**, compartiendo lecho y techo hasta el día del deceso del causante y que esta dependía económicamente de su compañero para todos los gastos y necesidades, sucesos que fueron reiterados por la señora Miriam Rosalba Sánchez Rueda en la declaración juramentada que rindió ante la mencionada Notaría, el 1 de febrero de 2019.

Ahora bien, las declaraciones de los señores Flor Lucy Castillo, Stella Torres Ardila y Rafael Antonio Salamanca Sierra, fueron ratificadas ante este Despacho, en la audiencia de testimonios llevada a cabo el 13 de julio de 2021, quienes fueron enfáticos en sostener que la convivencia entre la demandante y el causante fue permanente y que esta dependía económicamente de su compañero.

Al respecto la señora Flor Lucy Castillo, quien, incluso, vivió con la demandante y el causante, afirmó que ellos se conocieron en Topaipí, donde él trabajaba, dado que era Agente de la Policía Nacional y, posteriormente, este fue trasladado a Pacho, a Soacha y a Zipaquirá, lugares en que convivieron juntos, así como en Lagos de Timiza en Kennedy, donde finamente falleció. Así mismo, señaló que tenían una relación “*muy buena*” por **doce o trece años** de forma continua y salían a compartir con sus amigos como lo hace una pareja.

Por su parte, la señora Stella Torres Ardila, quien tuvo una relación de amistad por 12 o 15 años aproximadamente con los señores Miriam Rosalba Sánchez Rueda y Mario Álvarez Ruiz (q. e. p. d.), indicó que tenían una relación de pareja permanente hasta la fecha del fallecimiento del causante.

A su vez, el señor Rafael Antonio Salamanca Sierra, precisó que fue amigo de la actora y del causante entre 15 y 17 años, toda vez que el señor Mario Álvarez Ruiz (q. e. p. d.), fue el padrino de su hija y manifestó que ellos convivían en pareja de forma “*bonita, bien, chévere*”.

Finalmente, los deponentes son coincidentes en sostener que la demandante dependía económicamente del causante, pues este sufragaba los gastos a su cargo y los señores Stella Torres Ardila y Rafael Antonio Salamanca Sierra, aludieron que el Agente ® de la Policía Nacional tenía afiliada a la señora Miriam Rosalba Sánchez Rueda al Sistema de Salud de la Policía, dado que asistía a la Clínica de la Institución.

Ahora bien, valoradas por el Despacho las aludidas declaraciones conforme a la sana crítica, así como las pruebas documentales obrantes en el

expediente, para esta juzgadora, se encuentra suficientemente acreditada la convivencia de la demandante con el causante de forma ininterrumpida por más de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores al momento en que este falleció, razón por la cual, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro que el causante gozó en vida, pues si bien la prestación le fue reconocida inicialmente a los padres de aquél, no puede decirse que al fallecimiento de estos la misma se haya extinguido, pues la compañera permanente se encuentra en el primer orden de beneficiarios, siendo que por una disposición anacrónica, vigente para el momento del deceso de su compañero permanente, se le desconoció dicho derecho.

De otra parte, frente a la permanencia o provisionalidad del disfrute de la prestación, cabe resaltar que el artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, precisó que le asiste el derecho de **forma vitalicia** a la compañera permanente o supérstite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su deceso y **temporalmente** a quien ostente tal calidad y a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (30) años de edad y no haya procreado hijos con este, efecto para el cual, estará condicionada a devengarla por un plazo máximo de 20 años.

Al respecto, de la copia de la cédula de ciudadanía de la señora Miriam Rosalba Sánchez Rueda, se evidencia que nació el **3 de mayo de 1950**, de modo que, para el **17 de septiembre de 1989**, fecha de fallecimiento del señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.), tenía **39 años de edad**, lo que conlleva a que sea beneficiaria de la prestación de forma vitalicia, en la medida que hizo vida marital de hecho con el causante interrumpidamente hasta el día en que falleció, tal como se acreditó, a través de las declaraciones extrajuicio y testimonios recaudados por el Despacho.

Así las cosas, las razones expuestas son suficientes para que este Despacho acceda a las súplicas de la demanda, efecto para el cual se declarará la nulidad parcial de la **Resolución No. 1266 del 17 de abril de 1990** y la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta

de respuesta de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, a la petición radicada bajo el No. **322121 del 3 de mayo de 2018**, a través de los cuales la entidad demandada le negó a la actora el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro que gozó el señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.), pues a través de los cargos formulados se logró demostrar que fueron violatorios de las normas superiores invocadas, desvirtuándose así la presunción de legalidad que los amparaban.

#### **5.4. PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS PENSIONALES**

Procede el Despacho a estudiar de oficio de la excepción de **prescripción** de las mesadas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*, según el cual:

**“ARTÍCULO 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.**

**El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.**

*Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso”* (resaltado fuera del texto original).

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda<sup>12</sup>, al pronunciarse respecto de la legalidad del citado artículo 43, en sentencia del 10 de octubre de 2019, señaló:

“ (...)”

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Expediente: 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015), Demandantes: Anderson Velásquez Santos, Sandra Mercedes Vargas Florián y Álvaro Rueda Celis, Demandada: NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, Tema: Demanda de nulidad contra el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, sobre prescripción trienal de mesadas de asignación de retiro y pensiones de miembros de la Fuerza Pública.

111. Ahora bien, al revisar el término de prescripción trienal señalado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 se observa que este cumple con los parámetros de validez normativa en materia procesal, definidos anteriormente, dado que: i) No vulnera los principios, los criterios, los objetivos o los mínimos previstos en la Ley 923 de 2004; ii) atiende los principios y fines esenciales del Estado; iii) permite la realización material de los derechos sustanciales que el régimen pensional y de asignación de retiro consagra; iv) no vulnera derechos fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública; v) la medida tiene un fin legítimo y constitucionalmente válido, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-072 de 1994, vi) no se observa que la misma desborde los principios de razonabilidad y proporcionalidad, máxime si se tiene en cuenta que la prescripción trienal es la regla general en materia laboral y ese término ha sido considerado válido por el máximo Tribunal Constitucional.

(...)

113. **Conclusión:** El primer inciso del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, que previó un término de prescripción trienal para las asignaciones y pensiones previstas en dicha norma, no fue expedido con vulneración del numeral 11 del artículo 189 ni del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, por haber incurrido en exceso del ejercicio de la potestad reglamentaria al desarrollar la Ley 923 de 2004.

(...)"

Así las cosas, no queda duda que se configura la prescripción de las mesadas que no se hayan reclamado dentro de los tres (3) años anteriores al momento en que se hace efectivo el pago de las mismas, término que se interrumpe con la simple reclamación escrita ante la entidad, pero por un lapso igual, esto es, tres (3) años contados a partir de la solicitud.

De las pruebas aportadas al proceso se establece que la asignación de retiro que le fue otorgada al señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.), fue sustituida a los señores Florentino Álvarez Monsalve y Socorro Ruiz de Álvarez (q. e. p. d.), en calidad de padres, mediante la Resolución No. 1266 del 17 de abril de 1990, disfrutándola el último de ellos hasta el **13 de junio de 2008**, en virtud del fallecimiento de la madre, mientras que la señora Miriam Rosalba Sánchez Rueda, en calidad de compañera permanente, solicitó por última vez el **3 de mayo de 2018**, el reconocimiento de la sustitución de la prestación que en vida disfrutaba el causante, de lo que se concluye que operó el fenómeno prescriptivo frente a las mesadas causadas con anterioridad al **3 de mayo de 2015** y así habrá de declararse.

## **5.5. COSTAS.**

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECIOCHO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.-** Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo, derivado de la falta de respuesta a la petición elevada por la demandante el **3 de mayo de 2018**, ante la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional - CASUR.

**SEGUNDO.-** Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 1266 del 17 de abril de 1990 y la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, a la petición radicada bajo el No. **322121 del 3 de mayo de 2018**, a través de los cuales la entidad demandada le negó a la actora el reconocimiento y pago de la sustitución de la asignación de retiro que gozó el señor Mario Álvarez Ruíz (q. e. p. d.).

**TERCERO.- DECLARAR PROBADA** de oficio la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al **3 de mayo de 2015**.

**CUARTO.-** A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL - CASUR, **RECONOCER y PAGAR** el CIEN POR CIENTO (100%), de la sustitución de la asignación de retiro de la que era beneficiaria el señor MARIO ÁLVAREZ RUÍZ (q. e. p. d.), quien en vida se identificaba con cédula de ciudadanía No. 3.271.046, a la señora MIRIAM ROSALBA SÁNCHEZ RUEDA,

identificada con cédula de ciudadanía número 41.489.514 de Bogotá, en su calidad de compañera permanente, a partir del **3 de mayo de 2015**, por prescripción trienal, con los reajustes anuales de ley.

Las anteriores sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE, teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:  $R = R_h \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$ , en la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de la sustitución de la prestación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y, así, sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

**QUINTO.-** Sin costas a cargo de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR-.

**SEXTO.-** A partir de la ejecutoria de esta sentencia se reconocerán intereses de conformidad con lo establecido en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A.C.A

**SÉPTIMO.-** Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 *ibidem*.

**OCTAVO.-** La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

**NOVENO.-** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la actora, excepto los ya causados, a petición de la misma.

Notifíquese y Cúmplase,

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ**  
**Juez**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 021 de hoy 20 de agosto de 2021, a la hora de las 8.00 a.m.
 LAURA MARCELA DOLÓN CAMACHO Secretaría

**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez**

**Juez**

**018**

**Juzgado Administrativo**

**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:

**d440fe0393718208e17aac50b81632ed031f743f54faeee68f272b08c5bb4  
4c9**

*Documento generado en 18/08/2021 12:34:36 p. m.*

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

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