



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

Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2020-00046**-00
Demandante: FREDY AGUILAR VARGAS
Demandado: BOGOTÁ, D. C. – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS
Asunto: SENTENCIA

El señor **FREDY AGUILAR VARGAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.923.328, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de BOGOTÁ, D. C. – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

1.1.1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 440 del 14 de junio de 2019, mediante la cual la entidad demandada le negó al actor el reconocimiento, liquidación y pago de horas extras, compensatorios, recargos nocturnos, dominicales y festivos, con las incidencias en sus prestaciones sociales.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, la parte demandante solicitó que se condene a la entidad demandada a:

1.1.2. Inaplicar el inciso 3° del artículo 4° del Acuerdo Distrital No. 9 de 1999, toda vez que desconoce: **i)** los principios establecidos en el artículo

53 de la Constitución Política, respecto de la verdadera favorabilidad laboral e irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en los artículos 33, 34, 36 y 39 del Decreto 1042 de 1978; **ii)** la remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y **iii)** el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966.

1.1.3. Reconocer, liquidar y pagar las horas extras, recargos nocturnos, compensatorios, dominicales y festivos, con la incidencia en los factores salariales y prestacionales y demás emolumentos a que tiene derecho el actor, desde el 11 de diciembre de 2015, hasta cuando se produzca la sentencia que ponga fin a la litis o se haga efectivo el cumplimiento de la misma, así:

- Reconocer las horas extras diurnas y nocturnas, con factor de 190 horas, de conformidad con los artículos 36 y 37 del Decreto Ley 1042 de 1978.
- Reliquidar los recargos nocturnos, dominicales y festivos con el factor de 190 horas, atendiendo el número de horas máximas legales, según el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978.
- Reajustar las prestaciones sociales, cesantías, intereses sobre las mismas, primas de servicios, de vacaciones, de navidad y de antigüedad, así como la cotización a pensión.

1.1.4. Reconocer intereses moratorios desde la fecha en que se dejó de cancelar las sumas de dinero adeudadas al actor.

1.1.5. Cumplir la sentencia, de conformidad con los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011 y en caso de mora en el pago, reconocer los intereses de que tratan los artículos 192 y 195 de la misma codificación.

1.1.6. Indexar los valores adeudados, con fundamento en los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.7. Pagar las costas procesales, al tenor de lo preceptuado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.2 HECHOS.

Para sustentar las pretensiones la parte actora alude los siguientes hechos:

1.2.1. El demandante se vinculó en la entidad demandada el 11 de diciembre de 2015, en el cargo de Bombero - Código 475 - Grado 15, desempeñando sus funciones en turnos de 24 horas de servicio, por 24 horas de descanso.

1.2.2. La Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos le canceló al demandante por concepto de dominicales y festivos, un recargo del 200%, sobre la base de 240 horas y desconoce el reconocimiento de horas extras diurnas y nocturnas y de descansos compensatorios, por laborar en días dominicales y festivos y por exceder el límite del tiempo suplementario, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, aspecto que afecta los ingresos mensuales y las liquidaciones de prestaciones sociales.

1.2.3. El 30 de mayo de 2019, el actor le solicitó a la entidad demandada la liquidación y pago de las horas extras, recargos nocturnos ordinarios y festivos, así como de los días compensatorios y la reliquidación de los factores salariales y prestacionales, al tenor de lo preceptuado en el Decreto 1042 de 1978 y demás decretos reglamentarios.

1.2.4. Mediante la Resolución No. 440 del 14 de junio de 2019, el Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, negó lo deprecado por el actor, decisión que fue notificada el 18 de junio de dicho año, mediante correo electrónico, cobrando ejecutoria el 5 de julio de 2019.

1.2.5. El 18 de octubre de 2019, se radicó solicitud de conciliación, la cual le correspondió al Procurador 193 Judicial II para Asuntos Administrativos, señalando como fecha para llevar a cabo la audiencia el 4 de diciembre 2019; sin embargo, esta se aplazó, con el fin de que se aportara la liquidación de la propuesta conciliatoria aportada por la entidad demandada, en virtud de la certificación del comité de fecha 15 de octubre de 2019.

1.2.6. El 19 de diciembre de 2019, se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial, la cual fue declarada fallida, toda vez que no se aportó la liquidación referida.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora estima desconocidos los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 53 y 229 de la Constitución Política; el Decreto 1042 de 1978 y los artículos 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Indicó que la jornada de trabajo de 24 horas de labor, por 24 horas de descanso, trasgrede la normativa internacional respecto del tiempo que debe laborar el empleado, esto es, 8 horas, por 16 de descanso, según lo contenido en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del cual Colombia es signatario y, por lo tanto, hace parte del bloque de constitucionalidad.

Precisó que el descanso por turnos de 24 horas de labor, debería ser de 48 horas y no de 24, para garantizar la reparación justa del tiempo de trabajo y un disfrute adecuado del tiempo libre, por lo que una jornada como la que desarrolla el demandante de 360 horas mensuales, constituye una diferencia que desconoce los derechos laborales, en la medida que los demás empleados públicos Distritales prestan sus servicios por un lapso interior, esto es, 190 horas al mes.

Afirmó que la entidad demandada desconoce la remuneración a la que tiene derecho el demandante, por el tiempo extra en que presta sus servicios y por el descanso compensatorio, con la excusa de que es un servicio público esencial y, por lo tanto, debe laborar sin limitación de horario y sin pago de tiempo suplementario, de lo que se concluye que se aparta de las directrices legales contenidas en los artículos 33, 34, 36, 37 del Decreto 1042 de 1978.

Señaló que no se encuentra justificación alguna en el actuar de la entidad demandada, dado el cambio normativo generado por el Decreto 1042 de 1978, la Constitución Nacional y la sentencia proferida por la Sección

Segunda del 2 de abril de 2009, con radicación No. 66001-23-31-000-2003-0039-01 (9258-05).

En ese sentido, solicitó que se tengan en cuenta las disposiciones y el marco normativo que se ocupó de citar, resaltado que si bien el jefe del organismo puede establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con el tiempo diario adicional de labor, lo cierto es que este no constituye trabajo suplementario o de horas extras, salvo que exceda la jornada máxima, lo que conlleva a que deba ser remunerado de una forma diferente.

Manifestó que las labores realizadas por los bomberos implican una disponibilidad permanente, razón por la cual no están sujetos a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una especial que es regulada por el jefe del respectivo organismo, mediante la expedición de un acto administrativo, en el que se determina la necesidad, oportunidad y conveniencia del servicio, con la consecuente remuneración salarial, efecto para el cual, debe tenerse en cuenta los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978, aplicable a los empleados públicos territoriales.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **11 de marzo de 2021**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Indicó que los Decretos Distritales Nos. 388 de 1951, 63 de 1963 y 991 de 1974 (vigente hasta la expedición del Decreto Distrital No. 654 de 2011), el Acuerdo Distrital 3 de 1999 y la Resolución UAECOB 656 de 2009, regulan la jornada laboral del demandante y por la especialidad en el servicio que presta la Unidad, tales normas no han sido derogadas por el Decreto 1042 de 1978.

Precisó que el actor pretende el reconocimiento de una jornada laboral de 44 horas semanales, acogiéndose selectivamente al Decreto 1042 de 1978, de modo que, desconoce la existencia de la normatividad especial que

regula la actividad del personal de Bomberos de la UAECOB, disposiciones legales que no son incompatibles con la Constitución Política y con los Acuerdos Internacionales suscritos por Colombia.

Afirmó que, si bien el Decreto 388 de 1951, regula la función bomberil y establece que el servicio se prestara en turnos de 24 horas de servicio por 24 horas de descanso, lo cierto es que la jornada máxima de trabajo de los bomberos corresponde a 66 horas semanales, de conformidad con lo establecido en la Resolución 656 del 29 de diciembre de 2009, expedida por el Director de la UAECOB, en la cual se determina claramente la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar una jornada especial, acto administrativo que goza de presunción de legalidad, por cuanto, no ha sido anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, en consecuencia, es de obligatorio cumplimiento.

Señaló que, en virtud de lo consagrado en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, la jornada de trabajo máxima es de 44 horas semanales; sin embargo, dicha regla tiene una excepción, dado que establece como máximo 66 horas semanales, para aquellos empleos que impliquen actividades de simple vigilancia, discontinuas o intermitentes, las cuales ejecuta la entidad demandada, debido a que debe garantizar la continuidad en el servicio las 24 horas del día. Entonces, teniendo en cuenta que la naturaleza de un servicio de emergencia, como el que presta la UAECOB, requiere que el personal de bomberos esté atento durante todo el periodo de su jornada, su actividad laboral no es continua, sino intermitente, dependiendo de las eventuales llamadas de emergencia que se reciban y de las acciones que hayan de tomarse al respecto en coordinación con otras autoridades.

Manifestó que el auxilio de cesantía es la única prestación social que debe liquidarse teniendo como factores salariales los recargos, las horas extras y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 y así lo ha señalado el H. Consejo de Estado.

Esgrimió que en el evento que el Despacho considere que no es aplicable en el presente proceso la jornada especial de trabajo establecida en la

Resolución 656 de 2009, se debe ordenar, por criterios de sostenibilidad fiscal, la deducción de los pagos realizados por la UAECOB y el descuento de los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador. Así mismo, deberá ordenar el descuento de los valores que se le hayan pagado al demandante por el sistema de recargos.

Aludió que según la ley el servidor público está en la obligación de prestar el servicio 44 horas a la semana -de lunes a sábado-, razón por la cual, la jornada máxima legal diaria, obedece al factor 7.3333 horas ($44 \div 6 = 7.3333$), por ende, el trabajador debe prestar su servicio en un horario diario de 7.33 horas, entonces, si ese cociente lo multiplicamos por el coeficiente de 30 días del mes, esa operación arroja como resultado la base de 220 horas y no de 190 horas, como erróneamente lo han determinado algunas decisiones judiciales.

Sostuvo que el denominador de 190 horas de labor mensual, únicamente muestra la totalidad de las horas que debe cumplir el servidor para hacerse acreedor a la asignación básica mensual, pero en ningún momento esa cantidad, puede tomarse como factor para calcular el valor del salario diario y de una hora normal de trabajo, debido a que allí no están comprendidos los 30 días del mes que se remunera.

De otro lado, propuso las siguientes excepciones:

- i) Falta de causa e inexistencia de la obligación:** Adujo que no se debe acceder a las súplicas de la demanda, toda vez que la entidad demandada aplicó correctamente las disposiciones legales respecto a la remuneración que debe percibir el demandante.
- ii) Prescripción:** Solicitó que se declare probado dicho fenómeno jurídico, de conformidad con lo dispuesto en las sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado que se ocupó de citar.
- iii) Pago:** Indicó que la entidad demandada pagó en debida forma los valores de trabajo suplementario que excedían de 264 horas al mes, por

práctica administrativa 240 horas mensuales, razón por la cual, no se le adeuda suma alguna por dicho concepto.

Precisó que no se deben reconocer descansos compensatorios por trabajar en exceso las 50 horas extras permitidas por el Decreto Ley 1042 de 1978, por cuanto la entidad ya reconoció y pagó dicho concepto, debido al sistema de turnos en que presta sus servicios el actor, como quiera que trabajó quince (15) días y descansó otros quince (15) días.

iv) Genérica: Deprecó que se declaren probadas las excepciones que se encuentren probadas dentro del proceso.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

El apoderado del actor, a través de escrito aportado vía correo electrónico el **15 de septiembre de 2021**, solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo señalado por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación proferida el 12 de febrero de 2015, dentro del proceso No. 25000232500020100072500, toda vez que se encuentra acreditado que desde el 11 de diciembre de 2015, el demandante se desempeña como Bombero Oficial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, Código 475 - Grado 15, vinculado por una relación legal y reglamentaria, quien ha prestado sus servicios en jornadas de 24 horas de labor, por 24 horas de descanso, en condición de disponibilidad.

Precisó que la entidad demandada omitió realizar el pago de horas extras al demandante y liquidó los recargos nocturnos, diurnos, dominicales y festivos, teniendo en cuenta una jornada laboral de 240 horas mensuales. Igualmente, dejó de cancelar un día compensatorio por cada domingo o festivo laborado y demás acreencias laborales, entre estas, las cesantías y las cotizaciones para pensión.

Luego de citar la normatividad que, considera, rige la situación del actor, afirmó que la jornada máxima legal fijada por el legislador para la generalidad de los empleados públicos es de 44 horas semanales, lo que

corresponde en el mes a 190 horas, la cual difiere de lo señalado por el Código Sustantivo del Trabajo, según el cual, dicha jornada corresponde en el mes a 240 horas.

Señaló que, el personal de bomberos se encuentra sujeto a la jornada máxima de trabajo fijada para la generalidad de los empleados públicos en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, esto es de 44 horas semanales o 190 mensuales, de conformidad con el criterio jurisprudencial que citó.

Manifestó que toda labor que exceda dicho término debe ser remunerada como trabajo suplementario o de horas extras, en virtud de lo dispuesto en los artículos 36 y 37 del Decreto 1042 de 1978, previa deducción de los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas que se le hayan presentado al trabajador, situación que, igualmente, se presenta respecto de los recargos nocturnos, dominicales y festivos, contenidos en los artículos 35 y 39 de dicha disposición legal.

Esgrimió que las horas extras, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen factor de salario para la liquidación de las prestaciones sociales, incluyendo las cesantías e intereses sobre las mismas, al tenor de lo regulado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, situación que también se presenta, respecto de los descansos compensatorios, pues, la relación de factores salariales no es taxativa.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **13 de septiembre de 2021**, solicitó que no se acceda a las súplicas de la demanda, señalando que jurisprudencialmente se presenta un error, frente a las horas sobre las que se deben liquidar las horas extras, los recargos nocturnos, dominicales y festivos, efecto para el cual, ratifica los argumentos expuestos al momento de contestar el libelo.

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:

Frente a las excepciones de **falta de causa, inexistencia de la obligación y pago**, el 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.

Respecto a la excepción de **prescripción**, se precisa que será resulta en acápite posterior de este escrito y frente a la **genérica**, se advierte que al momento de proferir la presente providencia no se encuentra probado medio exceptivo alguno, que deba ser declarado de oficio por el Despacho.

5.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, en el auto proferido el 2 de septiembre de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer: **i)** si debe inaplicarse por vía de excepción el inciso 3° del artículo 4° del Acuerdo No. 9 de 1999 y **ii)** si el actor tiene o no derecho a que le sean reconocidos y pagados por parte de la entidad demandada horas extras, recargos nocturnos ordinarios, dominicales, festivos y compensatorios, con sus respectivas incidencias en la liquidación de sus prestaciones sociales y salariales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, por haber laborado como bombero en el Distrito Capital de Bogotá.

5.3 HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.3.1. Resolución No. 440 del 14 de junio de 2019, mediante la cual el doctor Pedro Andrés Manosalva Rincón, Director de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, le negó al actor el reconocimiento, reliquidación y pago de las horas extras, los recargos nocturnos, dominicales y festivos y compensatorios, con la incidencia en

sus prestaciones sociales y salariales.

5.3.2. Certificación expedida el 30 de agosto de 2019, por el doctor Juan Carlos Gómez Melgarejo, Subdirector de Gestión Humana de la entidad demandada, por medio de la cual hace constar: i) el cargo desempeñado y las asignaciones básicas canceladas al funcionario Fredy Aguilar Vargas; ii) que la entidad no ha reconocido descansos compensatorios al funcionario mencionado puesto que trabajó en turnos de 24 horas de labor por 24 horas de descanso; iii) los turnos desempeñados; iv) que la entidad no le pagó ni liquidó tiempo suplementario; v) que el número de horas que tuvo en cuenta como jornada laboral fue de 240 horas mensuales, las cuales fueron utilizadas para el cálculo de la nómina y vi) que de acuerdo con la normatividad que rige a los empleados públicos del Distrito, pago los recargos con el 35%, 200% y 235%.

5.3.3. Antecedentes administrativos objeto del presente asunto, que se encuentran incorporados en el link <http://gofile.me/5z8yJ/aDnTzsKyT>, alusivos a:

- Resolución No. 914 del 11 de diciembre de 2015, por medio de la cual se nombró en provisionalidad al actor en el cargo de Bombero – Código 475 – Grado 15, de la Planta de Personal de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos.
- Acta No. 299 del 11 de diciembre de 2015, mediante la cual se dejó constancia que el actor tomó posesión del cargo señalado anteriormente, en la referida fecha.
- Hoja de vida del demandante y evaluación de gestión.
- Memorandos de ubicación laboral y de vacaciones otorgadas al actor.
- Actos administrativos de licencia por luto, comisión de servicios y vacaciones.
- Petición elevada el **30 de mayo de 2019**, por medio de la cual el apoderado del actor le solicitó a la entidad demandada que le reliquide y pague las horas extras mensuales, el tiempo

compensatorio y los recargos nocturnos, dominicales y festivos, tomando como base de liquidación 190 horas mensuales, con el consecuencial ajuste de las prestaciones sociales.

- La liquidación efectuada por la entidad demandada, respecto del reconocimiento de horas extras y el factor sobre el cual se debe liquidar y pagar el tiempo suplementario y los recargos diurnos y nocturnos ordinarios, dominicales y festivos, objeto de la presente controversia.

5.4. De la Jornada Laboral del personal de Bomberos. Aplicación del Decreto 1042 de 1978. Posición Jurisprudencial.

La entidad demandada argumenta que para el personal operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, se estableció un horario de veinticuatro (24) horas de trabajo por veinticuatro (24) horas de descanso, contenido en los Decretos 388 de 1951 y 991 de 1974.

Ahora bien, mediante el Decreto 388 de 1951, el Alcalde de Bogotá consagró el reglamento del Cuerpo de Bomberos de Bogotá y si bien determinó en su artículo 148 el horario para dicho personal, lo cierto es que de ahí no se puede desprender el establecimiento de una jornada de trabajo, toda vez que el mencionado horario no trae una relación directa con la asignación básica que devenga el servidor público y que permita conocer los límites temporales de cada labor que se desarrolla, así como el valor económico de cada período ejecutado, para a su turno también conocer, cuando se tiene derecho al reconocimiento y pago de trabajo suplementario en el evento de sobrepasar la jornada máxima laboral establecida.

Así, el artículo 148 del citado Decreto, dispuso:

*“El horario para el **personal del Cuerpo de Bomberos** será el siguiente:*

H 06:00, diana.

H 06:30, desayuno.

H 07:00 a H 07:50, gimnasia.

H 08:00, preparación de máquinas.

H 08:00 a H 08:50, instrucción.

H 09:00 a H 09:50, instrucción.

H 10:00 a H 11:00, aseo de máquinas.
H 11:00 a H 11:30, aseo personal.
H 11:30 a H 12:00, relación (sic).
H 11:30 a H 12:00, almuerzo y descanso.
H 14:00 a H 14:50, arreglo de dependencias.
H 15:00 a H 15:50, instrucción.
H 16:00 a H 16:50, instrucción.
H 17:00 a H 17:50, instrucción.
H 17:50 a H 18:00, aseo personal.
H 18:00, comida y descanso.
H 20:00, ensayo de timbres y preparación de máquinas.
H 21:00, recogida.
H 21:30, silencio.”

De igual forma, debe observarse que la jornada establecida en el citado horario es de quince horas y media (15 ½) y no de veinticuatro (24) de labor por veinticuatro (24) de descanso, como lo aseveró la entidad demandada.

En cuanto a lo dispuesto en los artículos 85, 102 y 134 *ibídem*¹, es de advertir que dichas disposiciones tampoco disponen una jornada laboral que involucre la noción de remuneración, sino que simplemente consagran la duración del servicio que prestan el Oficial, el Suboficial y el Radio Operador de servicio – *respectivamente*; además de no hacer referencia al servicio prestado por el personal operativo del Cuerpo de Bomberos.

En cuanto al Decreto 991 de 1974, por medio del cual se expidió el Estatuto de Personal para el Distrito Especial de Bogotá, basta decir que en manera alguna consagra una jornada laboral para el Cuerpo de

¹ Los artículos 84, 102 y 134 del Decreto 388 de 1951, establecen:

“Del Oficial de Servicio ARTÍCULO 84. El Oficial de Servicio tendrá especial obligación de velar por el correcto funcionamiento de las actividades de la Institución, lo cual efectuará mediante el examen personal y directo de todos y cada uno de los servicios, a fin de dar y hacer dar estricto cumplimiento a los reglamentos, siendo de su deber tratar de corregir toda deficiencia, informando en cada caso al Comandante respectivos.” **Del Sub-Oficial de Servicio ARTÍCULO 102.** Son deberes de éste: a) Recibir, el puesto ante el señor Oficial de Servicio a la hora del relevo general. El tiempo de servicio será de 24 horas; b) Al cuarto de hora de recibir el puesto, luego de haber sido nombrado por la orden, deberá formar el servicio entrante, pasará revista al personal y lo instruirá sobre todos los deberes y obligaciones que a cada uno corresponde; c) Formará el personal en las horas reglamentarias y lo presentará al señor Oficial de Servicio; d) Ordenará y vigilará junto con el Oficial de Servicio, el aseo de la Estación del equipo en general, correctamente, y en las horas prescritas para tal efecto; e) Hará la lista del personal que sale franco y la dejará en la Guardia para el control de entradas; f) Controlará el servicio de agua y luz para que su consumo no exceda, más de lo necesario; g) Informará al Comando sobre todos los daños que ocurran en la Estación y vigilará que los muebles y enseres de todas las dependencias no sean cambiados y destrozados; h) Velará por la disciplina y orden internos, exigiendo a los individuos una correcta presentación en todas las formaciones; i) Prestará servicio hasta las 12 p.m., hora en que llamará al Bombero o Bomberos relevantes, a quienes entregará el puesto y dará las consignas del caso; j) Estará al tanto de las novedades que se presenten en el equipo motorizado, informando a tiempo de cualquier anomalía al Comando; en caso de negligencia será con el Oficial el único responsable.” **De los Radio Operadores ARTÍCULO 134.** Prestarán turnos de veinticuatro (24) horas y atenderán el equipo de radio, de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Comando y del técnico mantenedor.”

Bomberos, pues a lo sumo dispone en el parágrafo 1° de su artículo 131, que la jornada laboral establecida para los empleados distritales no resulta aplicable al personal que pertenece a dicho cuerpo.

En esa medida, el artículo 131 *ejúsdem*, señaló:

“Los empleados distritales laborarán conforme a los horarios que deberán ser establecidos mediante Resolución interna de cada una de las dependencias de la Administración Distrital teniendo en cuenta las siguientes normas generales:

1. La jornada ordinaria no podrá exceder de 8 horas diarias o de 48 a la semana

2. La jornada diurna será la desarrollada entre las 6 de la mañana y las 6 de la tarde del mismo día. La jornada nocturna estará comprendida entre las 6 de la tarde y las 6 de la mañana del día siguiente.

3. Los jefes de las dependencias podrán ampliar las jornadas de los empleados que considere conveniente teniendo en cuenta las necesidades del servicio y no podrá exceder en ningún caso de 12 horas.

4. La jornada continua que se establezca en las diferentes dependencias cubrirá las horas laborales del sábado. El empleado que labore los sábados tendrá incluido en su asignación el pago por el trabajo en esos días.

PARÁGRAFO PRIMERO: Los empleados del Cuerpo de Bomberos, y los vigilantes de la Cárcel Distrital y los Agentes de Vigilancia no estarán sujetos a estos horarios.

PARÁGRAFO SEGUNDO: El trabajo nocturno dentro de la jornada ordinaria se remunerara (sic) con un recargo del 35% sobre el valor del trabajo ordinario diurno.” (Negrilla fuera del texto original).

Bajo el contexto normativo expuesto, es evidente la inexistencia de regulación especial sobre la jornada laboral desempeñada por el personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá.

Ahora bien, el Consejo de Estado en Sentencias de fechas 17 de abril de 2008² y 2 de abril de 2009³, esta última que unificó las posiciones de ambas Subsecciones de la Sala Laboral, señaló:

“(…)

²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, Radicación No. 66001 23 31 000 2003 00041 01 (1022-06).

³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Consejero Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación No. 66001 23 31 000 2003 00039 01 (9958-2005).

Aplicar la tesis según la cual el trabajo desarrollado por el personal de bomberos cuya jornada es excepcional por la actividad ejercida y que puede ser de 24 horas diarias, lo que a su vez no genera el reconocimiento de trabajo suplementario, resulta inequitativo y desigual con disposiciones que sobre esta misma materia existen en el orden nacional y territorial para empleados que realizan otro tipo de funciones que son menos riesgosas que la desarrollada por ese personal del cual formaban parte los actores; por ende, el vacío normativo respecto a esta labor se suplirá con el Decreto No. 1042 de 1978, porque tratándose de empleados públicos es la Ley y no el convenio la facultada para fijar el régimen salarial de los empleados. Así mismo se observa, en aras de hacer efectivo este beneficio y atender el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, que la controversia debe resolverse respetando la situación más beneficiosa al empleado.

(...)

Dicho pronunciamiento fue reiterado por la mencionada Corporación Judicial – Sección Segunda – Subsección “B”, Consejero Ponente: Sandra Lisett Ibarra Vélez, en Sentencia del 19 de febrero de 2015, Expediente No 25000-23-25-000-2010-00780-01(3594-13), así:

“Así las cosas, se consideró que ante la falta de existencia de una regulación de la jornada laboral especial para las personas vinculadas al cuerpo de bomberos, debía aplicarse el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, que implica que toda labor realizada en exceso de las 44 horas semanales constituye trabajo suplementario o de horas extras, las cuales deben ser remuneradas en las condiciones previstas en el artículo 35 y siguientes del referido decreto, deduciendo para dicho efecto los días de descanso remunerado, vacaciones, licencias, permisos y demás situaciones administrativas del trabajador.

(...)

*Dicha postura no desconoce que las labores realizadas por los bomberos implican una disponibilidad permanente por lo que es razonable que dicho personal no esté sujeto a una jornada ordinaria de trabajo sino a una jornada especial. **Sin embargo, precisa la Sala que tal jornada especial ha de ser regulada por el jefe del respectivo organismo, mediante la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a dicha jornada máxima legal excepcional, atendiendo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales⁴, es decir, dentro de los límites allí previstos⁵, y observando la forma de remuneración establecida para las jornadas mixtas y el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno, en dominicales y festivos.***

⁴ Disposición aplicable a las relaciones legales y reglamentarias del orden territorial en virtud de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 27 de 1992, y posteriormente el artículo 87 inciso 2 de la Ley 443 de 1998 y artículo 55 de la Ley 909 de 2004.

⁵ Del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, transcrito en párrafos anteriores se deduce que la jornada ordinaria de trabajo - concepto que implica el pago de salario ordinario pactado y sin recargos - es de 44 horas semanales, así mismo el límite máximo fijado en este artículo corresponde a jornadas de doce horas diarias de trabajo y sesenta y seis horas semanales.

Lo anterior, toda vez que un régimen especial tendiente a excluir o disminuir los beneficios laborales mínimos correspondientes a la jornada ordinaria previstos en el Decreto 1042 de 1978, en detrimento del personal que desarrolla dicha función, no consultaría principios constitucionales como la igualdad (art. 13), el trabajo en condiciones dignas y justas (art. 25), y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales (art. 53), y resultaría violatorio del artículo 150 numeral 19 literal e) que establece la creación legal del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, así como del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y políticos, artículo 7, según el cual, en las condiciones de trabajo, los Estados miembros deben asegurar al trabajador "...d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos".

A falta de regulación especial sobre la jornada laboral de los bomberos y su remuneración, reitera la Sala que regirá la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, tal y como se desprende del referido Decreto 1042 de 1978, **debiéndose remunerar el trabajo suplementario** para no lesionar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, del personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá." (Negrilla y subraya de la Sala)

Bajo dichos pronunciamientos jurisprudenciales, se estableció que dadas las singulares labores que cumplen los miembros del cuerpo de bomberos dirigidas a evitar que la comunidad esté expuesta a situaciones de "grave peligro", el horario de trabajo especial para estos servidores tiene sólida fundamentación en la naturaleza misma de la actividad que desarrollan, la cual exige la prestación del servicio en forma continua y permanente, por consiguiente, a falta de regulación especial sobre su jornada laboral y su remuneración se debe dar aplicación al Decreto 1042 de 1978, teniendo en cuenta la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, **debiéndose remunerar el trabajo suplementario** para no lesionar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.

Así entonces, el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, dispuso:

"ARTÍCULO 33. De la jornada de trabajo. La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de **cuarenta y cuatro horas semanales**. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite (sic) máximo fijado en este artículo, 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.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.” (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Conforme a dicha preceptiva la jornada ordinaria de trabajo es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales; por consiguiente, toda labor realizada excediendo tal límite, constituye trabajo suplementario que debe remunerarse adicionalmente al salario ordinario.

En ese sentido, el caso que ahora ocupa la atención del Despacho, debe examinarse bajo el marco normativo del Decreto No. 1042 de junio 07 de 1978 *“Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”*, sin que haya lugar a la aplicación del Decreto 991 de 1974, como lo pretende la demandada, pues como quedó visto líneas atrás, dicha norma no regula la jornada de trabajo para este personal.

Sobre el particular, el mencionado decreto en su artículo 1º, indicó:

“Artículo 1º. Del campo de aplicación. El sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos que se establece en el presente Decreto regirá para los empleados públicos que desempeñan las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, con las excepciones que se establecen más adelante...”

No obstante lo anterior, este decreto también se aplica a los empleados del orden territorial en virtud de las previsiones que en su oportunidad se hicieron en la Ley 27 de 1992. En efecto, el artículo 2º de la citada ley, en la parte pertinente, estableció:

“Las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, contenidas

en los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968, la Ley 13 de 1984 y la Ley 61 de 1987, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental; distrital diferentes al Distrito Capital, municipal y sus entes descentralizados, en las asambleas departamentales, en los concejos municipales y distritales y en las juntas administradoras locales, excepto las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales.

(...)"

Así mismo, el artículo 322 de la Constitución Política, precisó:

“Bogotá, Capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determine la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

(...) (Subrayado fuera del texto original).

Sobre el particular, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, mediante sentencia del 12 de febrero de 2015⁶, señaló:

“(...)

*A falta de regulación especial sobre la jornada laboral de los bomberos y su remuneración, reitera la Sala que regirá la jornada ordinaria correspondiente a 44 horas semanales, tal y como se desprende del referido Decreto 1042 de 1978, **debiéndose remunerar el trabajo suplementario** para no lesionar el derecho a la igualdad laboral y a la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, del personal del Cuerpo de Bomberos de Bogotá.*

*En este orden de ideas, para la Sala no cabe duda que debe aplicarse lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, en cuanto a la jornada laboral y la liquidación del tiempo trabajado en jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo, según la naturaleza de la función, y no el **Decreto 388 de 1951** por el cual se estableció el reglamento del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá, por las siguientes razones:*

(i) Porque la norma de carácter territorial no se ocupó de regular lo pertinente a la forma de remuneración de la jornada laboral especial para los miembros del Cuerpo de Bomberos de Bogotá y en esos casos la jurisprudencia de la Corporación ha establecido que ante la ausencia de una regulación sobre la jornada especial debe darse aplicación al Decreto 1042 de 1978.

(ii) Porque al expedirse el Decreto 1042 de 1978, la norma de carácter

⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, sentencia del 12 de febrero de 2015, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, expediente: 25000-23-25-000-2010-00725-01(1046-13), actor: Omar Bedoya, demandado: Bogotá, D.C. - Secretaria de Gobierno - Unidad Administrativa Especial - Cuerpo Oficial de Bomberos D.C.

territorial contenida en el Decreto 388 de 1951 que establecía 24 horas de labor para el personal de bomberos quedó tácitamente derogada⁷ por contravenir la jornada ordinaria laboral de 44 horas semanales establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 y también el límite máximo legal de 66 horas semanales, que valga la pena aclarar, sólo fue previsto para actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, naturaleza de la cual no participa la actividad bomberil. En este orden de ideas, es claro para la Sala que la jornada laboral en el sector oficial es de origen legal y como tal tiene un límite inquebrantable del cual no puede apartarse el jefe del respectivo organismo al momento de establecer el horario de trabajo al tenor de la referida disposición.

Aunado a ello, la Sala destaca que para la fecha de vinculación del actor -15 de mayo de 2000- se encontraba vigente el Decreto 1042 de 1978 por lo tanto le era aplicable la jornada laboral allí prevista, en consideración a su calidad de empleado público del Cuerpo de Bomberos de Bogotá.

*Insiste la Sala en que el establecimiento de una **jornada especial** de trabajo por el jefe del respectivo organismo implica la expedición del respectivo acto administrativo que determine la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar dicha excepción dada la naturaleza y características en que debe desarrollarse determinada labor, con la consecuente remuneración salarial para los empleos que se ven sometidos a una jornada máxima legal excepcional, la cual, en todo caso, debe atender los parámetros de remuneración establecidos por el Decreto 1042 de 1978 aplicable a los empleados públicos territoriales⁸, es decir, dentro de los límites allí previstos⁹, y teniendo en cuenta la forma de remunerar el trabajo desarrollado en jornadas mixtas, el trabajo habitual en dominicales y festivos cuando la misma implique tiempo de trabajo nocturno y en días de descanso, no obstante, como se dejó expuesto, el Decreto 388 de 1951 no se ocupó de regular la jornada especial del cuerpo de bomberos en las condiciones indicadas”*

5.5. CASO CONCRETO.

5.5.1. Jornada laboral desempeñada por el actor.

De la certificación expedida el 30 de agosto de 2019, por el doctor Juan Carlos Gómez Melgarejo, Subdirector de Gestión Humana de la entidad demandada, se encuentra demostrado que el demandante está vinculado

⁷ Hay derogación tácita, cuando las disposiciones de la ley que deroga no pueden concertarse con las de la ley anterior, es decir que van en contravía con lo establecido en la ley esta, de conformidad con lo establecido en la parte final del artículo 71 del código civil, el cual establece lo siguiente: “La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial”.

⁸ Disposición aplicable a las relaciones legales y reglamentarias del orden territorial en virtud de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 27 de 1992, y posteriormente el artículo 87 inciso 2 de la Ley 443 de 1998 y artículo 55 de la Ley 909 de 2004.

⁹ Del artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, transcrito en párrafos anteriores se deduce que la jornada ordinaria de trabajo - concepto que implica el pago de salario ordinario pactado y sin recargos - es de 44 horas semanales, así mismo el límite máximo fijado en este artículo corresponde a jornadas de doce horas diarias de trabajo y sesenta y seis horas semanales.

en la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos desde el **11 de diciembre de 2015** y se desempeña en el cargo de Bombero – Código 475 – Grado 15.

Igualmente, se acredita que el demandante trabajó en una jornada de 24 horas de labor por 24 horas de descanso (24 x 24), que incluye horas diurnas y nocturnas, alternando en una semana 4 días de trabajo (semana par) y 3 de descanso y en la siguiente, 3 días de labor (semana impar) y 4 de descanso, de lo que colige que en una semana laboraba 72 horas (24*3) y en la otra 96 (24*4), lo que arroja un promedio de 360 horas laboradas en el mes, superando de esta forma la jornada ordinaria legal de 44 horas semanales que equivalen a 190 horas mensuales (52 semanas al año /12 = 4.33 semanas *44 horas semanales =190 horas semanales).

Ahora bien, el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978, indicó:

“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 los 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. Oficio No. 3-00470/6.01.99. Unidad de Estudios y Conceptos. Empleados Públicos de la Administración Central Distrital - Jornada de trabajo. CJA07201999” (Negrilla del Despacho).

Por su parte, el artículo 36 *ibídem*, señaló:

“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)

Así las cosas, toda vez que el demandante laboró 360 horas mensuales y la jornada ordinaria es de 190, resulta claro que trabajó 170 horas adicionales, de las cuales sólo se pueden pagar en dinero 50 horas extras al mes y las que excedan dicho tope se pagarán con tiempo compensatorio a razón de un (1) día hábil por cada 8 horas de trabajo.

En ese sentido, descontando a las mencionadas 170 horas adicionales trabajadas por el señor Fredy Aguilar Vargas, las 50 horas extras a las que tiene derecho, habría lugar a que se le compensen las 120 horas extras restantes, lo que corresponde a 15 días de descanso, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 transcrito líneas atrás.

Así las cosas, el demandante tiene derecho al reconocimiento de cincuenta (50) horas extras laboradas en el mes, conforme lo solicitó en las pretensiones de la demanda.

En tal sentido, para el Despacho es claro que si la jornada laboral semanal debía ser de cuarenta y cuatro (44) horas, mensualmente dicha jornada debía encontrarse constituida por ciento noventa (190) horas, razón que conlleva a concluir que el factor que tuvo que haber utilizado la entidad demandada para liquidar los nombrados recargos, no era el de 240, como lo alude el apoderado de la entidad demandada al momento de contestar la

demanda y al exponer sus alegatos de conclusión y como se refleja en la certificación expedida por el Subdirector de Gestión Humana de la Unidad Administrativa Especial- Cuerpo Oficial de Bomberos, en la que se lee:

*“Recargo Ordinario Nocturno=Asignación básica mensual/240 x 35% x # horas.
Recargo Ordinario Nocturno=Asignación básica mensual/240 x 200% x # horas.
Recargo Ordinario Nocturno= Asignación básica mensual/240 x 235% x # horas”* (Negrilla y subrayado del Despacho).

En consecuencia, se advierte que para el cálculo de los valores correspondientes a los recargos ordinario nocturno, festivo diurno y nocturno, la Administración Distrital divide la asignación básica mensual devengada entre el factor de doscientos cuarenta (240), siendo que, la fórmula utilizada por la entidad demandada, tomando el factor 240 resulta equivocada, pues ha debido ser por el factor 190 horas, a efectos de determinar horas extras.

5.5.2. Horas extras diurnas.

Se observa que la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos en atención al sistema de turnos estableció jornadas en fechas precisas, correspondiéndole al actor en un mes sólo días pares o impares según la necesidad del servicio y cada turno o sección de 24 horas de labor (un día de trabajo) por 24 horas de descanso.

Así, con el objeto de tener continuidad en el servicio, el personal operativo de la entidad, prestaba su labor en dos turnos y, en ese sentido, **“Mientras un turno iniciaba labores a las 8:00 a.m. el otro termina sus labores a la misma hora”**, por lo que resulta evidente que dentro de esas jornadas el demandante trabajaba horas extras diurnas, pues la jornada ordinaria diurna es la que se desempeña entre las 6:00 a.m. hasta las 6:00 p.m. y la jornada ordinaria nocturna es la ejercida entre las 6:00 p.m. y 6:00 a.m., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Decreto 1042 de 1978, transcrito líneas atrás.

En tal sentido, como la jornada de veinticuatro (24) horas ejecutada por el demandante terminaba a las 8:00 a.m. del día siguiente, las dos últimas horas laboradas por él, esto es, de 6:00 a.m. a 8:00 a.m., se ubican

necesariamente dentro de la jornada diurna, pero calificadas como horas extras, en la medida que para el momento en que inicia su reconocimiento, el actor ya había laborado veintidós (22) horas continuas.

Ahora bien, frente a los requisitos dispuestos en el artículo 36 citado líneas atrás, si bien en el expediente no obra autorización alguna de trabajo suplementario, en la certificación allegada al proceso, se muestra que el demandante prestaba sus servicios mediante el sistema de turnos de 24 horas de labor por 24 de descanso, turnos que como se acredita en el plenario, excedieron la jornada de 44 horas semanales; de otro lado, si bien de conformidad con las disposiciones distritales contenidas en los Decretos 542 de 2006, 513 de 2007, 514 de 2007 y 189 de 2008, el cargo de Bombero que desempeñó el actor pertenecen al nivel asistencial, ha de recordarse que, de conformidad con la equivalencia de empleos contenida en el artículo 21 del Decreto 785 de 2005¹⁰, los cargos que anteriormente pertenecían a los niveles administrativo, auxiliar y operativo quedaron agrupados en el nivel asistencial, como así ocurrió en el caso del demandante, con lo cual se hallan satisfechos los requisitos legales exigidos.

En efecto, el artículo 21 del Decreto 785 de 2005, estableció:

“ARTÍCULO 21. DE LAS EQUIVALENCIAS DE EMPLEOS. Para efectos de lo aquí ordenado, fíjense las siguientes equivalencias de los empleos de que trata el Decreto 1569 de 1998, así:

(...)

Situación anterior		Situación nueva	
Cód.	Denominación	Cód.	Denominación

(...)

<i>Nivel Administrativo, Auxiliar y Operativo</i>	<i>Nivel Asistencial</i>
---	--------------------------

(...)

635	<i>Bombero</i>	475	<i>Bombero</i>
-----	----------------	-----	----------------

(...)

*PARÁGRAFO 1o. De conformidad con lo establecido en el presente decreto y a partir de la vigencia del mismo, **los empleos***

¹⁰Decreto por medio del cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.

pertenecientes a los niveles Administrativo, Auxiliar y Operativo quedarán agrupados en el nivel Asistencial y tendrán las funciones generales a que se refiere el artículo 4o y los requisitos para su desempeño serán los señalados en el artículo 13 del presente decreto.
(Destacado fuera del texto original).

Así las cosas, el Despacho ordenará el reconocimiento al pago de las horas extras diurnas laboradas por el señor Fredy Aguilar Vargas, a razón de dos (2) horas por cada turno desempeñado, como quedó aclarado líneas atrás, **sin superar el límite de cincuenta (50) horas extras mensuales** establecido en el artículo 13 del Decreto 10 de 1989, que modificó los literales a) y d) del artículo 36 del Decreto - Ley 1042 de 1978, pago que se realizaría desde el **16 de noviembre de 2016 hasta el 31 de enero de 2019**, puesto que, según la certificación referida, en el periodo comprendido entre el 11 de diciembre de 2015 (fecha de vinculación) y el 15 de noviembre de 2016, el señor Fredy Aguilar Vargas, se encontraba en capacitación y, respecto a la fecha de finalización, basta mencionar que hasta ese día la entidad demandada, afirmó, que no canceló suma alguna por dicho concepto.

Lo anterior, obedece a que, según lo dispuesto en el artículo 1° de la Resolución No. 80 del 29 de enero de 2019, ***POR LA CUAL SE ESTABLECE EL HORARIO Y LA JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO DE PERSONAL OPERATIVO DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ – UAECOB Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES***¹¹, la jornada laboral del personal uniformado de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos se modificó, a partir del **1 de febrero de dicho año**¹², en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1°. *La jornada laboral para el personal uniformado de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos se desarrolla bajo el sistema de turnos con una intensidad de ciento noventa (190) horas mensuales”* (subrayado del Despacho).

A su vez, el artículo 4 de dicha disposición, respecto a la base para liquidar el tiempo suplementario al que tiene derecho dicho personal, señaló:

“ARTICULO 4°. *La base sobre la cual se deben liquidar los recargos nocturnos, dominicales y festivos, horas extras diurnas y nocturnas que*

¹¹<http://www.bomberosbogota.gov.co/transparencia/marco-legal/normatividad/resoluci%C3%B3n-n%C2%B0-80-2019>.

¹² “Artículo 9. El presente acto administrativo rige a partir del primero (01) de febrero de 2019”.

se causen de acuerdo a los artículos anteriores, deberá tener en cuenta lo establecido por artículo 33 del Decreto 1042 de 1978. Así mismo el porcentaje para liquidar recargos nocturnos ordinarios será el establecido en el artículo 34 del mencionado Decreto” (subrayado fuera del texto original).

Y en cuanto al reconocimiento y pago de las horas extras el artículo 5 *ejúsdem*, preceptuó:

“ARTÍCULO 5°. *Cuando por razones especiales del servicio fuere necesario realizar trabajos en horas distintas de la jornada ordinaria de labor, el Subdirector Operativo, el Subdirector de Gestión Humana o el jefe inmediato, autorizaran el trabajo en horas extras, siempre y cuando el empleo pertenezca a los niveles establecidos para tal efecto en los decretos nacionales que fijan las escalas de asignaciones básicas de los empleos públicos del orden nacional”.*

A su vez, el artículo 5 *ibídem*, estableció la forma como se deben liquidar las horas extras, así:

ARTÍCULO 6°. *Cuando se haya autorizado el trabajo en horas extras previo el cumplimiento de los requisitos, su reconocimiento será de la siguiente manera: a. Hora extra diurna: Esta será pagada con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre el valor de la hora de la asignación básica fijada para el respectivo empleo; b. Hora extra Nocturna: Esta será pagada con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el valor de la hora de la asignación básica fijada para el respectivo empleo; c. Límite máximo para el pago de horas extras: En ningún caso se podrá pagar más de cincuenta (50) horas extras mensuales”.*

De los artículos transcritos anteriormente, se desprende que la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos estableció el horario de trabajo y la forma como se debe compensar, entre otras, el tiempo adicional a la jornada ordinaria que labore el personal bomberil, de conformidad con los parámetros establecidos en el Decreto 1042 de 1978, quedando superado el tema que aquí se discute.

5.5.3. De los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos diurnos y nocturnos.

El artículo 34 del Decreto 1042 de 1978, citado anteriormente, estableció que los empleados que trabajan por el sistema de turnos y que ordinaria o permanentemente deban desarrollar su labor en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo sobre el valor de la asignación mensual.

Por otro lado, ha de precisarse que el trabajo realizado en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), también constituye trabajo suplementario

por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria y tiene un recargo *propio* equivalente al doble del valor de un día de trabajo, tal y como así lo dispone el artículo 39 de dicha preceptiva, que reza:

“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)

En ese sentido, la liquidación de la labor realizada en la jornada ordinaria nocturna, debe realizarse con un recargo del **35%**.

Así mismo, por el trabajo ejecutado los días domingos y festivos, se debe reconocer el equivalente al doble de un día de trabajo esto es el **200%**.

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, de la certificación de los pagos realizados al demandante, expedida por la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos, se evidencia que la entidad le canceló los valores correspondientes al trabajo desempeñado en la jornada ordinaria nocturna, así como en días dominicales y festivos, así:

“(…)

Año	Mes	Horas Extras	Recargo Festivo Diurno 200%	Recargo Festivo Nocturno 235%	Recargo Ordinario Nocturno 35%
2016	NOVIEMBRE	0	12	12	84
2016	DICIEMBRE	0	16	24	150
2017	ENERO	0	38	42	156
2017	FEBRERO	0	24	24	144
2017	MARZO	0	36	36	162
2017	ABRIL	0	46	42	138
2017	MAYO	0	14	18	54
2017	JUNIO	0	26	30	144
2017	JULIO	0	46	42	150
2017	AGOSTO	0	44	36	150
2017	SEPTIEMBRE	0	24	24	156
2017	OCTUBRE	0	34	30	146
2017	NOVIEMBRE	0	36	36	144
2017	DICIEMBRE	0	36	36	144
2018	ENERO	0	44	42	156
2018	FEBRERO	0	24	24	144
2018	MARZO	0	44	42	134
2018	ABRIL	0	36	36	156
2018	MAYO	0	18	24	114
2018	JUNIO	0	34	36	140
2018	JULIO	0	38	42	144
2018	AGOSTO	0	26	30	78
2018	SEPTIEMBRE	0	26	30	126
2018	OCTUBRE	0	34	30	156
2018	NOVIEMBRE	0	36	36	144
2018	DICIEMBRE	0	32	24	90
2019	ENERO	0	22	18	120

(...)"

Sin embargo, para su liquidación tuvo en cuenta la base de 240 horas y no 190, como se estableció anteriormente, que para el caso concreto se aplicaría de la siguiente forma:

- i) **Recargo nocturno:** Asignación básica mensual / 190 x 35% x No. de horas.
- ii) **Dominical y festivo diurno:** Asignación básica mensual / 190 x 200% x No. de horas.
- iii) **Dominical y festivo nocturno:** Asignación básica mensual / 190 x 235% x No. de horas.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en la sentencia proferida el 12 de febrero de 2015, citada líneas atrás, sostuvo que:

"... en la contestación de la demanda, la entidad demandada manifiesta que para dividir por 240 horas se ha tenido en cuenta

el manual de liquidación de nómina del Distrito Capital, en el cual, el denominador 240 es una constante y no un factor variable.

*En criterio de la Sala, dicho parámetro no se ajusta al Decreto 1042 de 1978, toda vez que para el cálculo del tiempo suplementario el Distrito de Bogotá **debió tener en cuenta la asignación básica mensual sobre el número de horas de la jornada ordinaria mensual equivalente a 190 horas y no 240, al no ser así, se afectó el cálculo del valor del recargo en detrimento del actor**". (Negrilla del Despacho).*

El anterior criterio jurisprudencial, fue ratificado por dicha Corporación Judicial, mediante providencia del 21 de marzo de 2019¹³, en los siguientes términos:

*"... la jornada máxima legal que debe tenerse en cuenta es la establecida en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, esto es, **44 horas semanales y 190 mensuales**¹⁴ y el pago del trabajo suplementario se realizará de conformidad con los porcentajes señalados en los artículos 34, 35, 36, 37 y 39 ibidem".*

Así las cosas, se ordenará la reliquidación de los mencionados recargos, de conformidad con las consideraciones expuestas con antelación; no obstante, dado que, como se señaló anteriormente, a través de la Resolución No. 80 de 2019, se determinó que la jornada laboral para el personal uniformado de la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos tiene una intensidad de ciento noventa (190) horas mensuales, base sobre la cual se deben liquidar los recargos nocturnos, dominicales y festivos, el ajuste al que haya lugar se realizará hasta el **31 de enero de 2019**.

5.5.4. Tiempo o descanso compensatorio.

En primer lugar, es menester precisar que como se señaló anteriormente, el demandante trabajó 170 horas adicionales, de las cuales la entidad demandada solo puede pagarle en dinero 50 horas extras al mes y, por ende, las que excedan dicho tope, podrían compensarse a razón de un (1) día hábil por cada 8 horas de trabajo o con tiempo de descanso, de conformidad con los límites establecidos en el artículo 36 del Decreto 1042

¹³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Sentencia del 21 de marzo de 2019, C. P. William Hernández Gómez, expediente No. 25000-23-42-000-2013-05920-01 (3853-16), actor: Fabio Rojas Páez, demandado: Distrito Capital de Bogotá - Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos.

¹⁴ Cantidad que resulta de multiplicar el número de horas semanales (44) por el factor 4,33 que corresponde al número de semanas en el mes.

de 1978, razón por la cual habría lugar a que al actor se le compensen las 120 horas extras restantes, lo que correspondería a 15 días.

No obstante, se advierte que dado el sistema de turnos que prestaba el demandante, disfrutó mensualmente de periodos de descanso que compensaron la labor que desarrolló en dicho lapso y, por lo tanto, no hay lugar a ordenar compensatorio alguno por dicho concepto, tal como lo sostuvo el precedente jurisprudencial del 12 de febrero de 2015, citado líneas atrás, así:

“Bajo tal entendimiento, como en el presente caso el actor laboró 170 horas extras, de las que sólo se pueden pagar en dinero 50 horas extras y las que superen dicho tope se pagarán con tiempo compensatorio, se deduce que el actor tenía derecho a que le fueran compensadas 120 horas extras al mes, a razón de un (1) día de descanso por cada 8 horas extras de trabajo, es decir, 15 días de descanso.

Ahora bien, como se demostró que el actor, en atención a los turnos desarrollados, disfrutaba de 15 días de descanso al mes, concluye la Sala que el tiempo extra que superó el tope legalmente permitido, fue debidamente compensado al actor por la entidad demandada, con los 15 días de descanso que disfrutaba mensualmente” (negrita del Despacho).

De otro lado, en lo que respecta al reconocimiento de los compensatorios por trabajo en dominicales y festivos de que trata el artículo 39 *ibídem*, encuentra el Despacho que, de conformidad con la jornada de trabajo desempeñada por el demandante, laboraba veinticuatro (24) horas pero descansaba otras veinticuatro (24), razón por la cual no hay lugar a ordenar el reconocimiento del descanso remuneratorio solicitado. Al respecto la citada jurisprudencia del Consejo de Estado, indicó:

“La Sala revocará la anterior decisión y en su lugar negará el reconocimiento del descanso compensatorio por trabajo habitual en dominicales y festivos, justamente porque en consideración a la jornada desarrollada por el actor, por cada turno de 24 horas laboradas gozaba de un descanso de 24 horas lo cual equivale a un día de descanso compensatorio, con lo cual se satisface el contenido del artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, que consagra el derecho a disfrutar un día de descanso compensatorio (cuya duración mínima debe ser de 24 horas) por trabajo habitual en domingos y festivos, es decir, en cuanto al descanso compensatorio, concluye la Sala que éste si fue consagrado en el sistema de turnos.”

5.5.5. Reliquidación de Prestaciones Sociales.

Con el presente medio de control el apoderado del actor solicita que se reliquiden las prestaciones sociales de su representado, dado que el trabajo suplementario y las horas extras son factor salarial para la liquidación de las mismas.

Sobre el particular, se advierte que las horas extras o trabajo suplementario y recargos nocturnos no constituyen factor salarial para la liquidación de las primas de servicios, navidad y vacaciones, conforme a lo previsto en los artículos 59 del Decreto 1042 de 1978, 17 y 33 del Decreto 1045 de 1978, tal como lo indicó el Consejo de Estado en la sentencia del 19 de febrero de 2015, atrás mencionada, en la cual dispuso que:

“En cuanto a la reliquidación de los demás factores y prestaciones sociales, tales como la prima de servicios, vacaciones y prima de navidad, precisa la Sala que las horas extras, los recargos nocturnos y la remuneración del trabajo en dominicales y festivos no constituyen factor salarial para la liquidación de las mismas, al tenor de lo previsto en el artículo 59¹⁵ del Decreto 1042 de 1978, y artículos 17¹⁶ y 33¹⁷ del Decreto 1045 de 1978 (...)” (resaltado fuera del texto).

De otro lado, frente a la prima de antigüedad, advierte el Despacho que no se encuentra acreditado que el demandante percibiera la misma, amén que a los incrementos por antigüedad a los que hace alusión el artículo 49 del Decreto 1042 de 1978, sólo tienen derecho los empleados públicos de entidades del **nivel nacional que se hayan vinculado con anterioridad al 1 de abril de 1977¹⁸**, postulado en el que no se encuentra el demandante.

¹⁵ **Artículo 59°.-** De la base para liquidar la prima de servicio. La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:

- a) El sueldo básico fijado por la ley para el respectivo cargo.
- b) Los incrementos salariales por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.
- c) Los gastos de representación.
- d) Los auxilios de alimentación y 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 ordinales precedentes a 30 de junio de cada año.

¹⁶ **Artículo 17°.-** De los factores salariales para la 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;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de servicios;
- g) La bonificación por servicios prestados.

En caso de interrupción de las vacaciones por las causales indicadas en el artículo 15 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.

¹⁷ **Artículo 33°.-** De los factores de salario para liquidar la 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;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de servicios y la de vacaciones;
- g) La bonificación por servicios prestados.

¹⁸ Concepto No. 20216000045121, REF: REMUNERACIÓN. Prima de Antigüedad. Liquidación de prima de antigüedad. JORNADA LABORAL. Jornada de laboral empleado público. Horas extras. PRESTACIONES SOCIALES. Prescripción de los derechos salariales y prestacionales. RAD. 20219000030452 del 21 de enero de 2021.

Ahora bien, respecto a la **reliquidación de cesantías**, es preciso remitirse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 que dispone:

“Artículo 45°.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) **Los dominicales y feriados;**
- d) **Las horas extras;**
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) **El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;**
(...)” (Negrilla fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, las horas extras, los recargos ordinarios nocturnos, dominicales y festivos sí son factores de salarios para la liquidación de las cesantías, por lo tanto el actor tiene derecho a que se reliquiden las mismas con la inclusión de dichos factores.

5.5.6. De las cotizaciones al régimen de pensiones.

Dada la fecha de vinculación del demandante en la entidad (11 de diciembre de 2015), se colige que en materia pensional se rige por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y en el artículo 6° del Decreto 691 de 1994, modificado por el Decreto 1158 de 1994, preceptiva, esta última, que dispone los factores base de liquidación, así:

“ARTÍCULO 1°. El artículo 6° 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 las horas extras y los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos que laboró el actor, forman parte de la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social, razón por la cual, le asiste el derecho a que sobre tales conceptos se efectúen los aportes pensionales correspondientes.

En ese sentido, se ordenará a la entidad demandada que EFECTUÉ las cotizaciones, con la inclusión del valor de las horas extras diurnas que se ordenaron reconocer y REAJUSTE los aportes sobre las diferencias que resulten, entre lo pagado por la entidad y lo que debió cancelar por concepto de recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos diurnos y nocturnos, previo descuento de los valores que están a cargo del trabajador, según los porcentajes establecidos en la Ley.

5.5.7. Prescripción del reconocimiento y pago de las horas extras, del ajuste de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos diurnos y nocturnos y de los aportes al sistema pensional.

El Despacho estudiará la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, señalando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 “*Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y*

trabajadores oficiales”¹⁹, en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 “Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”²⁰ y en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral²¹.

De conformidad con la normatividad en mención, el demandante contaba con tres (3) años para reclamar el reconocimiento y pago de las horas extras y el reajuste de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos diurnos y nocturnos, término que inició a correr a partir de su causación, esto es, desde el **16 de noviembre de 2016**, toda vez que entre el 11 de diciembre de 2015 (fecha de vinculación) y el 15 de noviembre de 2016, se encontraba en capacitación, quien formuló reclamación administrativa el **30 de mayo de 2019**, de lo que se desprende que no operó fenómeno prescriptivo alguno.

De otra parte, frente a los aportes al sistema pensional, se precisa que debido a que repercuten en el derecho a devengar una prestación acorde a la realidad laboral, estos son **imprescriptibles**²².

5.5.8. Intereses moratorios deprecados por la parte actora, desde la fecha en que la entidad demandada no realizó el pago de las sumas reconocidas al actor.

En lo concerniente al pago de los intereses, el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010²³, señaló:

“(...) Esta Corporación ha venido sosteniendo desde tiempo atrás que recibir la indexación de las sumas adeudadas y además los

¹⁹ **ARTICULO 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

²⁰ **ARTICULO 102.** PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

²¹ **Artículo 151.** Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales, prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.

²² 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)

²³ Sección Segunda- Subseccion “B” M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 08001-23-31-000-2007-00732-01 (2734-08)

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.

5.5.9. De la Inaplicación por vía de excepción del Acuerdo No. 9 de 1999.

Solicita el apoderado del demandante la inaplicación del inciso 3° del artículo 4° del Acuerdo No. 9 de 1999 “*Por el cual se dictan algunas medidas en materia salarial para el Distrito Capital y se dictan otras disposiciones*”, por considerar que la Unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos desconoce los principios establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política, respecto de la verdadera favorabilidad laboral e irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en los artículos 33, 34, 36 y 39 del Decreto 1042 de 1978. Igualmente, refirió que la entidad se aparta de la remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966.

Sobre el particular, basta mencionar que, tal como se indicó a lo largo de esta providencia, al actor no le es aplicable un régimen especial y, por consiguiente, se debe acudir a las normas generales sobre la materia, esto es, las contenidas en el Decreto 1042 de 1978, para determinar su jornada laboral, así como al reconocimiento y pago del trabajo suplementario, recargos nocturnos, dominicales y festivos, resolviéndose el presente asunto bajo dicha normatividad y, en consecuencia, resulta inane la inaplicación de las disposiciones contenidas en el referido acuerdo.

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 entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe, razón por la cual no será condenada en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Dieciocho Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 440 del 14 de junio de 2019, a través de la cual la entidad demandada le negó al actor el reconocimiento, liquidación y pago de las horas extras, así como el reajuste de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos diurnos y nocturnos que laboró.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a BOGOTÁ, D. C. – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS **RECONOCER** y **PAGAR** al señor FREDY AGUILAR VARGAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.923.328, el valor de dos (2) horas extras diurnas por cada turno de veinticuatro (24) horas que haya cumplido, durante el período comprendido entre el **16 de noviembre de 2016 y el 31 de enero de 2019**, sin superar el límite de **cincuenta (50) horas extras mensuales**.

TERCERO.- ORDENAR a BOGOTÁ, D. C. – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS **REAJUSTAR** al señor FREDY AGUILAR VARGAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.923.328, los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos diurnos y nocturnos que laboró, desde el **16 de noviembre de 2016 hasta el 31 de enero de 2019**, empleando para el cálculo de los mismos, el factor de ciento noventa (190) horas mensuales, que corresponden a la jornada ordinaria laboral y no a doscientas cuarenta (240) horas, efecto para el cual, deberá **PAGAR** las diferencias que resulten a favor del

demandante, entre lo pagado por la entidad y lo que debió cancelarse por tal concepto.

CUARTO.- ORDENAR a BOGOTÁ, D. C. – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS **REAJUSTAR** y **PAGAR** al señor FREDY AGUILAR VARGAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.923.328, la liquidación de las cesantías e intereses sobre las mismas, efecto para el cual, deberá tener en cuenta el valor de las horas extras diurnas que se ordenaron reconocer, más la diferencia de los valores resultantes de la reliquidación de los recargos ordinario nocturno, dominical y festivo diurno y nocturno, también ordenados en esta providencia y una vez incluidos ambos valores en la base salarial, se reconocerá la diferencia que resulte entre la suma ya cancelada por dicho concepto y la que a través de esta sentencia se está ordenando.

QUINTO.- ORDENAR a BOGOTÁ, D. C. – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS **EFECTUAR** los aportes al sistema pensional, a favor del señor **FREDY AGUILAR VARGAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.923.328, con la inclusión del valor de las horas extras diurnas que se ordenaron reconocer y **REAJUSTAR** las cotizaciones sobre las diferencias que resulten, entre lo pagado por la entidad y lo que debió cancelar por concepto de recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos diurnos y nocturnos, previo descuento de los valores que están a cargo del trabajador, según los porcentajes establecidos en la Ley.

SEXTO.- ORDENAR a BOGOTÁ, D. C. – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS **ACTUALIZAR** las anteriores sumas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

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

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 horas extras diurnas y la diferencia de los valores resultantes de la reliquidación de los recargos ordinario nocturno, dominical y festivo diurno

y nocturno, 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 cada pago, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos que debieron realizarse sucesivamente, la fórmula se aplicará separadamente pago por pago, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

SÉPTIMO.- NEGAR las demás súplicas de la demanda.

OCTAVO.- Sin costas a cargo de la parte demandada.

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

DÉCIMO.- Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso 1º del 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 al actor, excepto los ya causados, a petición del mismo.

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. 028, de hoy 15 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA HOLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

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:

**af1895c8c60f0600e29e42d7f76b70f84006a92444e0b50b1a43f2f284a
48dfb**

Documento generado en 13/10/2021 02:00:43 p. m.

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., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2020-00213-00**
Demandante: NIDIA CRISTINA MARTÍNEZ VENEGAS
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **NIDIA CRISTINA MARTÍNEZ VENEGAS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.145.767, 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, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 23 de noviembre de 2018, frente a la petición elevada el 23 de agosto de 2018, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía parcial.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a:

(i) Que se declare que la demandante tiene derecho a que la parte demandada le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.

(ii) Se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del presente proceso en el término de 30 días, en virtud de lo contemplado en el artículo 192 y siguientes del C.P.A.C.A.

(iii) Que se condene a la parte demandada a reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, tomado como base la variación del Índice de Precios al Consumidor, desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia.

(iv) Condenar a la parte demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios, a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que efectuó el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

(v) Condenar en costas al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la

Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

1.2.2. El párrafo 2° del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la cesantía de los docentes de los establecimientos educativo del sector oficial.

1.2.3. Por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 27 de noviembre de 2017, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Por medio de la Resolución No. 1982 del 27 de febrero de 2018, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 29 de mayo de 2018, por intermedio de entidad bancaria.

1.2.5. El artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, estableció que dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley y el artículo 5° ibídem, contempló que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles, partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales al servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido por el Fondo Nacional de Ahorro.

1.2.6. La actora solicitó la cesantía el 27 de noviembre de 2017, siendo el plazo para cancelarlas el día 05 de marzo de 2018, pero se realizó el 29 de mayo de 2018, por lo que trascurrieron 85 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelar la cesantía hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. El 23 de agosto de 2018, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial con el objeto de llegar a acuerdos sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989, artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Señala que el pago de la cesantía de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha menoscabado las disposiciones que regulan la materia, por cuanto se ha demorado en algunos eventos 4 o 5 años para su reconocimiento.

Aduce que las Leyes Nos. 244 de 1995 y 1071 de 2006, mediante las cuales se reguló la situación particular del pago de las cesantías parciales y definitivas de los servidores públicos, estableció un término perentorio para el reconocimiento de las mismas, 15 días después de radicada la solicitud y 45 días para proceder al pago al servidor después de expedido el acto administrativo de reconocimiento; sin embargo, pese a que la jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento y pago no debe superar los 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud, el Fondo Prestacional del Magisterio cancela por fuera de los términos establecidos la referida prestación, lo que genera una sanción para la entidad equivalente a 1 día de salario del docente, con posterioridad a los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud.

Manifiesta que con la declaratoria de la Ley 1071 de 2006, se buscó que una vez el empleado quedara cesante en su empleo, éste pudiera tener unos recursos rápidos para mitigar la ostensible rebaja de sus ingresos o al momento que perdiera su trabajo, igualmente la protección de que el trabajador pudiera obtener su pago de la cesantía antes de los 65

días, después de radicada la solicitud, la cual fue ampliada a las cesantías parciales.

Así mismo, la referida Ley estableció los términos perentorios para el reconocimiento y pago de la cesantía de la actora, los cuales están siendo burlados por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **16 de abril de 2021**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

i) Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria: Señaló que de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, la indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacer mediante el pago de una cantidad determinada entre las que se cuentan, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda; sin embargo, en cuanto refiere a la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías, dicha indexación no es procedente.

ii) Improcedencia de la condena en costas: Manifestó que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación, no procede.

Por su parte, la apoderada de la actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **19 de agosto de 2021**, describió el traslado de las referidas excepciones, en forma oportuna, oponiéndose a su prosperidad.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

La apoderada de la parte actora mediante escrito allegado el **21 de septiembre de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías parciales, iii) el acto mediante el cual se reconoció a la actora la cesantía, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida, y v) la mora en el pago de la prestación.

Con fundamento en tales presupuestos probatorios afirma que resulta posible la aplicación al caso concreto de la Ley 1071 de 2006, así como la sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, proferida por el Honorable Consejo de Estado.

En punto a la solicitud de indexación de la condena solicita la aplicación de la sentencia del 26 de agosto de 2019, desde el 29 de mayo de 2018 hasta la fecha en que se cause la ejecutoria de la sentencia que profiera el Despacho y desde la ejecutoria de la sentencia hasta que la entidad responsable realice el pago se reconozcan los intereses legales.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211182525161 del 21 de septiembre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico en la misma fecha, señaló que la

entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **80** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

No obstante lo anterior, solicita no acceder a la indexación de la sanción moratoria, de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, jurisprudencia que determinó que la indexación tiene su fundamento en el fenómeno económico derivado del proceso de la depreciación de la moneda, mientras que la sanción moratoria nace como penalidad por el pago tardío de las cesantías, concluyendo que la indexación de la sanción moratoria no es procedente de ninguna forma, al no satisfacer las características propias de la depreciación de la moneda y al tener un origen y una finalidad diferente a la generación de la sanción mora por pago tardío de las cesantías, de allí que determinó la incompatibilidad de las dos figuras, toda vez que de no ser así se constituiría en una doble sanción para la administración, haciendo más gravosa la situación de la entidad.

De otra parte, reitera la imposibilidad que la entidad que representa sea condenada en costas, pues afirma que conforme al artículo 365 del Código General del proceso solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente se pruebe de manera objetiva su causación y en ausencia de su comprobación no procede, máxime cuando los argumentos de defensa de la parte demandante fueron eminentemente jurídicos, tal como se observa en el expediente.

En ese orden de ideas solicita al Despacho que, de acceder a las pretensiones de la demanda, no se reconozca la indexación de la sanción moratoria ni se condene en costas conforme con los argumentos expuestos.

4.3. Agente del Ministerio Público.

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a la excepción de improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, 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 constituye excepción de mérito que impida resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

En relación con la improcedencia de condena en costas, cabe advertir que no constituye un medio exceptivo, sino un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-129369 del 23 de agosto de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el que la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fls. 18 y 19).

5.2.2. Resolución No. 1982 del 27 de febrero de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 27 de noviembre de 2017 (fls. 20 a 22).

5.2.3. Desprendible de pago del Banco BBVA, donde consta que el pago de la cesantía parcial por valor de \$18.120.960 pesos m/cte., fue realizado a la actora el 29 de mayo de 2018 (fl. 23).

5.2.4. Conciliación extrajudicial llevada a cabo en la Procuraduría 137 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fls. 24 y 25).

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el día 23 de agosto de 2018, ii) si esta tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, y iii) si hay lugar o no a la indexación frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

La apoderada 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 por la demandante el 23 de agosto de 2018, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

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 el día 23 de agosto de 2018, 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.

(...)”.

5.4.1. NORMATIVIDAD QUE REGULA LA MORA EN EL PAGO DE LAS

CESANTÍAS.

Mediante la **Ley 244 del 29 de diciembre de 1995**, se estableció la sanción por el no pago de la cesantía, consistente en una multa a cargo del empleador y a favor del empleado, establecida con el fin de resarcir los daños que se causan a este último por el incumplimiento en el pago de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía.

Así, el artículo 1° consagra que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley”*.

Por su parte, el artículo 2° dispone: *“La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.*

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

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”* estableció en su artículo 4° que *“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías **definitivas o parciales,***

por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley”. (Negrillas del Despacho)

A su vez, el artículo 5° estableció “**MORA EN EL PAGO.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

De los artículos transcritos se deduce que si se trata del reconocimiento de cesantías **definitivas o parciales**, la entidad pública obligada al reconocimiento y pago dispone de un término de quince (15) días hábiles a partir de la fecha de solicitud de liquidación de cesantías, para producir el acto administrativo que ordene su liquidación, y de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de que quede en firme dicho acto, para proceder a su pago.

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

La Corte Constitucional en Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017¹, en punto al tema del derecho de los docentes al reconocimiento de la sanción moratoria, indicó:

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías.

Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

Para dilucidar este asunto, es preciso señalar que la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, fijó los términos para el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías de los servidores del sector público. No obstante, de la lectura de la norma citada no es posible concluir que la misma sea aplicable de manera directa a los docentes del FOMAG.

9.2. La Sala Plena de esta Corporación considera que aquellas personas que se desempeñan como docentes al servicio del Estado tienen derecho, previo cumplimiento de los requisitos legales y según se evalúe en cada caso concreto, al reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, establecida en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 y, en ese sentido, unificará la jurisprudencia sobre el particular. Lo anterior, por cuanto:

(i) *Lo que se busca con el pago de esta prestación social es, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantías-, permitir al trabajador satisfacer otras necesidades, como vivienda y educación. Bajo ese entendido, la efectividad del derecho a la seguridad social se desdibuja cuando a pesar de reconocer que un trabajador, cualquiera sea su naturaleza, tiene derecho al pago de sus cesantías, el Estado o el empleador demora su pago durante un término indefinido.*

ii) *Aunque los docentes oficiales no hacen parte de la categoría de servidores públicos, su situación, características y funciones se asemejan a la de estos últimos y, por lo tanto, les es aplicable el régimen general en lo no regulado en el régimen especial de la Ley 91 de 1989[71].*

(iii) *Desde la exposición de motivos de esta normatividad, la intención del legislador fue fijar su ámbito de aplicación a todos los funcionarios públicos y servidores estatales, es decir, involucra a todo el aparato del Estado, no solo a nivel nacional sino también territorial.*

¹ Corte Constitucional – Sentencia SU – 336 del 18 de mayo de 2017, M. P. Dr. Iván Humberto Escruceria Mayolo, Expedientes T-5.799.348, T-5.801.948, T-5.812.820, T-5.820.810, T-5.823.520, T-5.823.613, T-5.823.615, T-5.826.127, T-5.826.129, T-5.826.142, T-5.826.188, T-5.826.256, T-5.842.501 y T-5.845.180.

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el derecho a la seguridad social de los docentes oficiales, en condiciones de igualdad con los demás servidores públicos a quienes de manera directa se les garantiza el reconocimiento pronto y oportuno de sus prestaciones sociales.

(v) Si bien los operadores judiciales son autónomos e independientes en el ejercicio de sus funciones, mantener dos posturas contrarias sobre el asunto objeto de estudio por la Jurisdicción Contencioso Administrativa genera como consecuencia la vulneración del derecho a la igualdad de quienes se encuentran en la misma situación fáctica y desconoce el principio de seguridad jurídica que irradia las actuaciones de las autoridades judiciales.

(vi) Aplicar el régimen general de los servidores públicos a los docentes oficiales en materia de sanción moratoria resulta ser la condición más beneficiosa y, en esa medida, la que se adecúa mayormente y de mejor manera a los principios, valores, derechos y mandatos constitucionales, particularmente, al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución". (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia CE-SUJ-012 SU del 18 de julio de 2018, proferida dentro del proceso No 73001-23-33-000-2014-00580-01, Demandante Jorge Luis Ospina Cardona, Demandados: Nación-Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento del Tolima **UNIFICÓ** los siguientes aspectos en torno al tema de la sanción moratoria: i) la categoría de servidor público de los docentes ii) la exigibilidad de la sanción por mora iii) salario de liquidación e iv) indexación de la sanción moratoria.

5.5. CASO CONCRETO.

El caso en estudio se analizará bajo los criterios de unificación referidos en la sentencia anteriormente mencionada, así:

5.5.1. Categoría de servidora pública de la actora.

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que "...los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de

*la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.”*

En ese sentido, señala que “...a los docentes les son aplicables las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos, siendo consonante esta posición con la adoptada por la Corte Constitucional...”.

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Nidia Cristina Martínez Venegas, ostenta la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía parcial, prestaba sus servicios como docente de vinculación nacional –Situado fiscal, CENT EDUC DIST REP DE CHILE (fl. 20), calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) Acto escrito extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) Acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores

a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de termino (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 1982 del 27 de febrero de 2018 (fl. 20) la demandante solicitó el pago de sus cesantías parciales el **27 de noviembre de 2017**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **19 de diciembre de 2017**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **27 de febrero de 2018**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles desde el **28 de noviembre de 2017**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías parciales debió realizarse a más tardar el **09 de marzo de 2018**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **29 de mayo de 2018**, como consta en el desprendible de pago expedido por el Banco BBVA, obrante a folio 23 del expediente, incurriéndose en mora desde el **09 de marzo de 2018 al 28 de mayo de 2018**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

En la sentencia de unificación se precisó que el salario base para calcular el monto de la sanción moratoria varía según se trate de cesantías parciales o definitivas.

Así, para las cesantías parciales será la asignación básica diaria devengada por el servidor público para el momento en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad, por cuanto el incumplimiento de la entidad empleadora puede comprender una o más anualidades.

Por su parte, en tratándose de la sanción originada por el incumplimiento de la entidad pública respecto de las cesantías definitivas, la asignación básica salarial tenida en cuenta será la percibida para la época en la que finalizó la relación laboral, por cuanto al momento en que se produce el retiro del servicio surge la obligación de pagarlas.

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **parcial**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se causó la mora por el no pago para cada anualidad.

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento de la entidad empleadora comprende una anualidad (**09 de marzo de 2018 al 28 de mayo de 2018**), razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora en los meses de marzo a mayo de 2018.

5.5.4. De la indexación de la sanción moratoria. Variación del criterio adoptado por el Despacho.

Al respecto, el Consejo de Estado en la sentencia que se viene de leer, en punto a la indexación del valor a pagar por sanción moratoria en los casos de docentes, señaló:

(...) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación

laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.

(...)

187. De acuerdo con lo anterior, las penalidades constituyen una sanción severa a quien incumple con determinada obligación, **siendo inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa.**

191. En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, **la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.**

(...)”.

Ahora bien, en sentencia del **26 de agosto de 2019**², dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica “...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.”, debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

“(..)

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que ‘(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.(...)’, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1)si hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2)quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3)aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo

² Sección Segunda – Subsección “A” Exp. No. 68001-23-33-000-2016-00406-01, No. Interno: 1728-2018, Demandante: Aurora del Carmen Rojas Álvarez Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, M.P. William Hernández Gómez.

para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia -art. 187 -y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

(...)”.

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era del criterio que en ningún caso había lugar a la indexación moratoria, varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual desde el momento que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia procede la indexación del artículo 187 del C.P.A.C.A.

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **30 de mayo de 2018** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora Nidia Cristina Martínez Venegas el 23 de agosto de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **09 de marzo de 2018 y el 28 de mayo de 2018.**

El valor del salario es el vigente para los meses de marzo a mayo de 2018, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*³; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*⁴; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral⁵.

De conformidad con la normatividad en mención, la demandante, contaba con tres años para reclamar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de su cesantía parcial, término que inició a correr a partir desde su exigibilidad.

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía parcial, se hizo exigible a partir del **09 de marzo de 2018** y la señora Nidia Cristina Martínez Venegas formuló reclamación administrativa el **23 de agosto de 2018** (fls. 18 a 19), en tanto la demanda se presentó el **01 de septiembre de 2020**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

³ **ARTICULO 41.** Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁴ **ARTICULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.** 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

⁵ **Artículo 151.** Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales, prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.

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, por lo cual no se condenará en costas.

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 respecto de la petición elevada el **23 de agosto de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-129369.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. **E-2018-129369 del 23 de agosto de 2018**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías parciales.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **NIDIA CRISTINA MARTÍNEZ VENEGAS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.145.767, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías parciales, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **09 de marzo de**

2018 y el 28 de mayo de 2018, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para los meses de marzo a mayo de 2018, entendiéndose que corresponden a la asignación básica devengada por la actora en dichos meses y año.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **30 de mayo de 2018 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin condena en costas a cargo de la entidad demandada.

SEXTO: Exhortar a la Ministra de Educación Nacional, al Director del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Gerente de la Fiduprevisora S.A. como sujetos garantes del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de los docentes estatales y de la administración de los recursos de dichas prestaciones, respectivamente, que adopten los correctivos necesarios frente a la tardanza que se presenta en el reconocimiento y pago de las cesantías de los educadores y así evitar la sanción moratoria.

SÉPTIMO: Por Secretaría dese cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: La entidad demandada deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del término fijado en el artículo 192 ibídem.

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

Firmado Por:

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 028 de hoy 15 de octubre de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

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:

35425a3e1e12844b7fe1fc551fac51170d18584edc1919acdd5e72f131bfae5c

Documento generado en 13/10/2021 02:22:51 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., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335-018-2020-00235-00
Demandante: JAIRO ALFREDO GALVEZ ARGOTE
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Asunto: SENTENCIA

El señor **JAIRO ALFREDO GALVEZ ARGOTE**, identificado con cédula de ciudadanía número 19.368.928, actuando por medio de apoderado 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 la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

i) Pretende el demandante que se declare la nulidad del oficio No. S-2019-162262 del 6 de septiembre de 2019, por medio del cual la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la suspensión y reintegro de los descuentos en salud efectuados en sus mesadas adicionales.

ii) Que se declare la nulidad del Oficio No. 20190872548671 del 8 de noviembre de 2019, a través del cual la Fiduciaria la Previsora S.A le negó la solicitud del reintegro y suspensión de las sumas descontadas por

concepto de seguridad social (salud) en las mesadas adicionales de cada año.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se condene a las entidades demandadas a lo siguiente:

- Reintegrar los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año, desde que se causó la pensión y hasta que se profiera la sentencia.
- Suspender los descuentos por seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de cada año, que se causen a partir de la sentencia.
- Reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto del reintegro solicitado en los descuentos para salud, referidos en los numerales anteriores, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, conforme con lo establecido en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.
- Que se condene en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones el demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que mediante Resolución No. 1651 del 25 de marzo de 2015, proferida por la Secretaría de Educación de Bogotá en representación del Ministerio de Educación Nacional y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación al actor.

1.2.2. Que desde el primer pago de las mesadas pensionales de jubilación al demandante se le vienen efectuando descuentos para EPS (Salud), sobre las mesadas adicionales, sin existir una norma vigente que así lo ordene, tanto en las leyes que rigen la seguridad social, como en el régimen especial que gobierna las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

1.2.3. Que mediante derecho de petición del 5 de septiembre de 2019, bajo radicado No. E-2019-143563, solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad

1.2.4. Que a través de oficio del 06 de septiembre de 2019, bajo radicado S-2019-162262, la Secretaria de Educación de Bogotá- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó el reintegro y la suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada anualidad, y remitió por competencia la petición a la Fiduprevisora S.A.

1.2.5. Que por medio de petición del 17 de septiembre de 2019, bajo radicado No. 20190323269792, solicitó ante la Fiduciaria la Previsora S.A, el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

1.2.6. Que la Fiduprevisora S.A., mediante el oficio No. 20190872548671 del 8 de noviembre de 2019, negó la solicitud de reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada anualidad.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado del demandante estima desconocidos los artículos 2, 13, 25, 29, 46, 48, 53, 58 y 228 de la Constitución Política, las Leyes 100 de 1993, 812 de 2003 y los Decretos 1073 de 2002 y 812 de 2003.

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.

Afirmó que el Decreto 1073 de 2002, establece una clara prohibición de hacer descuentos en las mesadas adicionales, señalando que los mismos se deben efectuar sólo sobre las 12 mesadas ordinarias.

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 **19 de abril de 2021**, allegado vía correo electrónico el mismo día, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las excepciones de:

i) Falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A., en la que señaló que el Ministerio de Educación Nacional celebró el contrato de fiducia mercantil de administración y pago del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ordenado por la ley 91 de 1989, con la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., mediante la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del círculo de Bogotá, razón por la cual la Fiduprevisora actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sostuvo que la Fiduciaria la Previsora es una entidad encargada de administrar los recursos que tienen doble connotación, es decir, tiene ingresos económicos tanto privados como públicos.

Manifestó que las entidades fiduciarias no responden por las obligaciones de los patrimonios autónomos que administran y que no tienen responsabilidad en la expedición de las resoluciones y mandatos de reconocimiento de las prestaciones a las que tiene derecho los docentes.

Reiteró que la Fiduprevisora es vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues los recursos provienen de este y su disponibilidad depende y se condiciona a la instrucción del Fideicomitente, en este caso el Ministerio de Educación Nacional, por lo cual solicita su desvinculación.

ii) Legalidad del acto administrativo 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% 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 el 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 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, se aumentó en un 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, 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 el demandante, toda vez que carecen de fundamento normativo.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **6 de septiembre de 2021**, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y a su vez señaló que se debe ordenar a la entidad demandada el reintegro de todos los descuentos del 12% realizados en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre percibidas por el señor Jairo Alfredo Gálvez Argote, así como abstenerse de practicar dichos descuentos en lo sucesivo.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el No. **20211182252111 del 6 de septiembre de 2021**, allegado vía correo electrónico el mismo día, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que el Consejo de Estado - Sección Segunda, profirió sentencia de unificación, en el sentido de precisar que son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% establecido en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, en las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes, en virtud de lo contemplado en 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 y luego la ley 812 de 2003 en el artículo 81, incrementó dicho porcentaje en un 12%.

4.3. Ministerio Público

Se advierte que el señor Procurador Delegado ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a la excepción de **falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A.**, se advierte que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, en cuyo artículo 9° se estableció que las prestaciones sociales del Magisterio serán reconocidas por la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, recursos que son administrados por la Fiduciaria la Previsora S.A.

En ese sentido, para el cumplimiento de las funciones de reconocimiento, pago y descuentos en salud de las mesadas adicionales de prestaciones asignadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se

confirieron a la Fiduprevisora facultades eminentemente administrativas para efectuar los descuentos de dichas prestaciones socio- económicas; no obstante, las aludidas prestaciones están a cargo de la Nación y son pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como cuenta especial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, siendo este Ministerio el llamado a responder frente a las pretensiones del demandante y no la Fiduciaria la Previsora S.A, razón suficiente para dar prosperidad a la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por la apoderada de la Fiduprevisora.

Frente a las excepciones de **legalidad del acto administrativo 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.

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

5.2.1. Resolución No. 1651 del 25 de marzo de 2015, 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 julio de 2014.

5.2.2. Petición elevada por el actor ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 5 de septiembre de 2019 a través de la cual solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos por salud efectuados en sus mesadas adicionales de junio y diciembre.

5.2.3. Oficio No. S-2019-162262 del 6 septiembre 2019, 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.

5.2.4. Petición elevada por el demandante ante la Fiduciaria la Previsora S.A. el 17 de septiembre de 2019, bajo el radicado No. 20190323269792, a través de la cual solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos por salud efectuados en sus mesadas adicionales de junio y diciembre.

5.2.5. Oficio No. 20190872548671 del 8 de noviembre de 2019, por el cual la Fiduciaria la Previsora S.A., informó al actor que conforme a lo establecido en el artículo 8° de la Ley 91 de 1989 y en la Ley 812 de 2003, en concordancia con la Ley 100 de 1993, proceden los descuentos en salud en la mesadas adicionales de junio y diciembre.

5.2.6. Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados al actor, por el periodo comprendido entre el 31 de octubre de 2019 y el 30 de junio de 2015, en el cual consta que efectivamente se le ha realizado el descuento para salud en la mesada adicional del mes de diciembre.

5.2.6. Copia de la cédula de ciudadanía del demandante.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar:

i) si con la expedición del acto administrativo contenido en el Oficio No. S-2019-162262 del 6 de septiembre de 2019, proferido por la Secretaría de Educación de Bogotá, por medio del cual se negó el reintegro y la suspensión de los descuentos en salud de las mesadas adicionales de la pensión del

actor, se incurrió en las causales de nulidad que desvirtúen su legalidad, **ii)** si las mesadas pensionales reconocidas a favor del demandante en calidad de pensionado 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 **iv)** si se debe ordenar la suspensión de tales descuentos a partir de la ejecutoria de la sentencia.

5.3.2 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.

5.3.2.1. 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).

5.3.2.2. 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 Gómez¹, 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:

“(…)

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

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 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.

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

² 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».

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.**

(...)”. (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.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el demandante pretende 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.

En ese sentido, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció la pensión de jubilación al señor Jairo Alfredo Galvez Argote, según consta en la Resolución No. 1651 del 25 de marzo de 2015.

Obran así mismo, el Oficio No. S-2019-162262 del 6 de septiembre de 2019, en el que se señaló que los descuentos en las mesadas adicionales de **junio y diciembre**, se realizan en aplicación al numeral 5 del artículo 8 de la Ley 91 de 1989, la Ley 812 de 2003 y el Decreto 2341 de 2003.

Igualmente, se acompañaron al proceso los comprobantes de pago de pensión y descuentos en salud realizados al demandante por el periodo comprendido entre el 30 de junio de 2015 y el 31 de octubre de 2019, donde consta que efectivamente se le han efectuado los descuentos en salud sobre la mesada adicional de diciembre.

No obstante, 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 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,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probada la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA*”, propuesta por la apoderada de la Fiduciaria la Previsora S.A., de conformidad con las razones expuestas en la presente sentencia.

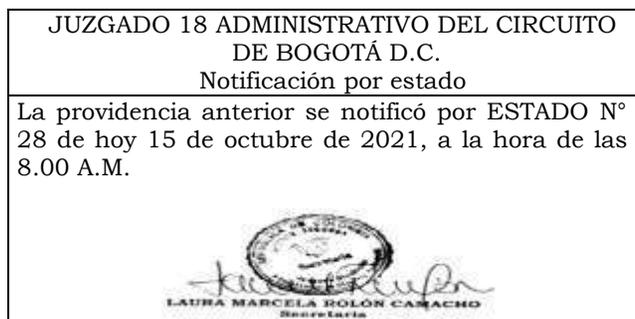
SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Sin costas a cargo de la parte actora.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor, excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ



Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

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:

**37138cc738c879e3d01fd7040fb7649635ec79ce75f4cbc32309413a96
e446be**

Documento generado en 13/10/2021 12:52:50 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 JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11001-33-35-018-**2020-00331-00**
Demandante: HENRY AUGUSTO VELÁSQUEZ VARÓN
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL
Asunto: SENTENCIA

El señor **HENRY AUGUSTO VELÁSQUEZ VARÓN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 93.412.321, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES

Pretende el demandante que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 275570 del 25 de febrero de 2020, mediante la cual se le reconocieron las cesantías.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada a:

- i)** Cancelar las cesantías al demandante desde la fecha de ingreso hasta la fecha de retiro del servicio, tomando como base un salario mínimo mensual legal vigente + 60%.

- ii)** Reliquidar las cesantías del demandante incluyendo el subsidio familia como factor salarial para la liquidación.
- iii)** Cancelar las diferencias que arroje entre lo pagado y lo que debió cancelarse, por medio de su apoderado judicial.
- iv)** Pagar la sanción moratoria desde la fecha que se debieron pagar las cesantías hasta que se haga efectivo el respectivo pago.
- v)** Liquidar lo anterior mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, ajustándolas con base en el Índice de Precios al Consumidor I. P. C. certificado por el DANE.
- vi)** Condenar en costas a la entidad demandada, incluidas las agencias en derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en la Sentencia C-539 de 28 de julio de 1999 de la Corte Constitucional.
- vii)** Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A. y demás normas concordantes, comunicándosele por intermedio de su representante legal.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones, el demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que ingresó al EJÉRCITO NACIONAL, como soldado voluntario, bajo el imperio normativo de la Ley 131 de 1985, y fue dado de baja por tener derecho a la Asignación de Retiro por cumplir más de 20 años de servicio.

1.2.2. Que, en noviembre del 2003, fue transferido a soldado profesional por la expedición de los Decretos 1793 y 1794 del 2000.

1.2.3. Que sus cesantías fueron canceladas de la siguiente forma: (i)

en el régimen retroactivo, Ley 131 de 1985, desde el 01/04/2000 hasta el 31/10/2003 por valor de \$ 2.274.643 pesos m/cte.; (ii) en el régimen anualizado desde el 01/11/2003 hasta 30/05/2019 por valor de 19.904.876 pesos m/cte.; para un valor total de cesantías de: \$ 22.178.876 pesos m/cte.

1.2.4. Que las cesantías de todo el tiempo laborado debieron ser canceladas, con un salario mínimo mensual legal vigente + 60%; sin perjuicio de lo cual, la entidad demandada toma como salario un SMMLV + 40% para la liquidación de sus cesantías, cuando su salario, según la Ley 131 de 1985 era de SMMLV + 60%.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 1, 2, 6, 11, 53 y 90 Constitucionales; los artículos 138 y siguientes de la Ley 1437 de 2011; la Ley 31 de 1985; y los Decretos Nos. 1793 y 1794 de 2000.

Sostiene que las cesantías son una prestación social y fueron otorgadas por el Decreto 1794 del 2000 a los soldados profesionales. Del mismo modo, se refirió a que el artículo 3 de la Ley 131 de 1985, señala que: “[l]as personas a que se refiere el artículo 2o. de la presente Ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, **al Régimen Prestacional** y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones **para los soldados de las Fuerzas Militares** y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta Ley” (negritas de la parte); afirmando que tienen derecho al pago de las cesantías los soldados voluntarios regidos por la Ley 131 de 1985.

Indica que al no poderse aplicar al demandante el artículo 13 de la Ley 334 de 1996, que regula las cesantías para empleados públicos, por no ser aplicable al personal de las Fuerzas Militares, se adquiere el derecho de las cesantías por principios constitucionales desde el momento que

ingresa a la Institución Militar, es decir desde que inició labores como soldado voluntario, bajo el imperio de la Ley 131/1985.

Manifiesta que, en la liquidación de las cesantías no se tomaron en cuenta todos los factores salariales para su liquidación, tales como: i) salario básico SMMLV + 60%, ii) prima de antigüedad con base en este salario; iii) subsidio de familia, contemplado para los soldados como factor computable para asignaciones de retiro y pensiones de invalidez, según el artículo 5° del Decreto 1161 del 2014; iv) doceavas partes de la prima de navidad, que es factor salarial según el Decreto 1794 del 2000; y v) prima de orden público, teniendo en cuenta que el soldado la ganaba mensualmente hasta el momento de su retiro, teniendo todos los elementos constitutivos como salario.

Alude a que el demandante se desempeñó como soldado de las fuerzas militares, primero como soldado voluntario, y luego como soldado profesional con unos extremos laborales diferentes a los que fueron liquidados, pues se le cancelaron las cesantías desde el 01/11/2003, hasta la fecha de retiro en un régimen diferente. Por lo anterior, solicita reliquidar las cesantías tomando como base los extremos laborales y, además, reliquidarlas en el sistema retroactivo, señalando que el artículo 3 de la Ley 131 de 1985 regula la relación laboral del demandante con el Estado colombiano entre el 14/03/1995 hasta el 31/10/2003.

Manifiesta que la solicitud de reliquidación de las cesantías con el sistema retroactivo debe hacerse con el último salario devengado por años de servicio y proporcional si hubiere tiempo residual, para lo cual invoca el artículo 1° del Decreto 1252 de 2000, resaltando que el demandante se vinculó al servicio del Estado el día 14/03/1995, y que la norma antes indicada entró en vigencia el día 06 de julio de 2000, razón por la cual las cesantías del demandante deben ser canceladas en el régimen retroactivo, es decir con el último salario devengado por años de servicios prestados pues no media autorización expresa de cambio de régimen de cesantías.

Refiere a que en la Resolución objeto de litigio, se cancelan las cesantías

del actor desde el 01/11/2003 hasta la fecha de su retiro, año a año, régimen que no es aplicable pues para que así fuera, la vinculación debe ser posterior a la vigencia de la misma.

Sostiene que el EJÉRCITO NACIONAL al no cancelar completa la cesantía al demandante vulnera considerablemente el artículo 2 de la Ley 4ª de 1992, ya que no puede desmejorar las condiciones de sus asalariados.

Alude a que el actor inició sus labores como Soldado Voluntario, en el EJÉRCITO NACIONAL, bajo el imperio de la Ley 131 de 1985, que en el artículo 4 determinó la remuneración de los soldados VOLUNTARIOS de la siguiente manera: *“El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.”*

Indica que, por su parte, el Decreto 1794 de 2000 determinó una asignación salarial para los soldados profesionales de la siguiente manera:

“los soldados profesionales que se vinculen a las fuerzas militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.”

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo (sic) siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengará (sic) un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).”

Señala que en el año 2000 fue proferido el Decreto 1793, *“Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”*, el cual señaló en su artículo 1º quiénes son los soldados profesionales; en su artículo 38 el régimen salarial y prestacional y, en su artículo 42 el ámbito de aplicación.

Manifiesta que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución Política de 1991, ninguna norma jurídica en el sistema

colombiano puede desconocer la supremacía de los mandatos constitucionales, que es un especial baremo de validez y eficacia jurídica en el medio, pues los actos administrativos no son vinculantes cuando violan la Constitución y la Ley o desconocen la doctrina constitucional integradora, correspondiendo la facultad de inaplicarlos, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Agregó que es causa de anulación de los actos administrativos, la denominada “desviación de poder”, la cual en el presente caso tiene lugar por cuanto desconoce normas de orden constitucional y legal contenidas en la Ley 131 de 198 y en el Decreto 1794 de 2000.

Así las cosas, afirma que no se canceló al demandante el valor de las cesantías del tiempo que estuvo como soldado voluntario. De lo anterior, concluyó que se constituye una desviación de poder, ya que, si los servidores públicos no actúan dentro de los cauces de sus potestades públicas, como afirma sucedió en el presente caso, al proferir el acto aquí demandado, se negaron los derechos adquiridos por su vínculo laboral, siendo allí donde el servidor público abusó de sus poderes o facultades, premisa que en el evento del acto demandado se traduce en fundamento para su anulación.

Indicó que el comportamiento del EJÉRCITO NACIONAL es totalmente arbitrario, constitutivo de mala fe, pues para decidir la petición invocada no tuvo en cuenta las argumentaciones y fundamentos de derecho presentados por el peticionario y simplemente consideró que no era viable acceder a su pedido, negando cualquier recurso que pudiese haber sido impetrado con argumentos de alzada. De igual manera, se refirió a la mala fe de la entidad demandada, porque desconoce las reiteradas jurisprudencias de los tres órganos de cierre, que han sido reiterativas en el manejo que debe darse a los derechos adquiridos, además de desconocer los postulados constitucionales contenidos en los artículos 1 y 2.

III. CONTESTACIÓN.

Tal como se señaló en el auto del 02 de septiembre de 2021, la demanda le fue notificada a la entidad demandada el 05 de febrero del mismo año, razón por la cual tenía hasta el 03 de mayo de la misma anualidad para dar contestación, actuación que realizó hasta el 05 del mismo mes y año, esto es, de forma extemporánea, circunstancia que impide tenerla en cuenta.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **06 de septiembre de 2021**, vía correo electrónico señaló que en el escrito de demanda se pretende la nulidad parcial del acto administrativo por medio de la cual se le reconocieron las cesantías al actor, por estimar que el acto acusado, no está ajustado a la realidad con base en las partidas computables y base salarial, siendo vulnerador del derecho fundamental a la igualdad y derechos laborales.

Indicó que el demandante ingresó, en calidad de soldado voluntario, al Ejército Nacional y que su vinculación laboral fue establecida en la Ley 131 de 1985, artículo tercero; y que se desempeñó como soldado voluntario desde la fecha de ingreso hasta el 31/10/2003 y que recibía una remuneración por el servicio prestado de un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, según lo ordenado en la Ley 131 de 1985 artículo 4°.

Afirmó que el 01/11/2003, el actor fue trasferido a soldado profesional y desempeñó sus funciones hasta el 30/05/2019, y que el salario percibido como contraprestación a la labor en este periodo fue el regulado en el Decreto 1794 de 2000, artículo 1, y que siempre desarrolló las funciones y actividades que le ordenaban sus superiores jerárquicos sin ningún tipo de variación.

Así las cosas, solicitó la declaratoria de la nulidad parcial del acto acusado por estimar que no se tuvo como base de liquidación de las cesantías un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, de acuerdo con la Ley 131 de 1985, pues aduce que al observar la Resolución N°275570 del 25 de febrero de 2020, mediante la cual se reconocieron las cesantías al actor, se tiene que la entidad demandada, tuvo en cuenta como base salarial un SMMLV incrementado en un 40%, cuando debió ser con un incremento del 60%. Con lo anterior, señaló que el Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, indicó que para los soldados voluntarios incorporados como profesionales se constituyó un régimen de transición tácito en materia salarial, razón por la cual pese a aplicárseles el nuevo estatuto del personal de los soldados profesionales, en materia salarial, conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4 de la Ley 131 de 1985, es decir un salario vigente aumentado en un 60%, lo cual tiene efectos en las prestaciones, en razón a que se liquidan con base en el salario.

Asegura que, al observar el acto acusado, se constata que las cesantías por el periodo del 01 de noviembre de 2003 al 30 de mayo de 2019, se liquidaron con base en el SMMLV incrementado en un 40%; al respecto el Consejo de Estado en fallo de unificación consideró que *“[p]or tal razón se concluye, que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestacionales y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías”*.

Manifestó que las cesantías constituyen una prestación social que fue otorgada al actor por el Decreto 1794 del 2000, artículo 9, pero que en la liquidación de cesantías realizada y hoy objeto de demanda, no se tomó en cuenta el Subsidio de Familia como factor de liquidación; a pesar de que este, según el Decreto 1161 del 2014, artículo 5 y la sentencia SUJ-015-CE-S2-2019, es factor salarial. De manera que, el subsidio de familia se tiene como partida computable para los soldados profesionales para

asignaciones de retiro y pensiones de invalidez; misma apreciación que debe darse para la liquidación de las cesantías definitivas.

Así las cosas, sostuvo que, por la fecha de ingreso del demandante como soldado profesional de las fuerzas militares, no le son aplicables las cesantías reguladas en el Decreto 1794 de 2000, artículo 9, por disposición expresa del Decreto 1252 de 2000, sino que la normatividad que se aplica es el régimen general de cesantías basado en la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 14 se previeron los elementos integrantes como salario.

Por lo tanto, concluyó que al darse el reconocimiento por el Decreto 1161 de 2014 al subsidio de familia como factor, el mismo debe ser base para liquidar las cesantías; siendo entonces los factores para liquidarlas: (i) el sueldo básico, (ii) la prima de antigüedad, y (iii) el subsidio de familia.

4.2. Parte demandada

La apoderada del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, dentro de la oportunidad legal, no presentó alegatos de conclusión.

4.3. Ministerio Público

Se advierte que el señor Procurador Delegado ante el Despacho 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. Resolución No. 275570 del 25 de febrero de 2020, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías definitivas al actor.

5.1.2. Hoja de servicios No. 3-93412321 de fecha 20-08-2019,

perteneciente al señor Henry Augusto Velásquez Varón.

5.1.3. Conciliación extrajudicial, llevada a cabo el 20 de noviembre de 2020, ante la Procuraduría 191 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: **i)** si con la expedición del acto administrativo identificado como Resolución N° 275570 del 25 de febrero de 2020, por medio de la cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías definitivas al actor, se incurrió en las causales de nulidad alegadas, que desvirtúen su legalidad; **ii)** si hay lugar a la reliquidación y cancelación de las cesantías del demandante; y **iii)** si hay lugar al pago de la sanción moratoria desde la fecha en que se debieron pagar las cesantías hasta que se haga efectivo el respectivo pago.

5.3. DE LA ASIGNACIÓN BÁSICA DEVENGADA POR LOS SOLDADOS PROFESIONALES. NORMATIVIDAD APLICABLE.

En el caso que nos ocupa, el señor Henry Augusto Velásquez Varón a través de apoderado, depreca la reliquidación y cancelación de las cesantías, desde la fecha de ingreso, hasta la fecha de retiro del servicio, tomando como base un salario mínimo mensual legal vigente + 60% y no un salario mínimo mensual legal vigente + 40%, como asegura lo hizo la entidad demandada.

Sobre el particular, basta mencionar que el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso con el radicado No. CE-SUJ2 850013333002201300060 01, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, definió el derecho del reajuste del 20% reclamado por los

soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales en los siguientes términos:

“En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto (...)

Primero. *De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.*

Segundo. *De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.*

Tercero. *Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.*

Cuarto. *La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 respectivamente”.*

Por su parte, en sentencia SUJ-015 CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida dentro del proceso No 85001-33-33-002-2013-00237-01, Demandante Julio César Benavides Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, dicha Corporación Judicial **UNIFICÓ** algunos temas relativos a los emolumentos devengados por estos servidores una vez son retirados del servicio y en lo concerniente al reajuste salarial del 20%, señaló:

“(...

4.1. *La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se*

encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%...

4.2. *Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.*

(...)”.

Así las cosas, bajo el marco jurisprudencial señalado en las referidas sentencias, es claro que los soldados profesionales que se hayan vinculado a las Fuerzas Militares a partir de la expedición del Decreto 1794 de 2000, tendrán derecho a devengar un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%); en tanto, que los soldados que ya venían vinculados en virtud de la Ley 131 de 1985 y que conservaren tal vinculación al día 31 de diciembre de 2000, tendrán derecho a devengar un salario mensual igual al salario mínimo legal vigente, **pero incrementado en un sesenta por ciento (60%)**.

De las pruebas allegadas al expediente se advierte que el actor prestó sus servicios al Ejército Nacional como Soldado Bachiller desde el **07 de diciembre de 1998 hasta el 27 de octubre de 1999**; posteriormente, como soldado voluntario desde el **01 de abril de 2000 hasta el 31 de octubre de 2003** y fue incorporado como soldado profesional desde el **1° de noviembre de 2003 hasta el 30 de mayo de 2019**, cumpliendo los tres meses de alta el **30 de agosto de 2019**, tal como consta en la Hoja de Servicios obrante en el plenario, de donde se colige que el actor se vinculó como soldado voluntario al Ejército Nacional el **01 de abril de 2000**, esto es, con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, situación que lo ubica en la excepción prevista en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000, para devengar como sueldo básico un salario mínimo legal vigente incrementado **en un 60%**.

Ahora bien, de la lectura de la Resolución No. 275570 del 25 de febrero de 2020, se evidencia que la liquidación de las cesantías definitivas del actor

tuvo en cuenta, como salario básico, un salario mínimo mensual legal vigente de cada año, incrementado en un 40%, para los años 2003 a 2016; mientras que para los años 2017 a 2019 tomó como salario básico, un salario mínimo mensual legal vigente, incrementado en un 60%, de la siguiente manera:

AÑO	SALARIO MÍNIMO (EN PESOS)	INCREMENTO DEL 40% (EN PESOS)	SMMLV + 40% (EN PESOS)	VALOR VISIBLE EN LA LIQUIDACIÓN COMO SALARIO BÁSICO (EN PESOS)
2003	332,000	132,800	464,800	464,800
2004	358,000	143,200	501,200	501,200
2005	381,500	152,600	534,100	534,100
2006	408,000	163,200	571,200	571,200
2007	433,700	173,480	607,180	607,180
2008	461,500	184,600	646,100	646,100
2009	496,900	198,760	695,660	695,660
2010	515,000	206,000	721,000	721,000
2011	535,600	214,240	749,840	749,840
2012	566,700	226,680	793,380	793,380
2013	589,500	235,800	825,300	825,300
2014	616,000	246,400	862,400	862,400
2015	644,350	257,740	902,090	902,090
2016	689,455	275,782	965,237	965,237
2017	737,717	295,086	1,032,803.8	1,180,347.2
2018	781,242	312,496.8	1,093,738.8	1,249,988
2019	828,116	331,246.4	1,159,362.4	1,324,986

En consecuencia, este Despacho accederá a las súplicas de la demanda, en lo relacionado con la reliquidación de las cesantías definitivas con base en un SMMLV + 60% para los años 2003 a 2016, pues se encuentra demostrado que sólo para esos años la entidad tomó como salario básico el SMMLV + 40%.

De otra parte, vale mencionar que la parte actora solicitó que la reliquidación de las cesantías se ordenara desde la fecha de ingreso hasta la fecha de retiro del servicio, explicando en su concepto de violación que el demandante adquirió el derecho de las cesantías desde el momento que ingresó a la Institución Militar, es decir desde que inició labores como soldado voluntario, bajo el imperio de la Ley 131 de 1985. Y, además, solicitó que la reliquidación se haga bajo el régimen retroactivo, toda vez que el demandante se vinculó al servicio del Estado el día 14/03/1995, razón por la cual asegura que las cesantías del demandante deben ser

canceladas con el último salario devengado por años de servicio prestados pues no media autorización expresa de cambio de régimen de cesantías; siendo que en la Resolución objeto del presente litigio, se cancelan las cesantías desde el 01/11/2003 hasta la fecha de su retiro, año a año, régimen que no es aplicable.

A este respecto, resulta imperioso invocar la Sentencia del 17 de julio de 2020, emitida por la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia de la doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el marco del proceso No. 63001-23-33-000-2018-00232-01(5467-19), Demandante: Jesús Sofonías Pupiales Calvache, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, en la cual se estudiaron las cesantías definitivas de un soldado voluntario incorporado como soldado profesional y al respecto se dispuso:

*“31. La referida disposición del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece claramente que en relación con el reconocimiento de la aludida prestación social, la misma le sería reconocida a los soldados profesionales en equivalencia a un salario mínimo más la prima de antigüedad por año de servicio, **liquidada anualmente**, es decir, bajo un régimen distinto al concebido en la Ley 131 de 1985 como quiera que esta última consagraba una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.*

*32. En ese sentido, encuentra la Sala que si bien el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1793 de 2000, a pesar que en el artículo 38 *ibidem* consagró con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, el principio de respeto por los derechos adquiridos, lo cierto es que, en el artículo 9 del Decreto 1794 de 2000 no dispuso nada respecto de las cesantías y el régimen aplicable con relación de aquellos servidores que tuvieran su derecho adquirido en aras de respetar la retroactivo (sic) de cesantías para el personal que venían de ser soldados voluntarios vinculados en vigencia de la Ley 131 de 1985.*

33. En ese orden de ideas, para que se pueda predicar la existencia de un derecho adquirido deben cumplirse las siguientes condiciones: (i) las circunstancias específicas de la situación deben encajar dentro de los postulados legales que crean el derecho y; (ii) se requiere que este haya ingresado al patrimonio de quien es su titular (...)” (Negrillas originales, subrayas añadidas).

Así las cosas, en punto del caso concreto que la mencionada corporación en su momento analizó en la sentencia que se viene de transcribir, la misma

refirió:

“35. De la lectura a la Resolución No 248268 del 29 de mayo de 2018, se obtiene que el señor Jesús Sofonías Pupiales Calvache estuvo vinculado con Ejército Nacional así: i) como soldado voluntario: Desde el 16 de mayo de 1999 al 31 de octubre de 2003 y ii) como soldado profesional: Del 01 de noviembre de 2003 al 30 de enero de 2018.

36. **Respecto de la vinculación como soldado voluntario, se encuentra acreditado que al demandante se le reconoció sus cesantías definitivas con aplicación del régimen contenido en la Ley 131 de 1985, esto es, le fue pagada por una sola vez una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad, teniendo como base la última bonificación devengada más la prima de antigüedad equivalente al (6.5%) de la asignación salarial básica por cada año de servicio sin exceder del 58.5%, para lo cual le fue reconocida la suma de \$ 2.956.125.00**

37. Ahora, **en cuanto a su vinculación como soldado profesional, la Resolución 248268 del 29 de mayo de 2018 acredita que al actor le fue liquidado el auxilio de cesantías conforme lo estatuido en el Decreto 1794 de 2000, equivalente al salario básico anual más la prima de antigüedad, incrementada anualmente en un (6.5%) de la asignación básica por cada año, sin exceder el (58.5%), los cuales se liquidaron anualmente, ascendiendo a la suma de \$17.759.387.00, sin efecto retroactivo.**

38. Es importante precisar que **para la fecha en que entró en vigencia el Decreto ley 1794 de 2000, esto es, el 01 de enero de 2001 e inclusive, para la época en que el actor se incorporó como soldado profesional, es decir, el 1 de noviembre de 2003 no había consolidado su derecho al goce de las cesantías definitivas**, toda vez que ésta solo se produjo en fecha 30 de enero de 2018, tal como aparece anotado en la hoja de servicio No 3-6497902 del 20 de febrero de 2018 y en la prenotada Resolución No 248268 del 29 de mayo de 2018.

(...)

41. Visto lo anterior, observa la Sala que contrario a lo expuesto por el aquo, el actor no gozaba de derechos adquiridos respecto de las prerrogativas consagradas en la Ley 131 de 1985 en lo atinente a las cesantías definitivas, toda vez que al no cumplir la totalidad de los requisitos exigidos para el reconocimiento de dicha prestación social por retiro del servicio en vigencia de la citada ley, el derecho no se causó y por lo tanto, no ingresó a su patrimonio, **pues solo hasta el año 2018 completó los 20 años necesarios que dieron lugar al retiro de actividad por tener derecho a la asignación pensional y al reconocimiento de sus cesantías definitivas**, por lo tanto, solo tuvo una mera expectativa de gozar de tal beneficio, la cual carece de amparo en la resolución de casos concretos, toda vez que solo los derechos adquiridos gozan de una salvaguarda por haber ingresado al patrimonio del titular.

(...)” (Resaltado fuera del texto original).

Bajo el anterior criterio jurisprudencial, es dable concluir, en el caso concreto, que la reliquidación solicitada de las cesantías definitivas, conforme al régimen retroactivo no tiene vocación de prosperidad pues, según se lee del acto administrativo en juicio, la entidad demandada reconoció correctamente al actor la bonificación a que se refiere la Ley 131 de 1985 en calidad de soldado voluntario, en cuantía de \$2.274.643 pesos m/cte. y, desde su incorporación como soldado profesional, esto es, a partir del 01 de noviembre de 2003, le reconoció las cesantías definitivas en forma anualizada, como lo dispone el Decreto 1794 de 2000, pues el cumplimiento de los años de servicio necesarios para dar lugar al retiro de la actividad se consolidaron en su vigencia. En consecuencia, en lo que a este aspecto respecta, el Despacho denegará las súplicas de la demanda.

De otra parte, el actor pretende que se reliquiden sus cesantías, incluyendo el subsidio de familia como factor salarial, para lo cual, basta con señalar que ni el régimen de la Ley 131 de 1985 ni el Decreto 1794 de 2000 hacen referencia a que el mencionado subsidio haga parte de los factores para liquidar las cesantías, pues, por un lado, aquella ley no regula el tema y, por el otro, el señalado Decreto alude en su artículo 9°:

*“Artículo 9. **Cesantías.** El soldado profesional tendrá derecho al reconocimiento de cesantías, **equivalente a un salario básico, más la prima de antigüedad por año de servicio**, las cuales se liquidarán anualmente y se depositarán en el Fondo o Fondos que para su efecto seleccionará el Ministerio de Defensa Nacional”* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Como se observa, el transcrito artículo sólo menciona para la liquidación de cesantías el salario básico y la prima de antigüedad, los cuales fueron tenidos en cuenta en el acto demandado para la respectiva liquidación, por lo que, a este respecto, las súplicas de la demanda serán negadas.

5.4. SANCIÓN MORATORIA

El apoderado del actor en el libelo demandatorio depreca el pago de la sanción moratoria desde la fecha en que se debieron pagar las cesantías

hasta que se haga efectivo el respectivo pago; frente a lo cual basta con señalar que en el presente caso no se encuentra acreditada la fecha en que el demandante reclamó el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, pues la resolución demandada sólo se refiere a “*que se ha consolidado el derecho al reconocimiento y pago de un(a) Cesantías Definitiva, por Retiro Definitivo*”, de manera que no es posible acceder a la cancelación de los intereses de mora que se generan por el presunto pago tardío de las mismas, amén que el actor en la demanda señala que el pago de las mismas ya se hizo y que lo que reclama es la diferencia entre lo pagado y lo que debió cancelarse, habiéndose este Despacho ya referido a los puntos de la demanda en que se accede y a los que no.

5.5. PRESCRIPCIÓN DEL REAJUSTE PRESTACIONAL

En este acápite, se estudiará de oficio la excepción de prescripción, la cual es cuatrienal según los lineamientos señalados por el Honorable Consejo de Estado, en Sentencia del 4 de septiembre de 2008, Expediente No. 25000232500020070010701 (628-2008), Actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, M.P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, a la que se remite el Despacho, en la que se consagró que los derechos prestacionales a favor del personal de la Fuerza Pública prescriben en cuatro años.

En ese sentido, como el demandante se retiró del servicio el **30 de mayo de 2019**, momento en que cumplió los requisitos para que se le liquidaran sus cesantías definitivas, conforme lo consagrado en el artículo 174¹ del Decreto 1211 de 1990, el señor Henry Augusto Velásquez Varón contaba con cuatro (4) años para reclamar el reconocimiento y pago de las diferencias prestacionales del 20%, habiendo interpuesto de la demanda el **23 de noviembre de 2020**, de lo que se desprende que no hay lugar a prescripción. Lo anterior, con base en la cuarta regla jurisprudencial

¹ “**ARTICULO 174. Prescripción.** Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

fijada en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, según la cual:

“Cuarto. *La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990 respectivamente*”. (Negrillas originales, subrayas fuera de texto).

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 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,

VII. RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad **parcial** de la Resolución No. 275570 del 25 de febrero de 2020, proferida por el Comandante de Personal del Ejército Nacional, por medio del cual se reconoció y ordenó el pago de cesantías definitivas al demandante, en lo que respecta al porcentaje en que se incrementó el SMMLV para cada año, desde el 2003 hasta el 2016, debiendo realizarse con base en un SMMLV + 60%.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al **MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL: i) RELIQUIDAR** las cesantías definitivas del señor **HENRY AUGUSTO VELÁSQUEZ VARÓN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 93.412.321, teniendo en

cuenta como asignación básica mensual un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60% para los años 2003 a 2016, pues se encuentra demostrado que sólo para esos años la entidad tomó como salario básico el SMMLV + 40% y **ii) PAGAR** las diferencias que se originen entre lo ya pagado y lo que se debió pagar en las fechas señaladas.

TERCERO.- CONDENAR al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL a pagarle al señor HENRY AUGUSTO VELÁSQUEZ VARÓN, identificado con la cédula de ciudadanía No 93.412.321, los valores señalados en el numeral anterior con la aplicación de la siguiente fórmula: $R = Rh \text{ (Ind. F/ Ind. I)}$, en la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el Índice Final de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E., vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías definitivas.

CUARTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO.- Sin costas a cargo de la parte demandada.

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 ibídem.

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 al actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

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° 028 de hoy 15 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA DOLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez
Juez
Juzgado Administrativo
018
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:

**6047431971eed3876b62eef1fd78e5ea15bba4a8ec757f7f0d6a617b47
081305**

Documento generado en 13/10/2021 12:57:43 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., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335-018-**2021-00053-00**
Demandante: STELLA DUEÑAS URQUIJO
Demandados: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Asunto: SENTENCIA

La señora **STELLA DUEÑAS URQUIJO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.399.709, actuando por medio de apoderado 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

Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad de los actos fictos presuntos negativos, frente a las peticiones presentadas por la actora el 26 de junio de 2019 y el 29 de enero de 2020, ante la Fiduprevisora S.A. y ante el Ministerio de Educación Nacional, respectivamente, toda vez que, las entidades demandadas no han dado respuesta de fondo a las mismas.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de

restablecimiento del derecho, se condene a las entidades demandadas a:

- Que, a partir de la ejecutoria de la sentencia, no se continúe efectuando el descuento del 12% o cualquier otro valor en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre descontadas de la pensión de jubilación de la demandante.
- Que sobre las diferencias adeudadas a la demandante y solicitadas con la demanda, se le paguen las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al Índice de Precios al Consumidor o al por mayor, según lo preceptuado por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
- Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en los artículos 187, 188, 189 y 192 de la Ley 1437 de 2011, atendiendo la sentencia C-188 del 29 de marzo de 1999, de la Corte Constitucional.
- Condenar en costas a las entidades demandadas, de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación, le reconoció una pensión de jubilación, mediante Resolución No. 2506 del 29 de mayo de 2003.

1.2.2. Que, en virtud de la Ley 91 de 1989, quien efectúa el reconocimiento de la pensión y demás prestaciones de los docentes es el señalado fondo, sin embargo, quien realiza el pago de las mesadas pensionales y los descuentos en salud es la Fiduciaria la Previsora S.A., en calidad de administradora de los recursos del mismo.

1.2.3. Que, al momento de realizar el pago de las mesadas ordinarias y adicionales, la Fiduciaria la Previsora S.A. realiza un descuento del 24%

sobre estas, es decir, 12% sobre la mesada ordinaria y otro 12% sobre las mesadas adicionales por concepto de salud, realizándose 14 descuentos en salud por 12 meses de servicios requeridos al año.

1.2.4. Que, mediante petición del 26 de junio de 2019, radicada bajo el No. 20190322156182, la demandante le solicitó a la Fiduciaria la Previsora S.A. la devolución del 12% realizado en las mesadas adicionales de junio y diciembre, desde el reconocimiento de su pensión; sin que, a la fecha, la misma haya dado respuesta de fondo.

1.2.5. Que, el 29 de enero de 2020, la demandante elevó igual solicitud al Ministerio de Educación Nacional; sin que, a la fecha, el mismo haya dado respuesta de fondo.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la demandante estima desconocidos los artículos 2, 4, 13, 25, 29, 48 inciso final, 49, 53 inciso 3 y 58 de la Constitución Política; artículo 10 del Código Civil; Ley 4 de 1966 y su Decreto Reglamentario 1743 de 1966; Ley 91 de 1989; el artículo 81 de la Ley 812 de 2003; Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1848 de 1969, con violación directa del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil radicado No. 1064 del 16 de diciembre de 1997, Magistrado Ponente doctor Augusto Trejos Jaramillo; y estructuró el concepto de violación de la siguiente manera:

Indica que la Fiduciaria la Previsora S.A., en calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, abusó de su competencia discrecional al descontar el 12% dirigido a salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre, toda vez que la actividad pública debe acatar rigurosamente la Constitución Política y la Ley, de donde resulta la responsabilidad de las autoridades cuando hay desconocimiento o pretermisión de tales exigencias.

Señala que el artículo 4 de la Constitución prescribe que ante la incompatibilidad entre una disposición Constitucional y una Legal, se preferirá la Constitucional.

Indica que las pensiones del Magisterio se trasladaron de la Caja Nacional de Previsión Social al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en virtud de la Ley 91 de 1989, de modo que este es quien efectúa el reconocimiento y pago de las mesadas a los docentes y aplica la Ley 100 de 1993 en lo concerniente a descuentos de ley y pago de mesadas adicionales.

Finalmente, el apoderado de la parte demandante citó jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Concepto No. 1064 del 16 de diciembre de 1997, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, para concluir que no existe ninguna norma que faculte a la Fiduciaria la Previsora S.A., a realizar descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de la demandante, por lo tanto, su actuar contraviene flagrantemente la constitución y la Ley.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de las entidades demandadas mediante escrito allegado vía correo electrónico el **14 de mayo de 2021**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las excepciones de:

i) Falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A., en la que señaló que el Ministerio de Educación Nacional celebró el contrato de fiducia mercantil de administración y pago del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ordenado por la ley 91 de 1989, con la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., mediante la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del círculo de Bogotá, razón por la cual la Fiduprevisora actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Reiteró que la Fiduprevisora es vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues los recursos provienen de este y su disponibilidad depende y se condiciona a la instrucción del Fideicomitente, en este caso el Ministerio de Educación Nacional, por lo cual solicita su desvinculación.

ii) Legalidad del acto administrativo - 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% 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 el 12% sobre el valor de la mesada, aspecto sobre el cual la Corte Constitucional se pronunció mediante la sentencia C-369 de 2004, 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, al 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, 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, sí lo permite de manera

expresa en el numeral 5 del artículo 8, por lo cual no es viable acceder a las pretensiones propuestas por la demandante, toda vez que carecen de fundamento normativo.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora, dentro de la oportunidad legal, no presentó alegatos de conclusión.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el No. **20211182523951 del 21 de septiembre de 2021**, allegado vía correo electrónico el mismo día, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que no es viable acceder a las pretensiones, toda vez que el descuento del 12%, cuya suspensión y reintegro se demanda sobre las mesadas adicionales de la pensión de la parte actora, se encuentra ajustado a la ley, pues existe norma expresa; además, la prestación se encuentra condicionada a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; el último de los cuales solo se materializa si se garantiza la sostenibilidad financiera del sistema a efectos de que no solo los que consolidan su derecho pensional lo disfruten, sino también los actuales y futuros cotizantes.

4.3. Ministerio Público

Se advierte que el señor Procurador Delegado ante el Despacho no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a la excepción de **falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A.**, se advierte, como primer aspecto, que la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, en cuyo artículo 9 se estableció que las prestaciones sociales del Magisterio serán reconocidas por la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, cuyos recursos son administrados por la Fiduciaria la Previsora S.A.

En ese sentido, para el cumplimiento de las funciones de reconocimiento, pago y descuentos en salud de las mesadas adicionales de prestaciones asignadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se confirieron a la Fiduprevisora facultades eminentemente administrativas para efectuar los descuentos de dichas prestaciones socio-económicas; no obstante, las aludidas prestaciones están a cargo de la Nación y son pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como cuenta especial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional, siendo este Ministerio el llamado a responder frente a las pretensiones de la demandante y no la Fiduciaria la Previsora S.A, razón suficiente para dar prosperidad a la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por la apoderada de la Fiduprevisora S.A.

De otra parte, frente a la excepción de **legalidad del acto administrativo - 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.

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

5.2.1. Resolución No. 02506 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 a la demandante, a partir del 13 de noviembre de 2002.

5.2.2. Petición elevada por la actora ante el Ministerio de Educación Nacional el 29 de enero de 2020, por medio de la cual solicitó el reintegro y suspensión del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

5.2.3. Oficio No. 2020-EE-023637 del 10 de febrero de 2020, mediante el cual el Ministerio de Educación le comunicó a la actora que trasladó por competencia su solicitud de devolución de descuentos a la Fiduciaria La Previsora.

5.2.4. Oficio No. 2020-EE-023636 del 10 de febrero de 2020, mediante el cual el Ministerio de Educación trasladó por competencia la solicitud de devolución de descuentos de la actora a la Fiduciaria La Previsora S.A.

5.2.5. Petición elevada por la actora ante la Fiduciaria la Previsora S.A. el 26 de junio de 2019, solicitando el reintegro y suspensión del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre.

5.2.6. Extracto contentivo de los pagos de pensión y descuentos en salud realizados a la actora, por el periodo comprendido entre el 01 de enero del 2000 y el 31 de agosto de 2019, en el cual consta que efectivamente se le han realizado los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de los meses de junio y diciembre.

5.2.7. Resolución No. 862 del 08 de marzo de 2005, mediante la cual se aceptaron unas renunciaciones en la planta de personal docente de la Secretaría de Educación Distrital, dentro de las que se encuentra la de la demandante.

5.2.8. Copia de la cédula de ciudadanía de la actora.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se determinó en providencia del 09 de septiembre de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer: **i)** si se configuró el silencio administrativo negativo, frente a las peticiones presentadas por la actora el 26 de junio de 2019 y el 29 de enero de 2020 ante la Fiduprevisora S.A. y el Ministerio de Educación Nacional, respectivamente; **ii)** 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 (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 **iv)** 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

El apoderado de la parte actora deprecia la existencia y nulidad de los actos fictos presuntos negativos producto del silencio de la Administración frente a los derechos de petición radicados por la demandante el 26 de junio de 2019 y el 29 de enero de 2020, ante la Fiduprevisora S.A. y ante el Ministerio de Educación Nacional, respectivamente, mediante los cuales solicitó a la entidad demandada la devolución y suspensión de los descuentos de las mesadas adicionales de junio y diciembre que le fueron reconocidas.

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 el oficio No. 2020-EE-023636 del 10 de febrero de 2020, el Ministerio de Educación Nacional trasladó a la Fiduciaria

la Previsora S.A. la petición radicada por la demandante; sin embargo, ninguna de las entidades ha dado respuesta de fondo al respecto.

5.3.2. 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 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.

5.3.2.1. 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).

5.3.2.2. 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 Gómez¹, 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

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

² 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».

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 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 sí 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, 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 encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación a la señora Stella Dueñas Urquijo, según consta en la Resolución No. 02506 del 29 de mayo de 2003.

Igualmente, se acompañaron al proceso los comprobantes de pago de pensión y descuentos en salud realizados a la demandante por el periodo comprendido entre el 01 de enero del 2000 y el 31 de agosto de 2019, donde consta que efectivamente se le han efectuado los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de los meses en mención.

No obstante, 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 la parte actora 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: Declarar probada la excepción de “*FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA*”, propuesta por la apoderada de la Fiduciaria la Previsora S.A., de conformidad con las razones expuestas en la presente sentencia.

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

TERCERO: Sin costas a cargo de la parte actora.

CUARTO: 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**

Firmado Por:
Gloria Mercedes Vasquez Juez
Juzgado Administrativo 018
Bogotá, D.C. - Bogotá

Este documento fue firmado electrónicamente y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 028 de hoy 15 de octubre de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CARACHO Suplente

Jaramillo
D.C.,

generado con

Código de verificación: **5870053d5d843bb17a43193602e9ebd0bc36c9db9097f0211c34c65817ef6552**
Documento generado en 13/10/2021 01:02:38 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., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2015-00704-00
Demandante: LILIA OLIVA HERNÁNDEZ BOTIA
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Asunto: SENTENCIA

La señora **LILIA OLIVA HERNÁNDEZ BOTIA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.491.058 de Bogotá, actuando por medio de apoderado 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 LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

Pretende la demandante que se declare la nulidad de los oficios No. S-2015-46473 del 28 de marzo de 2015 y 20150170244061 del 20 de abril de 2015, proferidos por el Fonpremag y la Fiduprevisora S.A., mediante los cuales negaron el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en el parágrafo del artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 y el artículo 2 de la Ley 244 de 1995.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se condene a las entidades demandadas a:

i) Pagar la sanción por mora en el pago de la cesantía, desde la expedición del acto administrativo que ordenó el reconocimiento de la misma a favor de la actora.

Reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de los reajustes solicitados de acuerdo al IPC, desde el momento del reconocimiento de las cesantías y hasta que se haga efectivo el pago, de conformidad con los artículos 192, 193 y 195 del C.P.A.C.A.

ii) Condenar en costas y agencias en derecho, las cuales se deben fijar en tres (3) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA:

Declarar la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto negativo en razón a que FONPREMAG, en el oficio No. S-2015-46473 del 28 de marzo de 2015, no hizo pronunciamiento de fondo frente a la petición del 18 de marzo de 2015, por medio de la cual la demandante deprecó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en la Ley 1071 de 2006 y trasladó la solicitud a la FIDUPREVISORA S.A.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que la señora Hernández Botia laboró como docente del magisterio Oficial del Bogotá, desde el 8 de abril de 1981 al 30 de diciembre de 2012.

1.2.2. Que mediante escrito del 14 de marzo de 2013, bajo radicado No. 2013-CES-008258, solicitó a FONPREMAG el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva a la que tenía derecho.

1.2.3. Que la Secretaría de Educación de Bogotá a través de la Resolución No. 6282 del 7 de noviembre de 2013, reconoció y ordenó el pago de la cesantía definitiva a favor de la demandante.

1.2.4. Que desde el momento en que la actora radicó la petición de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva y hasta la fecha en que se emitió la resolución, transcurrieron un total de 233 días, configurándose una mora en la expedición del acto administrativo de 207 días.

1.2.5. Que la FIDUPREVISORA realizó el pago el 11 de diciembre de 2014, tal como consta en la certificación No. 007839 del 3 de julio de 2014.

1.2.6. Que desde que la demandante radicó la petición de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva y hasta la fecha que se hizo el pago de la misma, transcurrieron un total de 267 días, configurándose una mora en el pago de la cesantía de 166 días.

1.2.7. Que mediante petición del 18 de marzo de 2015, radicada bajo No. E-2015-47844, se solicitó a FONPREMAG el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006.

1.2.8. Que a través del Oficio No. S-2015-46473 del 28 de marzo de 2015, dicha entidad indicó que no es competente para resolver la petición, respecto al reconocimiento y pago de la sanción por mora y, en consecuencia, remitió la solicitud a la FIDUPREVISORA.

1.2.9. Que la actora mediante petición del 10 de marzo de 2015, le solicitó a la FIDUPREVISORA S.A., el reconocimiento y pago de la sanción por mora, de conformidad con el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006 y el artículo 21 de la Ley 1429 de 2010.

1.2.10. Que a través de oficio No. 20150170244061 del 20 de abril de 2015, la FIDUREVISORA negó la anterior petición.

1.2.11. Que la actora presentó conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, la cual se llevó a cabo el día 30 de julio de 2015, ante la Procuraduría 87 delegada ante los Juzgados Administrativos, declarándose fallida.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 2, 13, 16, 25, 29, 48, 53, 58 y 228 Constitucionales; Leyes 57 y 153 de 1887, 91 de 1989, 4ª de 1992, 244 de 1995 y 1071 de 2006, el Decreto 2277 de 1979 y demás normas concordantes y pertinentes.

Sostiene que la actora tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de la cesantía, regida por un régimen especial, en una suma equivalente a un día de salario a partir del plazo establecido para su reconocimiento y pago, donde debe considerarse los medios de prueba que la Ley señala como válidos y pertinentes, derecho que se constituye genéricamente en un bien, que fue desprotegido en el *sub lite*, contrariando el mandato del artículo 2º de la Constitución Nacional; de la misma manera al ser la cesantía un derecho derivado de la relación laboral, se pretermitió el artículo 25 de la Carta Magna, que ordena para el trabajo una especial protección por parte del Estado.

Manifiesta que se dejó de aplicar lo establecido en la Ley 1071 de 2006, que contempla los requisitos y la forma como debe liquidarse la cesantía de los empleados oficiales, por el contrario, se aplican normas procedimentales diferentes, que dieron lugar a la negación del reconocimiento de la sanción por mora en el pago de la cesantía que son desfavorables en cuanto a la validez probatoria y la forma de liquidación.

Aduce que su representada cumplió con los requisitos legales para ser beneficiaria del reconocimiento de la sanción por mora en el pago de la cesantía regida por la Ley 1071 de 2006, por lo que este derecho se encuentra tutelado legalmente, pretermitiéndose por tanto lo establecido en el artículo 58 Constitucional, que garantiza los derechos adquiridos con justo título, así como las Leyes 57 y 153 de 1887, que

establecen los principios rectores de interpretación y aplicación de las Leyes.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de las entidades demandadas mediante escrito del **6 de abril de 2021**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos e indicó que de acuerdo con la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías para los servidores del sector público son 15 días posteriores a la solicitud de la cesantía para la expedición del acto administrativo, 5 o 10 días para su ejecutoria, dependiendo de la fecha de la petición y teniendo en cuenta la entrada en vigencia del C.P.A.C.A. y 45 días para el pago efectivo.

Afirmó que la Corte Constitucional, en Sentencia SU-336-17, estableció que los anteriores términos y las consecuencias de su incumplimiento son aplicables igualmente para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, razón por la cual la sanción moratoria establecida en el artículo 5° de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, es aplicable en el caso del pago tardío de cesantías a los docentes.

De otra parte, propuso las siguientes excepciones:

i) Falta de legitimación por pasiva de la Fiduprevisora S.A., en la que señaló que el Ministerio de Educación Nacional celebró el contrato de fiducia mercantil de administración y pago del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ordenado por la ley 91 de 1989, con la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., mediante la escritura pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 del círculo de Bogotá, razón por la cual la Fiduprevisora actúa como vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Sostuvo que la Fiduciaria la Previsora es una entidad encargada de administrar los recursos que tienen doble connotación, es decir, tiene ingresos económicos tanto privados como públicos.

Manifestó que las entidades fiduciarias no responden por las obligaciones de los patrimonios autónomos que administran y que no tienen responsabilidad en la expedición de las resoluciones y mandatos de reconocimiento de las prestaciones a las que tiene derecho los docentes.

Reiteró que la Fiduprevisora es vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues los recursos provienen de este y su disponibilidad depende y se condiciona a la instrucción del Fideicomitente, en este caso el Ministerio de Educación Nacional, por lo cual solicita su desvinculación.

ii) Cosa Juzgada, aduce la demandada que la parte actora a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho radicó demanda en contra del Ministerio de Educación Nacional- FOMAG, pretendiendo el reconocimiento de la sanción moratoria derivada del pago tardío de la cesantía reconocida mediante la Resolución No. 6282 del 7 de noviembre de 2013, proceso que cursó en el Juzgado Veintiocho administrativo de Bogotá, el cual fue fallado el 8 de febrero de 2019, litigio en que se discutió si a la docente le asistía el derecho a la sanción moratoria, los extremos temporales en los cuales se generó la mora y los días efectivos de ocurrencia de la misma.

Así las cosas, sostiene que no resulta viable que se entable una nueva demanda por hechos que ya fueron discutidos ante la jurisdicción, amén que de accederse a las pretensiones se estaría contrariando la seguridad jurídica que brinda un fallo ejecutoriado y, en consecuencia, predica temeridad y mala fe del apoderado de la actora al instaurar la presente acción.

iii) Pago, sostuvo que realizó consulta en el sistema FOMAG 1, en donde evidenció que el **4 de septiembre de 2020**, se puso a disposición el

dinero por concepto de la sanción moratoria por el pago tardío de la prestación reconocida mediante la **Resolución 6282 del 07 de noviembre de 2013**.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora no presentó alegatos de conclusión.

4.2. Partes demandadas

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211182268071 del 7 de septiembre de 2021**, allegado vía correo electrónico el mismo día, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que los hechos objeto de la presente demanda ya fueron discutidos dentro del proceso con radicado 110013335028**20180012400**, el cual cursó en el Juzgado 28 Administrativo de Bogotá, en donde se profirió sentencia condenatoria el 8 de febrero de 2019.

4.3. Ministerio Público

Se advierte que el señor Procurador Delegado ante el Despacho 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. Resolución No. 6282 del 7 de noviembre de 2013, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de

una cesantía definitiva a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 14 de marzo de 2013 (fls. 2 y 3).

5.1.2. Derecho de petición radicado bajo el No. 20150320317212 del 10 de marzo de 2015, dirigido a la Fiduciaria la Previsora S.A., por medio del cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fl. 11).

5.1.3. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2016-47844 del 18 de marzo de 2015, dirigido al Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual la actora deprecó el reconocimiento y pago de la sanción por mora (fl. 8)

5.1.4. Oficio No. 20150170244061 del 20 de abril de 2015, mediante el cual la Fiduprevisora, informó a la demandante que el pago por concepto de la cesantía fue puesto a su disposición el 11 de diciembre de 2013, en el banco BBVA, el cual no fue realizado de manera extemporánea, de conformidad con la ley 1071 de 2006 (fl. 12).

5.1.5. Oficio No. S-2015-46473 del 28 de marzo de 2015, a través del cual la Secretaría de Educación de Bogotá - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le comunicó a la demandante que los intereses por mora en el pago de la cesantía no son una prestación que se deba ser reconocida por acto administrativo y remite la solicitud a la Fiduprevisora (fls. 9 a 10).

5.1.6. Certificación expedida por la Fiduprevisora S.A, donde hace constar que el pago de la cesantía definitiva quedó a disposición de la demandante el 11 de diciembre de 2013 (fl. 35).

5.1.7. Sentencia del 8 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado 28 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá dentro del proceso 110013335028**20180012400**, donde fungió como demandante La señora Lilia Oliva Hernández Botia y como demandado el Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria la Previsora S.A.

5.1.8. Pantallazo de la consulta en el sistema “FOMAG 1” , en donde consta la siguiente información “Fallo SXM, se paga conforme a los contratos de transacción firmados entre el MEN y la firma Pensiones Colombia, dando lugar al cumplimiento del proceso no 110013335028**20180012400** con fecha de ejecutoria el día 26/02/2019 que ordena el pago de SXM por la demora en el pago de la **resolución no. 6282 del 07/11/2013**, con un total de 158 días de mora, desde 05/07/2013 hasta 10/12/2013; por una asignación básica por valor de \$2.634.489, el valor de la sanción es de \$ 13.874.954; se liquidan intereses DTF por valor de \$151.677 e intereses corrientes por valor de \$0 para un total de intereses de %151.677, con un porcentaje de transacción del 60% para un total de intereses de transacción de \$91.006 pago de costas por valor de \$0 para un total a pagar de \$13.965.960 ” (Negrilla del Despacho).

5.1.9. Certificados de Salarios y de Historia Laboral de la actora, expedidos por la Secretaría de Educación de Bogotá (fls. 13 a 15).

5.1.10. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 7).

5.1.11. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 30 de julio de 2015, en la Procuraduría 87 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida (fl. 16).

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se determinó en providencia del 2 de septiembre de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: **i)** si hay o no lugar a declarar probada la excepción de “**COSA JUZGADA**” propuesta por la apoderada de las entidades demandadas. De no darse prosperidad a la referida excepción, el despacho deberá establecer **ii)** si hay lugar o no a declarar probada la excepción de “**falta de legitimación en la causa por pasiva**”, de la FIDUPREVISORA,

propuesta por la apoderada de las entidades demandadas **iii)** si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006; y **iv)** si hay lugar o no a la indexación frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas.

En tal virtud, el Despacho determinará en primer lugar si se configuró o no el fenómeno jurídico de la **COSA JUZGADA**, pues de darse prosperidad a la misma, por sustracción de materia no sería necesario pronunciarse sobre las demás excepciones propuestas, ni sobre el fondo del asunto.

El artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del C. P. A. C. A., establece que la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Al respecto, el Consejo de Estado en providencia del 10 de diciembre de 2010, M.P. Susana Buitrago Valencia, señaló que *“...el fenómeno de la cosa juzgada busca que hechos y conductas que ya han sido analizados, decididos y resueltos, no vuelvan a ser estudiados en otro juicio posterior, otorgan a tales decisiones el carácter de obligatorias, teniendo en cuenta su naturaleza de vinculantes e inmutables, por gozar de eficacia jurídica, garantizan además la estabilidad y la seguridad del orden jurídico...”*.

En igual sentido, dicha corporación¹ indicó que la cosa juzgada *“...busca garantizar la unidad de jurisdicción, de manera que solo haya un pronunciamiento sobre una misma materia, y cuando la jurisdicción se agota con una decisión, la misma se vuelve intangible, y ningún otro Juez puede volver sobre el mismo asunto, pues de hacerlo, podrían subsistir dos sentencias contradictorias sobre la misma controversia, hecho que conduciría a desconocer la unidad de jurisdicción y lesiona la seguridad jurídica...”*.

¹ Sentencia del 22 de septiembre de 2010, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado No. 1083-08

Así las cosas, este Despacho verificará si se presenta la triple identidad de objeto, causa y partes entre el proceso que aquí nos ocupa y el que cursó en el Juzgado 28 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá y culminó con sentencia del 8 de febrero de 2019.

1. La identidad de las partes:

En la presente controversia funge como **DEMANDANTE:** la señora LILIA OLIVA HERNÁNDEZ BOTIA y como **DEMANDADO:** el Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria la Previsora S.A. los cuales coinciden con las partes del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado ante el Juzgado 28 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, por consiguiente, se da uno de los presupuestos del fenómeno jurídico de la cosa juzgada, existiendo identidad jurídica entre las partes.

2. Ahora bien, en cuanto a la identidad entre la causa de los litigios y el objeto de los mismos, conviene realizar las siguientes consideraciones:

En el proceso que cursó en el Juzgado 28 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, se pretendía lo siguiente:

*“se declare la existencia de los actos fictos o presuntos y la nulidad de los mismos configurados por la falta de respuesta por parte de la demandada, a las peticiones radicadas el 18 de marzo de 2015 y 20 de octubre de 2017, en la cual la demandante solicitó el reconocimiento de la sanción por mora, con ocasión del pago tardío de las cesantías definitivas, así como la nulidad del **oficio 20170931488331 del 24 de noviembre de 2017 expedido por la Fiduciaria la Previsora S.A.**, mediante el cual niega el reconocimiento de la sanción moratoria.
(...)”.*

Por su parte, dicho Despacho Judicial mediante sentencia del 8 de febrero de 2019, en el acápite de aplicación del caso en concreto señaló lo siguiente:

“(...)”

*En el presente asunto, se verifica que la Señora **LILIA OLIVA HERNANDEZ BOTIA**, en su condición de docente elevó petición ante*

la Nación-Ministerio de Educación Nacional Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el día **14 de marzo de 2013** solicitando el reconocimiento y pago de sus cesantías definitivas, la cual fue resuelta por la Secretaria de Educación de Bogotá, en nombre y representación de la Nación—Ministerio de Educación Nacional — Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante **Resolución No. 6282 del 07 de noviembre de 2013**, sumas que quedaron a su disposición, según oficio de la Fiduprevisora SA. el **11 de diciembre de 2013**.

Precisado lo anterior, debe establecerse entonces si la demandante tiene derecho a no a la sanción moratoria, para lo cual debe decirse que de la normativa y de los hechos descritos en la fijación del litigio, está demostrado que la Nación Ministerio de Educación Nacional — Fonda de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Fiduciaria La Previsora incurrieron en mora en el reconocimiento de dicha prestación, toda vez que la petición fue elevada desde el día **14 de marzo de 2013**, en vigencia del CPACA, lo que implicaba que el acto administrativo de reconocimiento se proferiera quince (15) días siguientes a la presentación, esto es, el **09 de abril de 2013**, cobrando ejecutoria diez (10) días después, para el **23 de abril de 2013** y la obligación de pago efectivo de ese auxilio venció el **02 de julio de 2013**.

Lo que significa que expuesto de esta manera el desarrollo de los términos legales para el reconocimiento y pago de las cesantías, la entidad demandada incurrió en mora, porque el acto administrativo fue emitido hasta el **07 de noviembre de 2013** (11s. 2-3 Cdno 1), superado el termino de los quince días, (por lo que no se tiene en cuenta para el conteo de los 70 días, las diligencias de notificación), y el pago se efectuó el **11 de diciembre de 2013** (fl. 11 Cdno1), lo que pone en evidencia, que se encuentra superado ampliamente el límite para el reconocimiento y pago de las cesantías.

Por tanto, a la demandante le asiste derecho al pago de la indemnización moratoria establecida en la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, por el periodo comprendido entre el **03 de Julio de 2013** - día siguiente a la fecha en la que debía efectuarse el pago de la cesantía definitiva de la accionante, una vez vencidos los términos legales- y el día **10 de diciembre de 2013** (día anterior a la cancelación de la prestación a la parte actora).

(...)

Luego teniendo en cuenta que la sanción por mora se predica del periodo comprendido entre el **03 de julio de 2013** (día siguiente al que correspondía al pago oportuno) al **10 de diciembre de 2013** (día anterior al pago efectivo de la cesantía definitiva), lo que equivale a un total de 161 días de mora y para efectos del computo de la prescripción, se toma como referencia la primera calenda, para indicar que los 3 años se concretaban el **03 de julio de 2016**, no obstante, la demandante presentó petición de reconocimiento de la sanción moratoria el **18 de marzo de 2015**, lo que quiere decir, que en ese momento se interrumpió la prescripción, lo que en términos del artículo 151 del Código Procesal Laboral, implica que a partir de esa última fecha despunta nuevamente el término de los tres años para la reclamación oportuna del derecho y para que la demandante disfrute completamente de la sanción que aquí reclama.

Sin embargo, la demanda fue presentada hasta el 21 de marzo de 2018 (Fl. 39), lo que significa, que tomada en cuenta la fecha de interrupción antes anotada, el fenómeno prescriptivo ya se había concretado el 18 de marzo de 2018, por lo que entonces antes de la presentación de la demanda, se debe tener por prescritos 03 días de sanción moratoria, por lo que entonces la demandada deberá reconocer el equivalente a 158 días de salario por mora

3.3. *En suma, se declarara la nulidad del **oficio No. 20170931488331 del 24 de noviembre de 2017**, proferido por la **Fiduciaria la Previsora S.A.- FIDUPREVISORA en su calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** mediante el cual, negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y coma consecuencia, se ordenara a la **NACIÓN — MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL — FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA -FIDUPREVISORA S.A.**, reconocer la indemnización por mora en el pago de las cesantías a la Señora **LILIA OLIVA HERNANDEZ BOTIA** establecida en la Ley 244 de 1995, subrogada por la Ley 1071 de 2006, correspondiente a un (1) día de salario por cada día de retardo, por el periodo comprendido entre el **03 de Julio de 2013 y el 10 de diciembre de 2013**, pero atendiendo a la ocurrencia del fenómeno de la prescripción únicamente tendrá en cuenta **158** días de salario por mora.*

3.4. *En lo que toca a la pretensión asociada con la indexación, advierte el Despacho la improcedencia de la misma, pues lo que se reconoce aquí es una condena por una sanción, más no el pago de las cesantías propiamente dichas u otro derecho laboral que amerite tal ajuste, más cuando la parte demandante pudo haber solicitado este reconocimiento inmediatamente después del pago, esta es, en el año 2013.”*

Ahora bien, en el proceso que ahora ocupa la atención del Despacho, se pretende lo siguiente:

- Que se declare la nulidad de los oficios No. S-2015-46473 del 28 de marzo de 2015 y 20150170244061 del 20 de abril de 2015, proferidos por el Fonpremag y la Fiduprevisora S.A., mediante los cuales negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en el parágrafo del artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 y el artículo 2 de la Ley 244 de 1995.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene a dicha entidad a reconocer y pagar la indemnización moratoria por el pago tardío de la cesantía definitiva, reconocida mediante **Resolución No. 6282 del 7 de noviembre de 2013**.

En ese sentido, se advierte que las pretensiones versan sobre la sanción

por mora frente a las cesantías definitivas a las que tenía derecho la accionante, las cuales tanto en el proceso **2018-00124**, como en este, son aquellas reconocidas mediante la **Resolución No. 6282 del 07 de noviembre de 2013**, por un valor de \$91.212.941 pesos m/cte., razón por la cual, **el objeto es idéntico** puesto que en ambos procesos la mora reclamada deviene del reconocimiento efectuado en dicho acto administrativo, correspondiente a una cesantía **definitiva**, prestación que se reconoce por una sola vez, a diferencia de las parciales, que pueden repetirse a lo largo de la vida laboral.

En ese sentido, se dan los presupuestos necesarios para que se configure el fenómeno de la cosa juzgada siendo estos: Las mismas partes que **integran la Litis**, la misma causa y el mismo objeto, circunstancia que hace improcedente un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, de conformidad con los artículos 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 303 del Código General del Proceso.

Aunado a lo anterior, la entidad demanda acreditó haber realizado el pago de la sanción moratoria que fue objeto de fallo paro parte del Juzgado 28 Administrativo de Bogotá, efecto para el cual, aportó pantallazo de la consulta en el sistema “FOMAG 1” , en donde consta la siguiente información “*Fallo SXM, se paga conforme a los contratos de transacción firmados entre el MEN y la firma Pensiones Colombia, dando lugar al cumplimiento del proceso no 110013335028**20180012400** con fecha de ejecutoria el día 26/02/2019 que ordena el pago de SXM por la demora en el pago de la **resolución no. 6282 del 07/11/2013**, con un total de 158 días de mora, desde 05/07/2013 hasta 10/12/2013; por una asignación básica por valor de \$2.634.489, el valor de la sanción es de \$ 13.874.954; se liquidan intereses DTF por valor de \$151.677 e intereses corrientes por valor de \$0 para un total de intereses de %151.677, con un porcentaje de transacción del 60% para un total de intereses de transacción de \$91.006 pago de costas por valor de \$0 para un total a pagar de \$13.965.960*” (Negrilla del Despacho).

5.2. 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,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar probada la excepción de COSA JUZGADA, de conformidad con lo expuesto en la presente sentencia y, en consecuencia, se da por terminado el proceso.

SEGUNDO.- -Sin condena en costas a cargo de la parte actora.

TERCERO.- Ejecutoriada la decisión aquí adoptada, procédase al archivo de las presentes diligencias, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso a la demandante 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° 28 de hoy 15 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CARACHO Secretaría

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

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:

**5c1b20a0740889899f0d702e0ea23229f513b0051b31164006294df8195eb
f41**

Documento generado en 13/10/2021 04:40:05 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 JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2017-00488-00**
Demandante: **BRASILINA RUITTOFIAMA RUITDAMEÑO**
Demandada: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE
LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
Asunto: SENTENCIA

La señora **BRASILINA RUITTOFIAMA RUITDAMEÑO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 40.160.359, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP, 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 2 de marzo de 2020, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 1 de la Ley 54 de 1990 y 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, estructurando el concepto de violación

de la siguiente manera:

Sostuvo que la entidad demandada ignoró las pruebas aportadas al expediente administrativo, dado que presumió la mala fe y falsedad de las declaraciones extra juicio presentadas, razón por la cual se apartó de las sentencias proferidas por la H. Corte Constitucional que se ocupó de citar, toda vez que a su representada le asiste el derecho a devengar la pensión de sobrevivientes deprecada en la presente controversia.

Manifestó que la UGPP contrató a la sociedad CYZA Outsourcing S. A., quien realizó un proceso de verificación de la información, que en su sentir, se realizó de forma inadecuada, dado que se apartó de los documentos que obraban en la entidad demandada, donde constaba que al señor Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.), no le fue posible regresar a Bogotá por motivos de salud, tal como lo certificó el médico que lo trataba en Santiago de Chile y no por quererse separar de la demandante.

Adujo que la entidad en los actos administrativos demandados omitió hacer un pronunciamiento en torno al pasaporte de la demandante, en el que se evidencia que salió de este país, ingresando a Santiago de Chile el 12 de abril de 2015 hasta el 15 de mayo de la misma anualidad, tiempo que compartió con su compañero.

Afirmó que la entidad tampoco hizo referencia a las entrevistas realizadas a los señores Adriana Zapata Vargas, Liliana Marcela Zapata Vargas, Cornelio Roa Díaz, Martha Cardona y Patricia González.

III. CONTESTACIÓN.

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **11 de marzo de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Señaló que en los actos administrativos demandados, la entidad negó el reconocimiento pensional solicitado por la actora, toda vez que no cumplía con el requisito de la convivencia de los últimos cinco (5) años a la muerte

del pensional, pues si bien se elevó la Escritura Pública No. 3095 del 9 de julio de 2009, donde se declaró la existencia de la unión marital de hecho entre la demandante y el causante, lo cierto es que, según el registro civil de defunción se evidencia que este falleció el 25 de noviembre de 2015 y para esa fecha, no obra prueba alguna que acredite la convivencia y la permanencia de la misma, de manera que se concluye que no existió convivencia entre ellos como compañeros permanentes, de manera constante e ininterrumpida.

De otra parte, propuso las excepciones de:

i) Inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido: Indicó que de acuerdo como se explicó detenidamente dentro del acápite de hechos, fundamentos y razones de la defensa no es procedente la solicitud de la actora.

ii) Buena fe: Aludió a que la entidad demandada actuó conforme a las disposiciones legales y a los criterios jurisprudenciales emanados por la H. Corte Suprema de Justicia.

iii) Prescripción: Solicitó que sin que implique el reconocimiento al derecho pretendido a favor de la demandante, se declaren prescritas las sumas que no fueron reclamadas oportunamente, de conformidad con lo reglado en los artículos 151 del C. P. L. y 488 del C. S. T.

De otro lado, mediante escrito del **7 de junio de 2019**, el apoderado de la demandante recorrió el traslado de las excepciones propuestas por la entidad demandada, oponiéndose a su prosperidad.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte demandante, a través de memorial allegado vía correo electrónico el **23 de agosto de 2021**, señaló que de las pruebas obrantes en el plenario se logra probar fehacientemente los fundamentos fácticos y jurídicos de las pretensiones formuladas en el libelo

demandatorio, medios que no fueron objeto de tacha por la entidad demandada.

Adujo que las Resoluciones Nos. RDP 13038 del 29 de marzo de 2017, RDP 019178 del 10 de mayo de 2017 y RDP 023083 del 2 de junio de 2017, fueron expedidas con infracción de las normas en que deberían fundarse, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa y con falsa motivación.

Luego de reiterar los argumentos expuestos en el concepto de violación, manifestó que en entrevista realizada a la señora Patricia González, de nacionalidad chilena, amiga del señor Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d), esta lo invitó a Chile a pasar la navidad del año 2014, pero por causa de una neumonía no pudo regresar a Colombia.

Adujo que de los testimonios rendidos ante este Despacho por los señores Adriana María Zapata Vargas y Cornelio Roa Díaz, se puede concluir sin ningún manto de duda que los señores Brasilina Ruittofiama y Jaime Zapata Madrid, estuvieron haciendo vida marital durante los últimos cinco (5) años anteriores a la fecha de fallecimiento y no obra prueba alguna que desvirtúe lo manifestado por los deponentes.

Afirmó que en el interrogatorio de parte, la actora informó que estuvo haciendo vida marital con el causante durante los últimos cinco (5) años anteriores a su muerte y que dicha convivencia no se afectó durante el tiempo que este se fue a la ciudad de Santiago de Chile, pues la comunidad de vida de la pareja nunca desapareció, dado que continuó conversando con él e incluso realizó un viaje internacional con todos los costos y trámites que eso implica para acompañarlo, como se puede evidenciar en la copia del pasaporte de la demandante, donde se encuentra registrada la entrada y salida del país.

Preció que de las entrevistas rendidas por las señoras Martha Eugenia Cardona Zapata y Patricia Margarita González Cornejo, se puede concluir que los señores Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.) y Brasilina Ruittofiama Ruitdameño, eran compañeros permanentes y convivieron juntos durante

los últimos cinco años antes de la muerte del pensional y no simplemente que la actora estuvo al cuidado del *de cuius*, como erróneamente se quiere hacer ver en el informe de seguridad No 15686 del 10 de marzo de 2017, efectuado por la sociedad denominada CYZA Outsourcing S. A., específicamente en el numeral 4.6 de los “*Resultados y Observaciones*”.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante escrito aportado vía correo electrónico el **19 de agosto de 2021**, solicitó que no se acceda a las súplicas de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, al sostener que los testimonios recaudados en el proceso, demuestran que la demandante no convivió con el causante los últimos cinco años de vida, no le suministró cuidados, auxilio y ayuda mutua a pesar de invocar su condición de compañera permanente, pues, incluso, falleció en otro país, cuando la demandante residía en Colombia.

Manifestó que el informe de seguridad social No. 15686 de 2017, demuestra que existen varias inconsistencias y que el vínculo que unía al pensional con la demandante era estrictamente laboral, por lo tanto, no se logró acreditar la convivencia ininterrumpida con el pensionado por lo menos cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, o que estos hicieran vida marital, bajo el mismo techo y lecho hasta el final de sus días.

Adujo que la demandante no reúne cabalmente los requisitos previstos en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiaria de la prestación reclamada.

Señaló que la Corte Constitucional en la sentencia C-081 de 1999, al indicar que la convivencia efectiva al momento de la muerte del pensionado, “*constituye el hecho que legitima la sustitución pensional*” y en consideración a que la demandante ya se encuentra recibiendo una mesada pensional, no se encuentra desprotegida o desamparada económicamente en razón de la muerte del afiliado.

Afirmó que el artículo 128 de la Constitución Política consagra una clara incompatibilidad, relacionada con la remuneración de los servidores estatales, donde se prohíbe la concurrencia de dos o más cargos públicos de una misma persona, así como la recepción de más de una asignación que provenga del erario público.

4.3. El Ministerio Público:

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

V. CONSIDERACIONES.

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a las excepciones de **inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido y buena fe**, el 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.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se precisa que será resuelta en el evento de accederse a las súplicas de la demanda.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO. Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Documentales.

5.2.1.1. Resolución No. 001202 del 7 de marzo de 1988, a través de la cual el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión de jubilación al señor Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.), prestación que estaba a cargo de dicha entidad, quien repetiría contra la liquidada Caja Nacional de Previsión Social, respecto de la cuota parte que le correspondía.

5.2.1.2. Copia de la Escritura Pública No. 3095 del 9 de julio de 2009,

otorgada en la Notaria Primera del Círculo de Bogotá, por medio de la cual los señores Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.) y Brasilina Ruittofiama Ruitdameño, declararon la existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, desde el **1 de septiembre de 2006** y que no tienen hijos en común de ninguna naturaleza, ni por separado, razón por la cual, a partir de esa fecha se constituyó la sociedad patrimonial de hecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1 de la Ley 979 de 2005.

5.2.1.3. Pasaporte No. AQ738724 de la actora, en el que consta que ingresó al Aeropuerto A. Merino Benítez de Chile el 12 de abril de 2015 y retornó a Colombia el 31 de mayo de la misma anualidad.

5.2.1.4. Declaraciones juramentadas rendidas el 22 de junio de 2016, por los señores Cornelio Roa Díaz y Adriana María Zapata Vargas, ante la Notaria Sesenta y Dos (62) del Círculo de Bogotá.

5.2.1.5. Resolución No. GNR 278551 del 20 de septiembre de 2016, por medio de la cual la Administradora Colombiana de Pensiones le reconoció y ordenó el pago de una sustitución pensional a la actora, debido al deceso de señor Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.), a partir del 25 de noviembre de 2015 y de forma vitalicia.

5.2.1.6. Declaración juramentada rendida por la demandante el 4 de octubre de 2016, ante la Notaria Sesenta y Dos (62) del Círculo de Bogotá.

5.2.1.7. Informe Investigativo No. 15686/2017 del 10 de marzo de 2017, realizado por la señora Lidia M. Bohórquez, Técnica Investigadora de la sociedad Cyza Outsourcing S. A., relativo al estudio de seguridad originado, como consecuencia de la solicitud de pensión de sobrevivientes deprecada por la demandante ante la UGPP.

5.2.1.8. Resolución No. RDP 013038 del 29 de marzo de 2017, a través de la cual la UGPP le negó a la demandante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento del señor Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.).

5.2.1.9. Recurso de reposición y en subsidio apelación, promovido por el

apoderado de la demandante, contra la Resolución No. RDP 013038 del 29 de marzo de 2017.

5.2.1.10. Resolución No. RDP 019178 del 10 de mayo de 2017, por medio de la cual la UGPP resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por la parte actora, confirmando en su integridad la Resolución No. RDP 013038 del 29 de marzo de 2017.

5.2.1.11. Resolución No. RDP 023083 del 2 de junio de 2017, por medio de la cual la UGPP resolvió el recurso de apelación, confirmando el acto administrativo objeto de alzada.

5.2.1.12. Certificaciones laborales del causante, expedidas por el Ministerio de Salud Pública, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Educación, el Instituto de Seguros Sociales y el Ministerio de Salud y Protección Social.

5.2.1.13. Reporte de semanas cotizadas en pensiones por el señor Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.), por el periodo comprendido entre el 30 de julio de 1970 y el 30 de septiembre de 2001, expedido por Colpensiones.

5.2.1.14. Expediente administrativo del señor Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.), pensional de quien deviene el derecho reclamado, contentivo, entre otros, de los siguientes documentos:

- Copia de la cédula de ciudadanía, en la que se evidencia que nació el 30 de marzo de 1923.
- Certificaciones laborales, salariales y prestacionales.
- Resolución No. 0088 del 19 de enero de 1987, por medio de la cual la extinta Caja Nacional de Previsión Social, aceptó la cuota parte que le correspondía asumir, como consecuencia de la pensión de jubilación que reconocería el Instituto de Seguros Sociales.
- Resolución No. 000116 del 12 de enero de 1989, a través de la cual el ISS reajustó la prestación, a partir del 1 de enero de 1988.
- Resolución No. 014891 del 27 de junio de 2001, mediante la cual el Instituto de Seguros Sociales, le reconoció la pensión de vejez.
- Escrito del 23 de julio de 2009, por el cual el señor Jaime Zapata

Madrid (q. e. p. d.), le solicitó al Instituto de Seguros Sociales, que una vez falleciera, le fuera sustituida la prestación que disfrutaba a la señora Brasilina Ruittofiana Ruitdameño.

- Copia del Registro Civil de Nacimiento No. 2200626 y cédula de ciudadanía de la señora Brasilina Ruittofiana Ruitdameño, en los que se acredita que nació el 20 de noviembre de 1958.

5.2.2. Testimoniales e interrogatorio de parte.

5.2.2.1. Testimonios rendidos el 8 de abril de 2021, por los señores Adriana María Zapata Vargas y Cornelio Roa Díaz, a través de la plataforma Microsoft Teams e interrogatorio de parte de la demandante y acta contentiva de dicha diligencia.

5.2.3. Registro fotográfico allegado vía correo electrónico el 8 de abril de 2021, por la testigo Adriana María Zapata Vargas, el cual fue decretado como prueba dentro de la audiencia que se realizó en la misma fecha, como consecuencia de haberse aludido a dicho material por la declarante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221, numeral 6° del Código General del Proceso.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 2 de marzo de 2020, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la actora tiene o no derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, como consecuencia del fallecimiento del señor Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.), en su condición de compañera permanente y al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

5.3.1. Naturaleza y finalidad de la pensión de sobrevivientes.

Tanto en sede contenciosa como en tutela, se ha definido la naturaleza y finalidad de la sustitución pensional y la **pensión de sobrevivientes** “como dos modalidades del derecho a la pensión que es una expresión del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, y como una prestación que se genera en favor de aquellas personas que dependían económicamente de otra que fallece, con el fin de impedir que deban soportar las cargas materiales y espirituales causadas por esta pérdida.”¹

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 este².

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:³

“(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)

5.3.2. Normatividad aplicable frente al caso concreto. De los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes compilada en el sistema

¹ Ver entre otras: Sentencia T-190 de 1993; T-553 de 1994; C-389 de 1996; C-002 de 1999; T-049 de 2002; C-1094 de 2003; T-326 de 2007; C-336 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

² Ver: Sentencias T-190 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³ Sentencia T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

de seguridad social integral.

A partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, se consagró diferentes prestaciones económicas, con el objeto proteger las contingencias de los afiliados a dicho sistema, como la viudez, la invalidez, la vejez y la muerte, entre los que se encuentran, los derechos pensionales.

Respecto a la pensión de sobrevivientes, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, señaló que los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca, tienen derecho a su disfrute y frente a los requisitos que se deben reunir para ser beneficiario de la prestación, la mencionada disposición legal, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, indicó:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1. **Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,**

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

(...)” (negrita y subrayado ajenos al texto).

Por su parte, el artículo 47 *ejusdem*, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, estableció quienes podrían ser los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

“Artículo 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

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

b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión 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 pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

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

(...)” (negrita del Despacho).

Ahora bien, mediante la Sentencia C-1094 del 19 de noviembre de 2003, proferida por la Honorable Corte Constitucional, dentro del expediente D-4659, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11, **12, 13**, 18 y 19 de la Ley 797 de 2003, en la cual se determinó, entre otros aspectos, lo siguiente:

“Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente superviviente sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero superviviente; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.

Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta

Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso 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"¹⁴.

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. **En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.**

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). **Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social**¹⁵.

Con base en lo expuesto, al evaluar específicamente los cargos de inconstitucionalidad endilgados contra los literales a) y b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Corte encuentra lo siguiente:

El señalamiento de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la determinación de sus calidades es una materia inherente al régimen de seguridad social, en el marco trazado por el artículo 48 de la Constitución Política.

El hecho de establecer algunos requisitos de carácter cronológico o temporal para que el cónyuge o compañera o compañero permanente superviviente sea beneficiario de la pensión, no significa que el legislador haya desconocido o modificado la legislación civil sobre derechos y deberes de los cónyuges emitida en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, pues la seguridad social representa un área autónoma frente al ordenamiento civil (CP, arts. 42 y 48).

*El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, al referirse a su campo de aplicación, ilustra acerca de la naturaleza propia del régimen de la seguridad social en general y de la pensión de sobrevivientes en particular*¹⁶.

Además, la Corte encuentra razonable la distinción que, en ejercicio de su amplia libertad de configuración, el legislador ha hecho del cónyuge o compañera o compañero permanente superviviente en razón de la edad o de la procreación de hijos con el causante. Tanto es que los menores de 30 años, sin hijos con el causante, no se ven desprotegidos por el sistema general de pensiones. Lo que se les exige es que dada su juventud y ante la no procreación de hijos con el causante, que genere obligaciones a más largo plazo, asuma una actitud acorde con el principio de solidaridad de la seguridad social y se afilie al sistema. La

ley le garantiza una pensión de sobrevivientes hasta por 20 años, que esta Corporación estima suficiente y razonable para efectuar las cotizaciones respectivas y obtener el reconocimiento de su pensión.

De tal manera que esa disposición no vulnera el derecho a la igualdad por cuanto los menores de 30 años, sin hijos con el causante, no están en el mismo plano frente a las personas mayores de esa edad o con hijos procreados con el pensionado fallecido. Menos aún se vulnera el principio de unidad de materia por cuanto la legislación emitida en aspectos de seguridad social corresponde a los mandatos incorporados en el artículo 48 de la Constitución y no en el artículo 42, como lo estiman los actores. Tampoco se vulnera el derecho a la seguridad social pues sus mandatos se ajustan a los preceptos contemplados en el artículo 48 de la Carta Política, que reconoce una amplia libertad de configuración en estas materias. Por ello, desde la óptica propuesta por los accionantes, los literales a) y b) no vulneran, en lo demandado, los artículos superiores invocados en su demanda” (negrita fuera del texto original)

De la normatividad y jurisprudencia en cita, se desprende que tienen derecho al reconocimiento de la sustitución pensional el cónyuge, compañero o **compañera permanente** supérstite que: i) a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años de edad o en caso de ser menor que haya procreado hijos; ii) **que acredite la convivencia marital no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;** iii) en caso de que el (la) beneficiario (a) sea menor de 30 años de edad y no hayan procreado hijos, tendrá derecho a una pensión temporal máximo por 20 años y iv) en el evento de que el *de cujus* tuviese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el (la) fallecido (a).

5.4. Caso concreto.

5.4.1. Consideración preliminar

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 166 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a la demanda deberá acompañarse:

“(…)

3. El documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona, o

cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título”

Sobre el particular, advierte el Despacho, que en el expediente no obra acto administrativo alguno en el que conste que la entidad aquí demandada hubiese efectuado reconocimiento pensional al señor Jaime Zapata Madrid (q.e.p.d.), pensional de quien deviene el derecho pretendido en esta controversia, circunstancia que no fue advertida durante el curso del proceso; no obstante, dicha falencia se encuentra subsanada, pues la entidad demandada en momento alguno ha discutido la titularidad del derecho pretendido en cabeza del pensional fallecido, amén que al negar la sustitución reclamada, implícitamente admite que el derecho fue reconocido al señor Jaime Zapata Madrid (q.e.p.d.), pensional del que deviene el presunto derecho de la actora.

Por su parte, obra en el expediente el Informe Investigativo No. 15686/2017 del 11 de octubre de 2016, realizado por la señora Lidia M. Bohórquez, Técnica Investigadora de la sociedad Cyza Outsourcing S. A., radicado bajo el No. 201780010723902 de fecha 10 de marzo de 2017, en el que se lee:

“PAGADOR:. UGPP. FECHA DE RESOLUCIÓN: 1989-01-12. ESTADO DE LA PENSION: ACTIVO TIPO DE PENSION: JUBILACION TIPO DE PENSIONADO: Régimen de Prima Media con Tope máximo de Pensión. Nro DE RESOLUCIÓN 11689. PENSION COMPARTIDA. SI”.

Conforme a lo anterior, es claro que la entidad demandada desde el año 1989, asumió el pago de la pensión de jubilación al pensional fallecido, prestación de naturaleza compartida, de manera que para el Despacho se encuentra plenamente acreditado tal hecho, independientemente de que no obre el acto administrativo que acredite dicha circunstancia, que para el caso corresponde a la Resolución No. 11689 del 12 de enero de 1989, conforme a lo anteriormente consignado.

5.4.2. Del requisito de convivencia marital de hecho no menor a cinco (5) años continuos con anterioridad a la muerte del causante.

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley

797 de 2003, citado líneas atrás, indicó que, tratándose de la compañera permanente como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, esta debe acreditar la vida marital y/o convivencia efectiva no menos de cinco (5) años continuos al momento del fallecimiento del causante, la cual no se limita a compartir un mismo techo, pues involucra el apoyo, solidaridad y ayuda mutua.

Sobre el particular, el Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección "A", C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, mediante sentencia del 7 de marzo de 2013, dentro del proceso No. 2008-00732, señaló:

“El criterio de esta Corporación se ha centrado en afirmar que el derecho a la sustitución pensional solo se puede reconocer a quien demuestre la convivencia bajo un mismo techo y el apoyo y socorro mutuo de carácter exclusivo con su pareja; así se sostuvo en la sentencia cuyo aparte se transcribe:

“(…)

“Es por ello que solo pueden alegar su condición de beneficiario de la sustitución pensional, quienes comprueben una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona en la que la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que bajo un mismo techo se consolide un hogar y se busque la singularidad, producto de la exclusividad que se espera y se genera de la pretensión voluntaria de crear una familia”.

Así las cosas, para que sea procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, debe encontrarse acreditada **la convivencia efectiva no menor a cinco (5) años al momento de la muerte del titular de la pensión**, la cual debe ser continua y estable, orientada en el auxilio mutuo y la solidaridad, puesto que, precisamente lo que pretendió el legislador es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y, en ese sentido, la persona que alega ser compañera permanente del causante le corresponde probar dichos supuestos, pues de lo contrario no se puede establecer la existencia de un núcleo familiar.

Ahora bien, para demostrar el cumplimiento del requisito de convivencia exigido en la Ley y determinar si la señora Brasilina Ruittofiama Ruitdameño es o no beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que en

vida disfrutaba el señor Jaime Zapata Madrid (Q.E.P.D), el Despacho llevó a cabo audiencia de interrogatorio de parte y recepcionó los testimonios de los señores Adriana María Zapata Vargas y Cornelio Roa, diligencia realizada el 8 de abril de 2021.

Así mismo, reposa el Informe Investigativo No. 15686/2017 del 10 de marzo de 2017, realizado por la señora Lidia M. Bohórquez, Técnica Investigadora de la sociedad Cyza Outsourcing S. A., relativo al estudio de seguridad originado con ocasión de la solicitud de pensión de sobrevivientes deprecada por la demandante ante la UGPP, en el cual se concluyó que “... **NO EXISTIÓ CONVIVENCIA como COMPAÑEROS PERMANENTES entre JAIME ZAPATA MADRID (causante) y BRASILINA RUITTOFIAMA RUITDAMEÑO (solicitante), durante los cinco (05) años anteriores al fallecimiento del causante de manera constante e ininterrumpida**” -negrilla ajena al texto-, reporte en el que se analizaron: **i)** las entrevistas efectuadas a la actora y a los señores Cornelio Roa Díaz, Adriana María Zapata Vargas, Liliana Marcela Zapata Vargas, Mercedes Ortiz Ávila, Antonio Barrera Guzmán, Martha Eugenia Cardona Zapata y Patricia Margarita González Cornejo y **ii)** las consultas a las bases de datos del Fosyga, del Ministerio de la Protección Social, Sistema General de Información de la Protección Social SISPRO, aplicación RUAF del Ministerio de Salud, SISBEN y de la Plataforma del Departamento Nacional de Planeación.

Igualmente, obra copia de la Escritura Pública No. 3095 del 9 de julio de 2009, otorgada en la Notaria Primera del Círculo de Bogotá, mediante la cual se constituyó la sociedad patrimonial de hecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1° de la Ley 979 de 2005, entre los señores Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.) y Brasilina Ruittofiama Ruitdameño, como compañeros permanentes, con efectos desde el **1 de septiembre de 2006**, en la cual se consignó que no tenían hijos en común de ninguna naturaleza, ni por separado.

También se encuentran en el expediente Declaraciones juramentadas rendidas el 22 de junio de 2016, por los señores Cornelio Roa Díaz y Adriana María Zapata Vargas, ante la Notaria Sesenta y Dos (62) del

Círculo de Bogotá, así como Declaración juramentada rendida por la demandante el 4 de octubre de 2016, ante la misma notaria, mediante las cuales se alude a la convivencia del pensional fallecido con la aquí demandante, en calidad de compañeros permanentes.

En ese sentido, el Despacho abordará el estudio del caso, analizando en su conjunto tanto las pruebas documentales aportadas, como las testimoniales e interrogatorio recepcionados en el curso del proceso, confrontando las mismas con las entrevistas que fueran realizadas tanto a la demandante como a los familiares y amigos del pensional y que dieron lugar al Informe Investigativo No. 15686/2017 del 10 de marzo de 2017, a efectos de llegar a la solución jurídicamente correcta.

Para empezar, es importante destacar que en el interrogatorio de parte realizado por el Despacho el 8 de abril de 2021, la señora Brassilina Ruittofiama, señaló que inició a trabajar en **oficios domésticos** donde el pensional fallecido Jorge Zapata Madrid (Q.E.P.D) el “...**20 de noviembre de 1989** y **un año y medio y después...** uno decide enamorarse y... así quedé con él, como un compañero o esposo... **un año trabajé con él y al otro año quedé con él...** quedé como marido y mujer...”, versión que coincide con la que rindió el 2 de marzo de 2017 ante la señora Lidia M. Bohórquez, Técnica Investigadora de la sociedad Cyza Outsourcing S. A., pero que **contradice** lo que había afirmado, el día antes (1 de marzo) ante la misma funcionaria investigadora, fecha en la cual ésta realizó una llamada telefónica al número 3415239, para programar la visita domiciliaria, la cual fue recepcionada por la señora Brasilina Ruittofiama Ruitdameño, quien manifestó que “**durante 28 años trabajó para el doctor JAIME ZAPATA MADRID, hasta su fallecimiento**, que su función específica estaba relacionada con los **quehaceres de la casa, que por esta labor recibía el salario mínimo**”, tal como se consignó en el Informe Investigativo No. 15686/2017 del 10 de marzo de 2017.

Ahora bien, la señora Adriana María Zapata Vargas, quien afirma que el pensional era su tío abuelo y que frecuentaba su casa desde el año 1991, en diligencia realizada por el Despacho el 8 de abril de 2021, alude a la

existencia de la relación de pareja entre el pensional fallecido y la actora basada en tres circunstancias a saber: i) *“...se trataban muy cariñosamente y eso no surge en una relación de trabajo.. ii)Jaime y Brassi algunas veces peleaban... y cuando ella se molestaba por algo, se encerraba, no hacía nada, no le hablaba y mi abuelo no le paraba bolas, la cuidaba, le hacía su comida, digamos, la atendía, entonces si fuese una relación de trabajo cuando existen molestias de esta envergadura uno no sigue con esa persona trabajando y eso era lo que más impresionaba, porque le contestaba como fuerte... pero eso es algo normal en una relación de pareja... y iii)Brasi fuera a Chile durante dos meses a estar con él...”*.

A su vez, el señor Cornelio Cornelio Roa Díaz, quien es esposo de la señora Adriana María Zapata, en diligencia llevada a cabo en la misma fecha, refiere que desde el año 2005 frecuentaba la casa del pensional fallecido, razón por la cual le consta la relación como compañeros entre este y la demandante, dado el trato cariñoso entre ellos, la realización de labores domésticas conjuntamente, los paseos de fin de semana que realizaban en familia con la aquí demandante, el hecho de salir de gancho, el apodo cariñoso de “mimi” que ésta le tenía al pensional, que iban a hacer mercado, etc.

Ahora bien, las anteriores declaraciones coinciden con lo manifestado por la demandante y los deponentes, en la entrevista que se hiciera por la sociedad, Cyza Outsourcing S..A el día 2 de marzo de 2017, fecha en la cual también se entrevistó a la señora Liliana Marcela Zapata Vargas, quien afirmó ser sobrina nieta del causante y Martha Eugenia Cardona Zapata, en su condición de sobrina, quienes describen la relación entre el pensional y la actora inicialmente como su empleada doméstica y ya con el tiempo de más confianza, pues cocinaban juntos, salían a conocer el transmilenio, iban a algunas reuniones familiares juntos, cuando él viajaba le compraba regalos, etc.

Igualmente, en la misma fecha dicha sociedad entrevistó a la señora Mercedes Ortiz Avila, quien señaló ser vecina del causante por más de 20 años, pues tenía un negocio enfrente de su vivienda, tiempo en el que le consta que *“...solo vivía con la señora Brassilina, a quien conocía como su*

compañera permanente...”.

Así mismo, fueron entrevistados los señores Antonio Barrera Guzmán, amigo del causante desde los 9 años de edad y Patricia Margarita González Cornejo, quien afirmó ser amiga del causante, a quien él llamaba “hija”, quienes, contrario a lo señalado por los deponentes y entrevistados, aluden a que conocieron a Brassilina acompañando al causante **como la persona que estaba a cargo de los oficios y quehaceres de la casa.**

Como puede verse, la existencia de la vida en pareja entre la señora Brassilina Ruittofiama y el pensional fallecido Jorge Zapata Madrid (Q.E.P.D), se pretende acreditar por los deponentes y entrevistados (especialmente por los familiares del pensional), basados en que compartían quehaceres domésticos juntos, en que la actora le tenía un apodo cariñoso, en que peleaban algunas veces, compartían fines de semana juntos, salían de gancho, iban a conocer transmilenio, etc., actividades que para el Despacho no tienen la entidad y fuerza suficiente para acreditar la relación de pareja, pues, son propias de la vida cotidiana de una casa y de quienes habitan en ella, amén que ese compartir diario hace que se creen lazos de confianza que rompen ese marco de distanciamiento entre empleador y empleada, a punto que se puedan llamar entre sí cariñosamente e incluso pelear.

En ese sentido, encuentra el Despacho que si bien entre el pensional fallecido y la demandante se estableció una relación de afecto, aprecio, cariño, ternura y consideración, estos sentimientos **no surgieron bajo el marco de la existencia de una relación de pareja basada en un sentimiento amoroso entre ellos**, sino que emergió del devenir propio de la relación que se estableció por casi 27 años, aquel como patrono y esta como su empleada doméstica.

Al efecto, la declarante Adriana María Zapata atribuye a la demandante un carácter fuerte que el pensional solo pudo permitir porque era su pareja, pues de haber sido su empleada –insinúa- que alguna medida habría tomado al respecto.

Para el Despacho tal afirmación deviene de una apreciación subjetiva de la declarante que no respalda el hecho que pretende demostrar, máxime si se tiene en cuenta que el pensional era una persona con mayor cultura y educación que la demandante y por tal razón podía entender las reacciones de carácter de su empleada propias de su idiosincrasia, absteniéndose de tomar medidas en su contra.

También se insinúa por parte de dicha declarante que el pensional y la demandante dormían junto. Al efecto, en la entrevista realizada el 2 de marzo de 2017, por la sociedad Cyza Outsourcing S. A., y en la declaración rendida ante el Despacho afirmó que *“Inicialmente Brassi dormía en su cuarto abajo, pero luego me di cuenta de que se pasó al segundo piso, aunque no dije nada porque me parecía muy personal, si fue claro para mí que su relación era de pareja”*, conocimiento que afirma deviene del hecho que algunas veces pasaba muy temprano a la casa del pensional y *“la única cama destendida era la de él, pero nunca le pregunté nada porque no me pareció apropiado”*; no obstante destaca el Despacho que también señaló *“...yo no me acuerdo realmente haber pasado una noche allá....”*.

Por su parte, la señora LILIANA MARCELA ZAPATA VARGAS, en la misma entrevista, anotó: *“...Yo viví con ellos durante 8 meses en el 2013 y en ese momento mi abuelito ya estaba con fibrosis pulmonar muy avanzada; pero me acompañaba a la plaza a hacer mis vueltas, **ellos ya dormían juntos. A Brasí le daba pena y no se dormían si yo no me iba a acostar primero**”* (negrita del Despacho), versión que para el Despacho resulta contradictoria pues se atribuye que la demandante dormía junto al señor Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.), pero al mismo tiempo se resalta que, primero se acostaba la entrevistada y luego la actora, por lo que no le podía constar tal hecho.

En ese sentido, tales declaraciones no acreditan fehacientemente la relación de pareja derivada del supuesto hecho de *“dormir juntos”*, pues, de un lado, la declarante Adriana María Zapata no vivía de manera permanente en la casa habitada por el pensional fallecido y la actora, amén que su juicio deviene de **suposiciones**, tales como el hecho de que la demandante se pasó a dormir del piso primero al segundo y porque

algunas veces solamente la cama de él estaba destendida cuando **de pronto** iba por la mañana, en tanto asegura nunca haber dormido en casa del pensional; a su turno, la señora Liliana Marcela Zapata, si bien asevera haber vivido durante 8 meses en dicha casa, no le pudo constar tal hecho porque afirma que “...*siempre se iba a dormir primero que la demandante.*”. Igualmente, interrogada la demandante sobre este aspecto, contestó que “*sí compartían cama*”; no obstante, también afirmó que ella se subía al segundo piso “*para poder cuidar mejor la casa cuando él salía*”, y así también lo expresó en la entrevista llevada a cabo por la sociedad CYZA Outsourcing S. A., indicando “...*después me pasé para arriba cuando él salía para estar pendiente de la casa*”, de donde se desprende que el hecho de haber subido al segundo piso no fue porque compartiera el lecho con el pensional, sino para cuidar mejor la casa cuando él salía.

De otra parte, en el trámite de las entrevistas y en la recepción del interrogatorio y de la prueba testimonial recaudados por el Despacho, surgieron referencias en torno a viajes realizados por el pensional fallecido, de las cuales se advierten serias contradicciones que impiden al Despacho llegar a la convicción plena de la existencia de la relación de pareja que aquí se discute.

En efecto, la presente demanda está centrada en acreditar que el hecho de que el pensional estuviera en el año anterior a su fallecimiento en Chile, no conlleva al incumplimiento del requisito de convivencia en los últimos 5 años de vida del causante. No obstante, de las entrevistas realizadas y de las declaraciones rendidas ante el Despacho se desprende que el pensional fallecido **no residía en Bogotá** de manera permanente y habitual, incluso antes de su último viaje a Chile, circunstancia que desvirtúa la vida en comunidad y de pareja del pensional con la demandante.

Sobre el particular, en la entrevista realizada a la señora Liliana Marcela Zapata Vargas, esta afirmó que “...*conforme avanzó la enfermedad de mi abuelo “...él debía viajar a ciudades más bajas. ...Finalmente en UNO DE ESOS VIAJES, el médico no lo dejó volver a Bogotá*”, (mayúscula y negritas del Despacho), declaración de la cual se desprende que el

pensional fallecido no se encontraba en Bogotá sino en “*uno de sus viajes*”, cuando el médico no lo dejó volver a Bogotá.

Precisamente la aquí demandante, en la audiencia de interrogatorio afirmó claramente que el pensional **viajó desde Medellín a Chile** (refiriéndose al viaje realizado en el año anterior a su fallecimiento), de manera que el pensional **NO** viajó de Bogotá a Chile, como se pretende acreditar y se verá más adelante.

Así mismo, en la entrevista llevada a cabo el 2 de marzo de 2017, el señor Pablo Antonio Barrera Guzmán refirió que “*Al doctor Jaime Zapata lo conocí apenas tenía 9 años de edad, ... **El viajaba mucho a Medellín , a Chile, a donde una hija que vive allá en Santiago de Chile...***”

En ese sentido, interrogada la señora Adriana María Zapata por parte de la apoderada de la entidad demandada acerca de los permanentes viajes del pensional fallecido, ésta enfáticamente señaló que no eran permanentes sino ocasionales; no obstante, tal afirmación se encuentra desvirtuada tanto por la señora Liliana Marcela Zapata, quien afirmó que el pensional debía viajar a ciudades más bajas, y en “*...**uno de esos viajes el médico no lo dejó volver a Bogotá***”, -lo que da a entender que viajaba frecuentemente-, así como por el señor Pablo Antonio Barrera quien afirmó que “*el viajaba **mucho** a Medellín a Chile a donde una hija que vive allá en Santiago de Chile...*”. y por la propia demandante quien señaló que cuando el pensional “*...estaba bien, viajaba a Ibagué, Panamá, Estados Unidos...*”, viajes, en los que valga la pena anotar, no era acompañado por la aquí demandante, pues en momento alguno ésta afirmó haber viajado con él ni se acreditó dicha circunstancia dentro del proceso, hecho que para el Despacho permite desvirtuar una vez más la relación de pareja que se pretende acreditar entre ellos.

Ahora bien, tanto en la entrevista realizada por la sociedad Cyza Outsourcing S. A., como en las declaraciones que realizaron ante el Despacho, los declarantes como la demandante fueron coincidentes en señalar que el señor Jaime Zapata Madrid, falleció en Chile, y, en consecuencia, tal hecho no se encuentra en discusión. Sin embargo, -

admitiendo en gracia de discusión que solo en el último año de vida el pensional se ausentó de Bogotá- frente a este viaje, también advierte esta juzgadora serias contradicciones en las versiones realizadas por los deponentes:

En efecto, el señor Cornelio Roa Díaz, en el memorial contentivo del recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto el día 18 de abril de 2017 en contra de los actos administrativos demandados (páginas 6 y 7) adujo que “.....la señora PATRICIA GONZALEZ, quien en su calidad de amiga del doctor ZAPATA Q.E.P.D **lo invitó a Chile a pasar navidad de 2014**, pero por causa de una neumonía que sufrió no pudo regresar a Colombia”

Por su parte, Adriana María Zapata en la entrevista que le fue realizada, manifestó que “...Jaime desarrolló progresivamente fibrosis pulmonar, sólo fue posible que hiciera con juicio los remedios gracias a Brasi. Progresivamente empezó a empeorar y viajó a Chile **inicialmente de paseo, pero no pudo volver por orden médica porque la altura lo empeoraba mucho**” -negrita del Despacho-.

No obstante en versión realizada ante el Despacho, aseguró que “...Jaime inicialmente no quería IRSE de Bogotá, pero fue una condición donde el médico le dijo mire así de sencillo, si usted VUELVE a Bogotá se muere, no hay opción, quedarse a vivir en Medellín, ya mi abuela, creo que para esa época ya había fallecido, no había una persona que lo pudiera cuidar, en cambio Patricia nuestra amiga Chilena es una persona que no trabaja, su esposo falleció y ella tiene una comodidad económica que le permitía tener tiempo para cuidarlo a él, las demás personas trabajaban y él necesitaba esa atención, entonces a él le tocó IRSE”

En este sentido, si bien los citados deponentes en un principio indicaron que el viaje del señor Jaime Zapata (Q.E.P-D) fue de **paseo** dando a entender que se encontraba en Bogotá junto con su supuesta compañera, la señora Adriana María Zapata alude a que dicho viaje se debió a sus problemas de salud, resultando su relato contradictorio e incoherente, pues si el pensional no quería IRSE de Bogotá, (querría decir que estaba

en Bogotá) y si el médico le dijo usted no puede VOLVER a Bogotá, entonces claramente no estaba en Bogotá, cuando decidió IRSE, lo cual corrobora que el pensional se encontraba en Medellín, y no en Bogotá, circunstancia que constituye un claro indicio de que el relato de los deponentes se encuentra alejado de la realidad con el único propósito de demostrar una comunidad de vida entre este y la demandante que en realidad no ocurrió.

A este respecto, subraya el Despacho que la citada testigo, alude a que al pensional le “*tocó irse*”, porque no había una persona “*que lo pudiera cuidar*”; no obstante, tanto en las entrevistas realizadas como en las declaraciones recepcionadas los deponentes fueron reiterativos en señalar que la aquí demandante era quien se encargaba del bienestar del pensional, estaba pendiente de él, lo cuidaba, le organizaba su ropa, lo atendía, etc., y la misma testigo afirma que cuando desarrolló progresivamente fibrosis pulmonar, “*...sólo fue posible que hiciera con juicio los remedios gracias a Brasi... y que ...Brasi, siempre estuvo muy pendiente de él y lo quería muchísimo. Jaime también la adoraba y siempre estaba pendiente de ella y de su bienestar....*”, de modo que la aseveración de que no tenía quien lo cuidara resulta completamente contradictoria e incoherente, frente a tales afirmaciones.

También resulta poco convincente para el Despacho que existiendo una relación de pareja, la amiga del pensional no hubiese tenido en cuenta a quien se afirma era su compañera y lo hubiese invitado a él solo a pasar vacaciones, amén que si viajó por problemas de salud, la razón aducida para justificar el hecho de que la hoy demandante no hubiese viajado con el pensional, tampoco resulta creíble.

Al respecto, la señora Adriana María Zapata Vargas, manifestó ante este Estrado Judicial que “*...cuando él se fue tenía la casa, la cual estaba en una zona de tolerancia, entonces lo que él pensó fue vendamos la casa y una vez vendida la casa veremos si Brasilina puede venir o que pasa, pero la realidad es que la casa se empezó a vender cuando él se fue en 2014 y únicamente se pudo vender cuatro años después, muy por debajo de la suma que él había pensado, entonces digamos que fue un tema más*

imposibilidad de ir a otro sitio y de estar en un sitio donde había una persona que, realmente, podría estar pendiente de él todo el tiempo....,

Por su parte, el señor Cornelio Roa Díaz, arguyó que “...*la dificultad que tenía Jaime era que la casa no se quedara sola, por el lugar en que se encontraba ubicada y su gran preocupación era que la demandante se quedara sola... se comunicaban telefónicamente para ver como estaba y como estaba la casa*”.

Al respecto concluye el Despacho que **la demandante era quien debía cuidar la casa**, labor que no es propia de quien se afirma vivía en una relación de pareja con el pensional fallecido, quien bien pudo contratar los servicios de un cuidador a efectos de que su supuesta compañera lo acompañara en los momentos de difícil situación de salud.

Ahora bien, que el motivo del viaje del pensional haya sido de paseo o por sus problemas de salud, lo cierto es que **cualquiera de las dos circunstancias demuestran per-se, un distanciamiento que no tiene justificación dentro de la concepción de relación de pareja**, pues en ambos casos el pensional decidió estar con una amiga, antes que con quien -se afirma- era su compañera permanente.

En efecto, se afirma en la demanda que el pensional viajó a Chile donde una “amiga”, de nombre Patricia Margarita González Cornejo, a quien este consideraba como una hija -para el Despacho no quedó clara la relación existente entre ellos- quien en la entrevista que le fuera realizada el 9 de marzo de 2017, refiriéndose a la relación sostenida entre el pensional fallecido y la aquí demandante, anotó:

“Mi relación o trato con el Dr Jaime Zapata fue de amistad y agradecimiento con él, a mí me llamaba “su hija” pero solo fuimos amigos.

En varias oportunidades viajé a Bogotá por motivos de estudios y congresos, siempre me hospedé en su casa.

*La esposa de Jaime Zapata, de nombre Inés, también la conocí, ella era odontóloga, también trabajó en Leticia, ella falleció hace muchos años, **después del fallecimiento de la esposa, el Dr. Jaime Zapata contrató una empleada de nombre BRASILINA, era quien permanecía con él todo el tiempo, vivía en su casa en Bogotá, las veces que me hospedé allí siempre la vi como la***

persona que estaba a cargo de los quehaceres de la casa, a ella la considero como una persona de otra cultura, se le dificulta hablar el español, pero aun así fue muy atenta, estuvo al lado de Jaime todo el tiempo, lo cuidaba, lo ayudaba, se preocupaba porque estuviera bien arreglado, también en la casa fue muy atenta, estuvo siempre al lado de él y ciertas cosas las compartían, cocinaban juntos, algunas veces salían juntos” (resaltado ajeno al texto).

Como puede verse, la entrevistada, afirma que vio a la aquí demandante como la persona que **como empleada estaba a cargo de los quehaceres de la casa**, y a pesar que afirmó que algunas veces ésta y el pensional cocinaban y salían juntos, no insinúa siquiera la más mínima posibilidad que entre estos existiera una relación de pareja, lo cual contradice abiertamente lo afirmado por la demandante tanto en la entrevista como en la declaración rendida ante el despacho, en el sentido que el pensional la presentaba a las visitas como su esposa, pues es evidente que ello no ocurrió con quien se hospedó en casa del pensional en varias oportunidades por motivos de estudios y congresos y de quien se puede afirmar era la persona más cercana, a quien este visitaba en Chile con frecuencia y quien le brindó protección y cuidados en el último año de su existencia.

En este sentido, llama la atención del Despacho que habiendo estado en varias oportunidades la señora Patricia hospedada en casa del pensional y dada su cercanía por lazos de amistad de tantos años, no conociera de la supuesta relación de pareja existente entre ellos.

La versión de la señora Patricia González, también la corrobora el señor Pablo Antonio Barrera Guzmán quien en entrevista realizada afirmó: “Al doctor Zapata lo conocí, apenas tenía 9 años de edad, la relación de todos estos años fue excelente, a través de esos años conocí a Brassilina acompañando al doctor en la casa **en sus oficios de la casa** durante más o menos 25 a 30 años”

Así las cosas, la afirmación realizada por señora Adriana María Zapata Vargas en la entrevista que se realizó el 2 de marzo de 2017, en el sentido que “...Jaime la presentaba como pareja y la llevaba a todos lados acá en Bogotá...” constituye una falacia, amén que la versión rendida por la entrevistada MERCEDES ORTÍZ AVILA, vecina del causante, por ser la

propietaria de un negocio ubicado a su residencia, en el sentido que l conoció a Brassilina como compañera del pensional, nada acredita al respecto, pues solo le consta que aquella vivía en la casa de éste.

Ahora bien, pretenden los declarantes demostrar la vida en pareja de la demandante con el pensional, basados en el viaje que ésta hiciera a Chile, aportando al efecto el pasaporte de la actora que acredita el referido viaje y unas fotografías en que se ven juntos; no obstante, ni el viaje ni las fotografías acreditan per-se la existencia de la relación de pareja, como pretende hacerlo ver el apoderado de la actora.

En efecto, se acreditó que la señora Brassilina realizó un viaje a Chile como consta en la copia del pasaporte No. AQ738724, con fecha de salida de Colombia el 12 de abril y de regreso el 31 de mayo del año 2015. Al respecto, advierte el Despacho que es la única prueba de que en una relación de más de 20 años, habrían compartido un viaje, amén que llama la atención que el mismo se hiciera justo meses previos al deceso del pensional. Precisamente, la señora Adriana María Zapata atribuye a ese viaje, una de las razones que acreditarían la convivencia entre estos, como si el mismo se hubiese realizado con la clara intención de preconstituir una prueba que permitiera acreditar la convivencia, hecho que deduce el Despacho teniendo en cuenta que no obstante los frecuentes viajes realizados por el pensional tanto al interior del País como al exterior, no se demostró que contara con la compañía de su supuesta compañera ni esta aludió en algún momento realizar los viajes con él.

En ese sentido, sus sobrinas Liliana Marcela y Adriana Zapata, aluden precisamente a un viaje a Chile realizado en el año 1991, -fecha para la cual se afirma ya era el compañero de la aquí demandante- realizado con el pensional, indicando que el “...solo pensaba en ella y le compraba regalos para traerle...”, hecho del que se desprende que el pensional prefería irse de viaje con sus sobrinas antes que con quien se afirma era su compañera de vida, amén que el hecho de comprarle regalos no demuestra la relación que se pretende acreditar, pues es un detalle propio del cariño y aprecio que profesaba el pensional hacia su empleada, proceder de la mayoría de personas hacia quienes les prestan sus servicios en cualquier actividad de

índole laboral.

Por su parte, el material fotográfico nada dice de la relación de pareja, pues muestra a la accionante disfrutando un helado y acompañando al pensional en su silla de ruedas, así como una reunión supuestamente familiar, en la que era natural y lógico que estuviera la señora Brassilina, pues no se puede desconocer que el personal de servicio y más de tanto tiempo se hace partícipe de los acontecimientos familiares, dada la relación de confianza que se genera con el tiempo, amén que en esta aparece la actora con delantal puesto, prenda propia de quien ejerce los oficios domésticos.

En ese sentido, si bien la señora Adriana María Zapatae afirmó que *“...Jaime siempre pasaba con ella todas las festividades y celebraba con ella su cumpleaños...”*, ninguna prueba se aportó al efecto.

Ahora bien, en relación con la razón por la cual la demandante no se quedó acompañando al pensional en Chile, los deponentes fueron coincidentes en señalar que ello ocurrió por la dificultad en vender la casa, amén que la testigo Adriana María Zapata, aludió someramente a problemas de visa. Sin embargo, como se anotó espacios líneas atrás, la demandante era quien debía cuidar la casa del pensional, en su condición de empelada doméstica y esta fue la razón por la cual ni viajó a Chile cuando este decidió irse, ni se quedó con él en dicho país, ni lo acompañaba a ninguno de sus viajes.

En este sentido, otro hecho que, en criterio de esta juzgadora, desvirtúa la relación de pareja existente entre el pensional y la aquí demandante, es la disposición que se hizo de los bienes de este a su fallecimiento, pues claramente en ella no se tuvieron en cuenta los derechos que como supuesta compañera permanente –de haberlo sido- le habrían correspondido.

En efecto, afirmado por los deponentes que el patrimonio del pensional fallecido era exclusivamente la casa en la que habitaba con la aquí demandante y los enseres que había en ella y que el pensional era viudo y

no tenía hijos, quien debía haber quedado como propietaria –de ser cierta su condición de compañera- era precisamente la demandante, pero ello no ocurrió.

Al efecto, subraya el Despacho la forma como el pensional fallecido determinó el reparto de los bienes. Sobre el particular, en la entrevista realizada, la señora Brassilina indicó “...*las propiedades que él tenía era esta casa y sus cosas; el dio ORDEN que escogiera lo que me gustaba y lo demás se vendiera*”.

Nótese que el pensional dio una ORDEN de vender, permitiendo que la aquí demandante escogiera lo que le gustara de la casa, decisión que no es propia de quien tiene una comunidad de vida con su pareja, a quien por derecho propio le pertenecen los bienes que integran la sociedad, para el caso la de hecho constituida por el pensional y la aquí demandante.

Indagado por el Despacho sobre este tópico el señor Cornelio Roa Díaz en la audiencia de testimonio manifestó que, “*Jaime dejó como instrucciones que de la venta de la casa se pagara lo que él debía en Chile, porque el dinero de él se iba en mantener la casa y mantener a Brasilina en sus necesidades; sin embargo, anotó que a la demandante “no le quedó nada”, pues con el dinero se recuperó unos gastos en que incurrió el testigo para los gastos de la demandante y los arreglos de la casa, pago de escrituras y el restante se le envió a “Patricia” en Chile.*

A su vez, la señora Adriana María Zapata Vargas, frente a la pregunta que le hiciera el Despacho, en torno a que informara la razón por la cual el causante no le dejó la casa a la demandante, si era su pareja, indicó que “...*lo único que él tenía era ese inmueble y las pensiones, por lo tanto, solicitó que se vendiera el inmueble para pagar los gastos generados en Chile y de la mitad del dinero le comprarán un apartamento a la señora Brasilina Ruittofiama Ruitdameño, pero la venta fue por un valor inferior al inicialmente pensado, suma que cubrió los gastos en que incurrió el pensional durante su permanencia en el vecino país*”.

Para el Despacho, tales afirmaciones –por demás sin respaldo probatorio

alguno-, resultan poco convincentes, pues es claro que el pensional no necesitó de la venta de la casa para sufragar sus gastos durante su estadía en Chile por más de un año, -admitiéndose en gracia de discusión que permaneciera en Chile tan solo el último año de su vida- , resultando poco creíble para esta juzgadora que la casa llevara más de cuatro años para la venta y solo cuando muere el pensional curiosamente puede venderse y también extrañamente por una suma tan baja **que a la demandante no le quedó nada, pero si hubo dinero para enviarle a Patricia la amiga del pensional con quien se encontraba en Chile, al momento de su deceso.**

Tal acontecer, demuestra que ninguna acción se tomó para proteger el único patrimonio con que podía contar la demandante derivada de su supuesta unión marital de hecho con el causante, hecho que ocurrió precisamente porque esta no era la compañera del pensional sino su empleada doméstica, lo cual se corrobora una vez más con el hecho que los deponentes declararon haber logrado que la demandante quedara viviendo en dicha casa con la nueva propietaria del inmueble llamada Diamantina.

Sobre este hecho, la declarante Adriana María Zapata, afirma que la nueva propietaria hizo un vínculo muy estrecho con la aquí demandante porque tenía una fundación con gente de la Chorrera, municipio de origen de la actora, cuyo propósito es contribuir a la calidad de vida de la comunidad indígena y que la demandante se dedica a ayudar en dicha fundación, relato que contradice lo afirmado por la señora Brassilina, pues esta afirmó que actualmente ayuda a los quehaceres domésticos a la señora Diamantina, y en tal virtud la condición en la que vive en la casa donde convivía con su supuestamente compañero, **sigue siendo la de empleada doméstica.**

Se pregunta el Despacho: si la señora Brassilina era la compañera y, por ende, quien en virtud de la sociedad de hecho que se había conformado, la legítima propietaria del bien inmueble, ¿por qué no se le dejó dicho inmueble, máxime el arraigo que los deponentes afirman tenía la actora con el mismo, por haber habitado en el por más de 27 años ¿por qué nada

se hizo con dicho propósito? O por su origen humilde e indígena era justificable el desconocimiento de sus legítimos derechos por parte del pensional y sus familiares, entre ellos, los dos deponentes en este proceso? ¿Cómo justificaron ante la nueva propietaria del inmueble que la actora, como compañera del pensional y, por ende, legítima propietaria del inmueble quedara en condición de empleada doméstica en la casa que por derecho propio debió ser suya y de la cual, la misma deponente Adriana Maria Zapata, aseguró que no quería irse?

La respuesta a dichos interrogantes una vez más es que ningún derecho obtuvo la señora demandante sobre dicho bien inmueble, por la potísima, sencilla y única razón que no era la compañera del pensional y por eso, sus familiares hicieron la venta del inmueble sin su intervención y aprobación, y sin que quedara dinero alguno a su favor, como así lo reconocieron ante el Despacho.

Sobre este aspecto, llama la atención que la demandante asegurara “...luego lo vi como un esposo **como desde el 91, en que mi hermana murió aquí...** ...de la casa me dijo **cuando murió mi hermana** que no me preocupara que no me iba a quedar desamparada, **que iba a hacer unos viajes** y a su regreso **haríamos unos trámites para rectificar y dejarme esta casa a mi, pero no alcanzó...**”. Nótese que la hermana de la demandante murió en el año 1991, fecha desde la cual el pensional le habría prometido a la demandante, dejarle la casa, cuando regresara de sus viajes, no porque fuera su compañera, pues de haberlo sido, por derecho propio le habría correspondido, sino pensando en no dejar desamparada a su humilde y fiel empleada doméstica.

Ahora bien, la demandante en el interrogatorio de parte indicó que estuvo en contacto con el pensional, como quiera que éste mientras residió en Chile la llamaba a las 8:00 a.m. y a las 8:00 p.m., hasta que se agravó, esto es, en los meses de julio y agosto de 2015. Para el Despacho tales llamadas no prueban en sí mismas la supuesta relación marital que se pretende acreditar, pues es apenas normal que dentro de una relación laboral de tantos años, el pensional se preocupara por el bienestar de su empleada y de cómo se encontraba la casa, como lo corroboró el señor

Cornelio Roa en su declaración al afirmar que *“Se comunicaban telefónicamente para ver como estaba **y como estaba la casa**”*.

Igualmente, resulta cuestionable el hecho de que se sostenga que, la demandante dependiera económicamente del señor Zapata Madrid (Q.E.P.D), puesto que, pese a que, tanto la señora Brasilina Ruittofiama Ruitdameño en el interrogatorio de parte, como los testigos refieren que éste cubría sus gastos, la actora en la entrevista que, primigeniamente realizó, vía telefónica, con la sociedad Cyza Outsourcing S. A., citada líneas atrás, afirmó que durante 28 años trabajó para el pensional, hasta el momento en que éste falleció **recibiendo una remuneración** y, de otro lado, tenemos que los deponentes carecen de la explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que les consta dicha dependencia económica y tampoco demostraron que la misma tuviese un origen diferente a la retribución derivada de las labores domésticas que realizaba en la casa del pensional.

Sobre este aspecto, se resalta que la señora Adriana María Zapata Vargas, adujo que no tiene conocimiento hasta qué momento el causante le pagaría a la causante por sus servicios prestado y que cuando se fue a Chile, **...éste le encargó que a la actora no le faltara nada**, sin indicarle que debía pagarle un salario, pero con antelación, el causante le hizo un ahorro a ella, el cual era esporádico y, para el efecto, en compañía de su esposo se dirigieron a *“Escandia”* y abrieron un fondo a favor de la señora Brasilina Ruittofiama Ruitdameño, y, que iban de vez en cuando y abonaban plata y *“él estaba pendiente que ese dinero era para ella, por si a él le pasaba algo... pero más que una retribución era un ahorro para ella”*; en tanto, que el señor Cornelio Roa Díaz, relató que abrieron una cuenta en *“Bancolombia”*, cuando se necesitó para su pensión.

Tales afirmaciones, - por demás sin respaldo probatorio alguno- lejos de acreditar una comunidad de vida en común entre el pensional fallecido y la demandante, lo único que demuestran es la preocupación del pensional por la suerte de su empleada doméstica *“si a él le pasaba algo”*, hecho que corrobora la demandante en el interrogatorio de parte al señalar que éste *“...le dijo al doctor Cornelio y la doctora Adriana que me ayudaran”*.

En este sentido, para esta juzgadora es evidente el deseo del pensional de dejarle a su empleada doméstica, -por demás, mujer indígena, humilde y sin grado de educación alguno-, su derecho pensional, para que pudiera contar con recursos que le permitieran sobrellevar con dignidad su subsistencia. Muy loable su intención. Sin embargo, dicho propósito debió realizarlo a través de su afiliación al Sistema de Seguridad Social, cotizando a la administradora de pensiones el porcentaje que por ley le correspondía como empleador, actuación que de haberse llevado a cabo, hoy la demandante contaría con dicha prestación, dado que habría cumplido los requisitos de edad y tiempo para obtener su derecho a la pensión de jubilación, pues laboró por 27 años en la casa del pensional fallecido y tiene en la actualidad 64 años de edad.

Así las cosas, y con base en el análisis probatorio antedicho, fuerza concluir que entre el pensional fallecido y la demandante **NUNCA** existió una unión marital, de pareja, de esposos o compañeros, ni compartieron su vida en dicha condición, conclusión que coincide con las derivadas del Informe Investigativo No. 15686/2017 del 10 de marzo de 2017, realizado por la señora Lidia M. Bohórquez, Técnica Investigadora de la sociedad Cyza Outsourcing S. A., relativo al estudio de seguridad originado, como consecuencia de la solicitud de pensión de sobrevivientes deprecada por la demandante ante la UGPP, en el que se concluyó que *“NO EXISTIÓ CONVIVENCIA como COMPAÑEROS PERMANENTES entre JAIME ZAPATA MADRID (causante) y BRASILINA RUITTOFIAMA RUITDAMEÑO (solicitante), durante los cinco (05) años anteriores al fallecimiento del causante de manera constante e ininterrumpida”*.

Una prueba más de la inexistencia de la relación de pareja y vida en comunidad que se pretende demostrar entre la aquí demandante y el pensional fallecido, tiene que ver con el hecho no menos importante que ni siquiera se dejaron los restos del pensional en la ciudad de Bogotá, lugar de residencia de quien se afirma era su compañera, pues de acuerdo con las entrevistas realizadas estos fueron depositados en la ciudad de Ibagué, circunstancia que acredita, además que, en vida, el pensional no tenía un arraigo en la ciudad de Bogotá.

Ahora bien, obra en el expediente la Escritura Pública No. 3095 del 9 de julio de 2009, otorgada en la Notaria Primera del Circuito de Bogotá, mediante la cual se constituyó la sociedad patrimonial de hecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1° de la Ley 979 de 2005, entre los señores Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.) y Brasilina Ruittofiama Ruitdameño, como compañeros permanentes, con efectos desde el **1 de septiembre de 2006**, en la cual se consignó que no tenían hijos en común de ninguna naturaleza, ni por separado. No obstante, para el Despacho dicho acto jurídico acredita el requisito **formal**, pero no la verdadera, real y efectiva unión de hecho entre el pensional fallecido y la demandante, la cual, como se ha demostrado a lo largo de este escrito, se encuentra total y completamente desvirtuada.

A este respecto, el Consejo de Estado, ha sido claro en señalar que la existencia de la unión marital de hecho **no puede confundirse con la existencia real y efectiva de la convivencia y vida en común**. Discurrió así la mencionada Corporación Judicial en sentencia del 21 de enero de 2021⁴:

*“Bajo este entendido, resulta pertinente aclarar que, quien ostente la condición de cónyuge o compañero supérstite, para poder hacerse beneficiario de la sustitución pensional, debe fundamentar esta calidad bajo una convivencia real y efectiva al momento de la muerte del causante; **la cual no puede confundirse con la existencia de una unión marital de hecho**, pues esta primera exige la demostración de una vida común que se mantuvo para el momento del fallecimiento ocurrido, mientras que la segunda si bien supone un vínculo sentimental y la conformación de una comunidad de vida en pareja, mal se haría al inferir que **esta institución garantiza prima facie una convivencia efectiva con la presunta pareja, pues para ello es necesario acreditar la existencia del componente afectivo y de relación que tenía con el pensionado al momento de su muerte y durante el término que la ley lo prevé, lo cual como quedó demostrado en el sub lite no ocurrió**”.*

⁴Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “A”, Consejero Ponente dr. William Hernández Gómez, proceso No. 2015-00165 (5095-208), Demandante Deyssy Pinzón Ospina, demandado: Departamento del Tolima Fondo Territorial de Pensiones.

Así las cosas, analizadas en su conjunto, las pruebas documentales obrantes en el proceso, el interrogatorio de parte, los testimonios recepcionados por el Despacho, así como el Informe Investigativo No. 15686/2017 del 10 de marzo de 2017, realizado por la señora Lidia M. Bohórquez, Técnica Investigadora de la sociedad Cyza Outsourcing S. A., conforme a las reglas de la sana crítica, se encuentra que tales medios probatorios no llevan a esta Juzgadora a la convicción y certeza necesarias sobre la convivencia que se afirma existió entre los señores Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.) y Brasilina Ruittofiama Ruitdameño, como compañeros permanentes, pues esta no existió ni antes ni después de la constitución de la sociedad marital de hecho, requisito indispensable para acceder a este tipo de prestación.

En ese sentido, el extremo actor no logró probar los supuestos de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico que persigue, esto es, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, como lo dispone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la medida que las declaraciones derivadas de las entrevistas realizadas el 2 de marzo de 2017, el interrogatorio de parte rendido por la demandante y los testimonios de los señores Adriana María Zapata Vargas y Cornelio Roa Díaz, fueron incoherentes, confusos, inconsistentes y contradictorios, para acreditar la existencia real y efectiva de la convivencia y vida en común entre el señor Jaime Zapata Madrid (Q.E.P.D) y la señora Brassilina Ruittofiama.

Para el Despacho, por el contrario, fue acreditado que desde el **13 de diciembre de 1988**, la demandante fue la **empleada doméstica** del causante, quien dicho sea de paso, la superaba en edad en más de **33 años**, amén de una evidente diferencia cultural y de educación existente entre ellos.

Sobre este aspecto, destaca esta juzgadora que los dos deponentes dentro del proceso fueron coincidentes en señalar que, dada la idiosincrasia propia de la demandante de origen indígena y la cosmovisión que tiene del

mundo, es una persona inocente, que no entiende el doble sentido, en la que no se advierte maldad, características que, en efecto, pudo apreciar esta juzgadora en el interrogatorio que le fue realizado, en el cual se observó además su extrema dificultad en expresar sus ideas, pudiendo concluir el Despacho que la demandante creyó de buena fe – o le hicieron creer- que la relación que tenía con el pensional era de “esposos”, basada en el cariño y trato considerado que este le prodigaba, pues bajo ninguna otra situación se pudo configurar dicha relación, como quedó demostrado a lo largo de este escrito.

Así las cosas, ha de concluir el Despacho que ninguno de los vicios señalados de falsa motivación y expedición irregular se predica de los actos administrativos acusados, pues la entidad demandada al momento de negar el reconocimiento de la pensión que en vida disfrutaba el señor Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.), aplicó correctamente las disposiciones contenidas en la normatividad que regula la materia y sus fundamentos devienen de la conclusión que arrojó el Informe No. 15686/2017 del 10 de marzo de 2017, razón por la cual, se encuentran debidamente motivados.

Ahora bien, no se puede atribuir que la entidad demandada desconoció el derecho de audiencia y defensa que le asistía a la actora, pues en el informativo se dejó constancia que “...*la entrevista se diligenció en presencia del apoderado, doctor CORNELIO ROA, quien a su vez es esposo de una sobrina del causante, de nombre ADRIANA MARÍA ZAPATA y fue ella quien con su puño y letra diligenció el formato de entrevista de la solicitante debido a la dificultad que manifestó para escribir y fueron ellos quienes además la asesoraron en temas de redacción y contenido a la solicitante....*”, amén que la entidad se pronunció de fondo frente al recurso de reposición y en subsidio apelación que promovió en contra del acto administrativo que negó el reconocimiento pensional deprecado.

En este orden de ideas, las razones expuestas son suficientes, sobre la apreciación en conjunto de los medios probatorios allegados al proceso, para formarse el convencimiento de que las pretensiones de la demanda deben negarse, toda vez que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos acusados.

5.4.2. Del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes efectuado por Colpensiones a favor de la demandante

Está acreditado que a través de la **Resolución No. 001202 del 7 de marzo de 1988**, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión de jubilación al señor Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.), a partir del 1 de enero de 1988, prestación que estaba a cargo de dicha entidad, quien repetiría contra la Caja Nacional de Previsión Social, respecto de la cuota parte que le correspondía y por medio de la Resolución No. 000116 del 12 de enero de 1989, se reajustó la mesada pensional.

Así mismo, se incorporó al plenario el escrito del **23 de julio de 2009**, por el cual el señor Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.), le solicitó al Instituto de Seguros Sociales, que una vez falleciera, le fuera sustituida la prestación que disfrutaba a la señora Brasilina Ruittofiama Ruitdameño, en los siguientes términos: *“... solicitó el trámite de sustitución de la pensión, manifestando expresamente el deseo que ocurrido mi fallecimiento se transmita mi pensión a la compañera BRASILINA RUITTOFIAMA RUITDAMEÑO... para lo cual anexo la documentación requerida por esa entidad”*.

En efecto, mediante la **Resolución No. GNR 278551 del 20 de septiembre de 2016**, la Administradora Colombiana de Pensiones le reconoció y ordenó el pago de una sustitución pensional a la señora Brasilina Ruittofiama Ruitdameño, con ocasión al deceso de señor Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.), a partir del 25 de noviembre de 2015, acto administrativo en el que se señaló que de acuerdo a los soportes existentes en el expediente y conforme a lo contenido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, la demandante tenía derecho a devengar la prestación, en el 100%, de forma vitalicia y entre las documentales que se incorporaron, se hace alusión a las *“declaraciones juramentadas de convivencia”*.

Ahora bien, obran en el plenario las declaraciones juramentadas rendidas el 22 de junio de 2016, por los señores Cornelio Roa Díaz y Adriana María Zapata Vargas, ante la Notaria Sesenta y Dos (62) del Circuito de Bogotá,

las cuales son coincidentes en afirmar que los señores Jaime Zapata Madrid (q. e. p. d.) y Brasilina Ruittofiama Ruitdameño conformaron una comunidad de vida permanente y singular desde el 1 de septiembre de 2006, hasta la fecha de fallecimiento del pensional, esto es, 25 de noviembre de 2015, tal como consta en la Escritura Pública No. 3095 del 9 de julio de 2009, otorgada en la Notaria Primera del Circuito de Bogotá. Aspecto que fue reiterado en la declaración juramentada rendida por la demandante el 4 de octubre de 2016, ante la referida Notaria.

Basado en lo anterior y teniendo en cuenta que del mencionado acto administrativo se desprende que la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- **no realizó estudio alguno del cumplimiento del requisito de convivencia en los últimos 5 años de vida** del causante, se ordenará poner en conocimiento de dicha administradora el presente fallo para los fines que estime pertinentes.

5.5. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual fue adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte demandante, dado que fue vencida en el proceso.

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 conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría remítase a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- copia de la presente providencia, para los fines

que estime pertinentes, conforme a lo señalado en el numeral **5.4.2.** de la parte considerativa del presente fallo.

TERCERO.- Condenar en costas a la parte actora. En consecuencia, por Secretaría líquidense las mismas, incluyendo como agencias en Derecho el 7.5% del valor tasado en el acápite de “ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA”, del libelo demandatorio, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016. Por Secretaría tásense

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 No. 028 de hoy 15 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

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:

**Oba652232dd3ed8715aab1154a8f8c501c09679d5fb856b4735d1528
45cac477**

Documento generado en 14/10/2021 01:22:55 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 JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019**-00**420**-00
Demandante: **LEONARDO BERNAL CÁRDENAS**
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR
E. S. E.
Asunto: SENTENCIA

El señor **LEONARDO BERNAL CÁRDENAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.397.282 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., 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 20 de abril 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. El demandante laboró de forma personal, subordinada y sin solución de continuidad, como Contador Público, para el Hospital Nazareth I Nivel E. S. E., ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E. S. E., desde el 20 de noviembre de 2006 hasta el 30 de septiembre de 2016.

1.2.2. Las funciones que ejecutó el actor hacen parte del objeto social del centro hospitalario, por lo tanto, no son de carácter temporal, esporádico o transitorio, dado que deben prestarse permanentemente y las actividades que desarrolló de forma ininterrumpida, se plasmaron en los contratos que suscribió.

1.2.3. El demandante cumplió estrictamente el horario que le fijó la entidad, sea decir, de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., recibiendo órdenes de sus superiores, cumpliendo el reglamento interno de trabajo, bajo total y completa subordinación y desarrollando su labor, con los elementos que le fueron suministrados.

1.2.4. El actor debía estar afiliado al sistema integral de seguridad social en pensiones y salud, por su propia cuenta, en calidad de independiente, tal como se incorporó en los contratos de prestación de servicios.

1.2.5. Del dinero pactado como retribución por los servicios prestados, el centro hospitalario le descontó de forma ilegal el pago para el sistema de riesgos laborales y retención en la fuente.

1.2.6. Debido a la forma de vinculación del demandante, la entidad demandada no le reconoció u ordenó pagar el auxilio de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima semestral, prima de antigüedad y dotación de calzado y vestido de labor.

1.2.7. El demandante no se atrevió a reclamar a la entidad sus derechos, por temor a que se dieran por terminados sus contratos de prestación de servicios.

1.2.8. Por medio del Acuerdo Número 641 del 06 de abril de 2016, proferido por el Concejo de Bogotá, el Hospital Nazareth I Nivel E. S. E., se fusionó con otros hospitales públicos en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte demandante, estima desconocidas las siguientes normas:

2.1. Constitucionales: el preámbulo y los artículos 1º, 2º, 13, 25, 53, 83, 90, 122, 125 y 209.

2.2. Legales: Leyes 52 de 1975, 79 de 1988, 80 de 1993, 100 de 1993, 454 de 1998, los Decretos 2400 de 1968, 3135 de 1968, 3148 de la misma anualidad, 1048 de 1969, 1045 y 1942 de 1978, 174 y 230 de 1975 y 4588 de 2006.

Así mismo, consideró infringidos pronunciamientos Jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que se ocupó de citar.

Sobre el particular, sostuvo que en el caso que ocupa la atención del Despacho, la entidad demandada le impuso al actor la suscripción de múltiples contratos de prestación de servicios, los cuales fueron prorrogados, apartándose del principio constitucional orientado a la primacía de la realidad sobre las formalidades, tema que ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la H. Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Afirmó que ha sido objeto de pronunciamiento por la ley, la doctrina y la jurisprudencia, que una de las consecuencias de la relación laboral es el derecho a que se reconozcan las prestaciones sociales que el régimen aplicable tenga previstas para el servidor público, en virtud del principio de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, el cual se encuentra compilado en el artículo 53 de la C. P.

Aludió que la entidad demandada al vincular al demandante, a través de contratos y órdenes de prestación de servicios, adiciones y prórrogas, escondió una verdadera relación laboral, desconociendo los derechos y prestaciones a las que tenía derecho.

Anotó que la entidad demandada aplicó de forma errónea el numeral 6º del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, por cuanto utilizó el régimen jurídico de las Empresas Sociales de Salud, en materia contractual para

contratar personal, cuando lo que se debió aplicar fue el numeral 5° de la misma norma, según el cual, *“Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990”*.

Afirmó que, en virtud de lo previsto en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, la vinculación de los particulares, mediante contratos de prestación de servicios tiene como propósito la realización de fines específicos de la entidad, cuando el personal de planta resulta insuficiente y se requieran de conocimientos especializados, de forma que constituya un mecanismo excepcional y temporal.

Manifestó que los funcionarios de la entidad demandada incurrieron en falta disciplinaria, ya que el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, consagra como una falta gravísima *“Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales”* y trasgredieron el artículo 17 de la Ley 790 de 2002, según el cual, *“A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública”*.

Adujo que la entidad demandada celebró con el actor sendos contratos y órdenes prestación de servicios, cuyo objeto debía ejecutarlo de forma personal, lo que generó la existencia de una relación laboral, dado que estaba sometido de forma continua a la subordinación y dependencia, de modo que, con la suscripción de los mismos, se pretendía evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza del trabajador.

Anotó que en casos como el que ocupa la atención del Despacho debe tenerse en cuenta la jurisprudencia relativa a la primacía de la realidad sobre las formalidades, dado que se encuentra demostrada la existencia del vínculo laboral, por lo cual, de forma ineludible al actor le asiste el

derecho al reconocimiento y pago de los derechos laborales.

Afirmó que no son ciertos los argumentos expuestos en el acto administrativo demandado, por cuanto, al demandante no le era posible delegar las actividades por las que fue contratado, las cuales son propias del objeto social del Hospital Nazareth I Nivel, como quiera que están relacionadas con el servicio de salud.

Precisó que el actor al momento de ejercer sus funciones como Contador cumplió estrictamente el horario que se le fijó, así como el reglamento interno, además recibió órdenes de sus superiores y utilizó los implementos que le fueron entregados para que cumplir su labor, las cuales, no fueron de carácter temporal, esporádico o transitorio, dado que permaneció en la entidad de forma ininterrumpida, por más de 10 años.

III. CONTESTACIÓN.

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito del **3 de marzo de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Señaló que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E. S. E., es la autoridad competente para expedir el acto que se pretende desvirtuar en la presente controversia, el cual goza de presunción de legalidad, por cuanto, de su contenido se puede evidenciar los hechos, la finalidad y los argumentos jurídicos que conllevaron a la decisión adoptada y que conducen a determinar que se respetó el debido proceso del actor.

Refirió que el acto administrativo demandado no contiene vicios que logren su pérdida de fuerza ejecutoria, de tal forma que, no le asiste razón al actor al afirmar que prestó sus servicios bajo una relación laboral, toda vez que ejerció las actividades contratadas con autonomía e independencia, de modo que, no le asiste el derecho al pago de las prestaciones reclamadas en el presente asunto.

Indicó que el actor no cumplió un horario, en la medida que, los turnos en que prestó sus labores, eran previamente acordados debido al carácter del

servicio público y los lineamientos en salud que debía seguir el Hospital Nazareth I Nivel.

Aludió que, de conformidad con lo regulado en los artículos 122 y 125 de la Constitución Política, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres (3) clases de vinculaciones con entidades del Estado, las cuales tienen sus propios elementos tipificadores, tales como: a) empleados públicos -relación legal y reglamentaria-; ii) trabajadores oficiales -contrato de trabajo laboral- y iii) contratistas de prestación de servicios -relación contractual estatal-, de tal forma que, el demandante no ejercía funciones de un trabajador oficial, debido a la suscripción de los contratos de prestación de servicios y, en consecuencia, no gozaba de los beneficios derivados de una relación laboral.

En ese sentido, sostuvo que el actor no devengaba salario, dado que percibía honorarios por la contraprestación del servicio realizado y podía ejercer libremente su labor, de acuerdo al marco normativo de salud y con el objeto de cumplir las obligaciones contraídas, a través de la suscripción de los contratos de prestación de servicios.

Manifestó que debido a la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado, la entidad demandada estaba facultada para la suscripción de los contratos de prestación de servicios, toda vez, que comprendían la ejecución de labores esporádicas o transitorias, por lo cual, el centro hospitalario siempre actuó dentro de los parámetros legales.

De otra parte, propuso las excepciones de:

i) Prescripción: Afirmó que, sin que de ninguna manera se entienda el reconocimiento de los hechos y pretensiones aducidos por el demandante en el libelo, propone la excepción de prescripción correspondiente a cualquier derecho que eventualmente se hubiese causado a su favor y que de conformidad con las normas legales y con la probanza del juicio, quede cobijado por tal fenómeno.

ii) Inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas: Indicó que, en el caso particular del demandante no existen

los elementos integrales para identificar la existencia de una relación laboral, por cuanto prestó sus servicios de forma autónoma y sin subordinación, en virtud de lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993.

iii) Inexistencia de la obligación y del derecho: Manifestó que el demandante al presentar las ofertas de manera libre y voluntaria optó por la modalidad de la contratación de servicios personales, donde se reiteró la inexistencia de la relación laboral, por lo tanto, no puede manifestar su desconocimiento frente a la naturaleza de los mismos, amén que en el caso bajo estudio no se evidencia la configuración de los elementos de la relación legal y reglamentaria.

iv) Ausencia de vínculo de carácter laboral: Señaló que el demandante siempre actuó como contratista independiente, firmando de común acuerdo los contratos de prestación de servicios.

v) Cobro de lo no debido: Precisó que no ha nacido obligación alguna contra la entidad demandada, por cuanto, los contratos de prestación de servicios incorporaron los plazos de ejecución, los cuales fueron liquidados, generando el pago al actor.

vi) Relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral: Refirió que el demandante no ostentaba la calidad de empleado público y, por lo tanto, el horario pactado no puede tomarse como elemento unívoco de subordinación, toda vez que se pactó como coordinación entre quien prestaba el servicio y quien lo recibía, lo que conllevó a que ejecutara sus actividades dentro del tiempo que la entidad debía cumplir su misión.

vii) Buena fe: Aludió a que la entidad demandada actuó apegada a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, obrando bajo el convencimiento de la existencia de los contratos de prestación de servicios, sobre los cuales el demandante no manifestó oposición alguna, por tanto, actuó de buena fe.

viii) Innominada: Solicitó que se declare probado cualquier medio exceptivo que se encuentre probado en el proceso.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

Advierte el Despacho que no se tendrá en cuenta el escrito de alegatos de conclusión allegado vía correo electrónico el 8 de junio de 2021, toda vez que fue presentado por el doctor Francis Eduard Sánchez Pamplona, quien no se encuentra reconocido en el plenario como apoderado del actor, amén que dicho escrito no comprende las partes inmersas en el presente asunto o el asunto objeto de debate.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **23 de agosto de 2021**, reiteró los argumentos expuestos al momento de contestar la demanda y solicitó que no se acceda a lo deprecado por el actor, al sostener que de las pruebas recaudadas en el proceso quedó demostrado que este ejercía libremente su profesión y asesoraba en temas de declaración de renta, lo cual confirma la autonomía en el desarrollo de las actividades contractuales y, por lo tanto, concluyó que la coordinación con su supervisor en el desarrollo de sus obligaciones, le permitía realizar labores de carácter privado de manera concomitante con el cumplimiento de sus contratos.

Refirió que el señor Miller Trujillo Córdoba al rendir su testimonio ante el Despacho fue renuente a contestar las preguntas que se le realizaban y con mucho esfuerzo logró expresar que no tenía certeza que el demandante cumpliera un horario y le llama la atención que el testigo tuvo la osadía de aseverar que él era quien ejercía el control del horario del señor Leonardo Bernal Cárdenas, cuando hacía rondas en ejercicio de sus actividades como Ingeniero de Sistemas, pero confirmó que la información por él recopilada no era entregada a ninguno de los supervisores de contrato o que fuera utilizada para calcular el monto de los honorarios del actor.

Aludió que la señora Ángela Mireya Acosta en su declaración afirmó que el demandante cumplía un horario de trabajo, por el simple hecho de verlo

entrar y salir desde el puesto en el que estaba ubicada; sin embargo, también dijo que desconocía si el actor cumplía un horario o la existencia de una minuta o planilla para controlar dicha entrada.

Sostuvo que la testigo incurrió en una contradicción, pues ante pregunta que le hiciera la parte demandante, aseveró que ella estuvo presente cuando al demandante le impartían órdenes y, posteriormente, refirió lo contrario.

Indicó que el demandante en el interrogatorio que rindió, frente a la pregunta que se le hiciera, orientada a si recibía instrucciones o directrices para el desempeño de sus actividades, de manera clara manifestó que los contadores solo se rigen por directrices de la Contaduría General de la Nación.

Señaló que cada uno de los contratos suscritos por el demandante con la entidad, contó con un término determinado, los cuales correspondían a la estricta necesidad de satisfacer una demanda de servicios y una vez culminaron, era necesario que se evaluara si la necesidad persistía o, por el contrario, se había satisfecho el objeto contratado, razón suficiente para desvirtuar la existencia de una relación legal y reglamentaria.

Adujo que las directrices impartidas por el contratante en ejecución del contrato de prestación de servicios no suponen subordinación y durante la relación contractual, el actor prestó sus servicios profesionales a personas, entidades públicas o privadas diferentes a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E. S. E.

Concluyó que no puede derogarse por vía de una sentencia el numeral 6º artículo 195 de la Ley 100 de 1993, como tampoco la Ley 80 de 1993, por cuanto las normas que disciplinan esta materia, no establecen la cantidad de los contratos que se pueden celebrar bajo esta modalidad, ni en qué momento podría haber mala fe en el contratante, o cuándo el uso de esta forma de contratación resulta adecuada y cuándo no y, en consecuencia, el juez no puede sustituir al legislador en este punto, cuando las normas son claras y se están aplicando con apego a lo que establecen.

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.

Respecto a las excepciones propuestas 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 en 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 20 de abril de 2021, 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. Hoja de vida del señor Leonardo Bernal Cárdenas.

5.2.1.2. Contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante con el Hospital Nazareth I Nivel E. S. E., por el periodo comprendido entre el 20 de noviembre de 2006 y el 30 de septiembre de 2016, cuyo objeto se circunscribió a desarrollar labores de Contador.

5.2.1.3. Acuerdo No. 641 del 6 de abril de 2016, “*POR EL CUAL SE*

EFECTÚA LA REORGANIZACIÓN DEL SECTOR SALUD DE BOGOTÁ, DISTRITO CAPITAL, SE MODIFICA EL ACUERDO 257 DE 2006 Y SE EXPIDEN OTRAS DISPOSICIONES”.

5.2.1.4. Certificación expedida el 10 de octubre de 2016, por la señora Mary Alejandra Guarnizo Devia, Profesional Especializada Área Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E. S. E., en la que hizo constar las órdenes y los contratos de prestación de servicios que suscribió el demandante con la entidad, así como las actividades que desarrolló, en virtud de los mismos.

5.2.1.5. Escrito del 3 de mayo de 2019, a través del cual el demandante le solicitó a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E. S. E. se reconozca que la labor que desarrolló en el Hospital Nazareth I Nivel como Contador, por el periodo comprendido entre el 20 de noviembre de 2006 y el 30 de septiembre de 2016, fue de carácter laboral de derecho público y en igualdad de condiciones que los empleados de planta del centro hospitalario y, en consecuencia, se le paguen las prestaciones salariales y sociales a las que, aduce, tiene derecho.

5.2.1.6. Oficio No. OJU-E-2587-2019 del 15 de mayo de 2019, por medio del cual la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud – SUR, negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales a favor del demandante, al sostener que, no tuvo una relación laboral, por cuanto prestó sus servicios en el centro hospitalario, en virtud de los contratos de prestación de servicios que suscribió con la entidad, rigiéndose por las disposiciones contenidas en el numeral 6° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, por lo cual, siempre actuó bajo su autonomía y no existió subordinación alguna.

5.2.1.7. Oficio No. 202130300000033 del 3 de mayo de 2021, por medio del cual la Subgerente Corporativa de la Subred Integrada de Servicios de Salud – SUR, señaló que *«Una vez revisada la planta de personal y los Manuales de Funciones y Competencias Laborales del extinto hospital Nazareth para la vigencia 2006 a 2016, no se evidencia la denominación del empleo “CONTADOR PROFESIONAL ADMINISTRATIVO”»*

5.1.2. Testimoniales e interrogatorio:

5.1.2.1. Testimonios rendidos el 12 de agosto de 2021, por los señores Luz Marina Velandia García, Miller Trujillo Córdoba y Ángela Mireya Acosta Díaz, a través de la plataforma Microsoft Teams e interrogatorio de parte del demandante 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 el señor Leonardo Bernal Cárdenas tiene o no derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral, del 20 de noviembre de 2006 al 30 de septiembre de 2016, tiempo durante el cual se afirma, estuvo vinculado bajo la modalidad de prestación de servicios en el Hospital Nazareth I Nivel E. S. E. y en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E. S. E. y, en consecuencia, se efectúe el pago de salarios y prestaciones sociales que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral, así como de las cotizaciones al sistema de seguridad social, riesgos laborales y la devolución de los dineros descontados por retención en la fuente e impuesto del ICA.

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***¹. (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 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

¹ La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

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 normatividad 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.²*

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.*

² Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-387 de 1996.

Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo³.

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 53⁴ 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.

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 (...)”.

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:

³ Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 1995.

⁴ 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.

vinculados a través de un contrato laboral y c) los contratistas de prestación de servicio: vinculados a través de un contrato estatal.

Por su parte, en tratándose de contratos de prestación de servicios celebrados por las Empresas Sociales del Estado, la Ley 100 de 1993, consagró en sus artículos 194 y 195, lo siguiente:

*“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 regirá 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.”⁵

Conforme a dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios:

⁵ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

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.

Ahora bien, 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 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.

c. *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, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado – 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 laborales⁶.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁷ 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 desestimación del testimonio del señor Miller Trujillo Córdoba

⁶ 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).

⁷ 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.

El apoderado de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonios llevada a cabo el 12 de agosto de 2021, tachó de sospechoso el testimonio del señor Miller Trujillo Córdoba, dado que, prestó sus servicios en el Hospital Nazareth I Nivel, a través de la suscripción de contratos, por lo tanto, promovió un proceso contra la entidad, motivo por el cual, aduce que tiene un interés directo en la decisión que se adopte en el presente asunto, por cuanto podría constituirse un precedente horizontal favorable respecto de las pretensiones sobre las cuales fundamentó su demanda, argumento que reitera al momento de alegar de conclusión.

Por su parte, el apoderado de la parte actora, al descorrer el traslado de la solicitud, manifestó que, el Despacho deberá realizar el estudio correspondiente.

Sobre el particular, el artículo 211 del Código General del Proceso, aplicado 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, señala 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, se advierte que, en efecto, el señor Miller Trujillo Córdoba en las declaración que rindió ante este Despacho refirió que había promovido un proceso en contra de la entidad demandada, cuyo objeto se

circunscribía a la declaración de la existencia de la relación laboral y el consecuencial pago de prestaciones sociales; sin embargo, dicha circunstancia no les resta mérito probatorio a su testimonio, toda vez que el deponente como compañero de trabajo del demandante en el Hospital Nazareth I Nivel, conoce de forma directa la manera como este desarrolló su labor, amén que sus declaración fue rendida bajo la gravedad de juramento y los hechos expuestos se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, las versiones rendidas por el testigo no resultan parcializadas ni afectan su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre la vinculación del actor en la entidad demandada, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas, encontrando el Juzgado que la tacha formulada, es infundada y, en consecuencia, dicho testimonio será valorado por este Estrado Judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

5.5. CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa, el señor Leonardo Bernal Cárdenas reclama el reconocimiento de la existencia de una relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculado bajo la modalidad de prestación de servicios en el Hospital Nazareth I Nivel E. S. E., 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 Contador.

Por su parte, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la referida Subred, mediante el Oficio No. OJU-E-2587-2019 del 15 de mayo de 2019, negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales a favor del demandante, al sostener que, no tuvo una relación laboral, por cuanto prestó sus servicios en el centro hospitalario, en virtud de los contratos de prestación de servicios que suscribió con la entidad, rigiéndose por las disposiciones contenidas en el numeral 6° del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, por lo cual, siempre actuó bajo su autonomía y no existió subordinación alguna.

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 los contratos y órdenes de prestación de servicios obrantes en el plenario, así como de la certificación suscrita por la señora Mary Alejandra Guarnizo Devia, Profesional Especializada Área Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E. S. E., quedó plenamente demostrado que el actor prestó sus servicios, de forma **interrumpida**, al Hospital Nazareth I Nivel E. S. E., como **Contador**, por el periodo comprendido entre el 20 de noviembre de 2006 y el 30 de septiembre de 2016, de la siguiente forma:

ORDEN DE PRESTACION DE SERVICIOS	PLAZO DE EJECUCION		OBJETO	VALOR TOTAL CONTRATO	UNIDAD SERVICIOS DE SALUD
	DESDE	HASTA			
No. 415 de 2006	20 de noviembre de 2006	15 de enero de 2007	CONTADOR DE COSTOS DEL HOSPITAL	\$ 2.800.000	NAZARETH
No. 006 de 2007	16 de enero de 2007	31 de marzo de 2007	CONTADOR DE COSTOS DEL HOSPITAL	\$ 4.505.000	NAZARETH
No. 114 de 2007	02 de abril de 2007	31 de agosto de 2007	CONTADOR QUE CONSOLIDE, ELABORE Y ANALICE LA INFORMACIÓN CONTABLE	\$ 11.582.257	NAZARETH
No. 307 de 2007	01 de septiembre de 2007	31 de octubre de 2007	CONTADOR QUE CONSOLIDE, ELABORE Y ANALICE LA INFORMACIÓN CONTABLE	\$ 4.664.000	NAZARETH
No. 377 de 2007	01 de noviembre de 2007	31 de enero de 2008	CONTADOR QUE CONSOLIDE, ELABORE Y ANALICE LA INFORMACIÓN CONTABLE	\$ 6.996.000	NAZARETH
No. 12 de 2008	01 de febrero de 2008	31 de marzo de 2008	CONTADOR	\$ 4.964.000	NAZARETH
No. 287 de 2008	01 de abril de 2008	30 de abril de 2008	CONTADOR	\$ 2.482.000	NAZARETH
No. 334 de 2008	01 de mayo de 2008	30 de junio de 2008	CONTADOR	\$ 4.964.000	NAZARETH
No. 396 de 2008	01 de julio de 2008	30 de octubre de 2008	CONTADOR	\$ 9.928.000	NAZARETH

No. 840 de 2008	01 de noviembre de 2008	30 de noviembre de 2008	CONTADOR	\$ 2.482.000	NAZARETH
No. 1011 de 2008	02 de diciembre de 2008	30 de diciembre de 2008	CONTADOR	\$ 2.482.000	NAZARETH
No. 1062 de 2008	22 de diciembre de 2008	30 de marzo de 2009	CONTADOR	\$ 8.190.600	NAZARETH
No. HN 020 de 2009	06 de abril de 2009	18 de diciembre de 2009	CONTADOR	\$ 25.518.000	NAZARETH
No. 056 de 2010	18 de enero de 2010	30 de diciembre de 2010	CONTADOR	\$ 33.600.000	NAZARETH
No. 006 de 2011	01 de enero de 2011	30 de julio de 2011	CONTADOR	\$ 19.600.000	NAZARETH
No. 251 de 2011	03 de agosto de 2011	30 de diciembre de 2011	CONTADOR	\$ 14.000.000	NAZARETH
No. 133 de 2012	16 de enero de 2012	31 de diciembre de 2012	CONTADOR	\$ 33.600.000	NAZARETH
No. 57 de 2013	02 de enero de 2013	31 de diciembre de 2013	CONTADOR	\$ 33.600.000	NAZARETH
No. 02 de 2014	01 de enero de 2014	31 de diciembre de 2014	CONTADOR	\$ 35.600.000	NAZARETH
No. 158 de 2015	02 de enero de 2015	31 de diciembre de 2015	CONTADOR	\$ 39.000.000	NAZARETH
No. 129 de 2016	04 de enero de 2016	31 de agosto de 2016	CONTADOR	\$ 40.500.000	NAZARETH
No. 5287 de 2016	01 de septiembre de 2016	30 de septiembre de 2016	CONTADOR	\$ 5.500.000	NAZARETH

Así mismo, frente a las funciones que desarrolló el demandante, en la aludida documental se refirió que, entre otras, debería elaborar, analizar y consolidar la información contable y responder por los estados financieros del centro hospitalario, registrar las operaciones de cuentas por pagar y conciliarlas, elaborar declaraciones de renta, de retención y de industria y comercio, así como presentar informes a los entes de control y resolver las peticiones elevadas por las entidades del orden nacional o distrital y por los usuarios, participar en el proceso de certificación y acreditación de la entidad; labores que fueron reiteradas por el señor Miller Trujillo Córdoba, en la audiencia de testimonios llevada a cabo el 12 de agosto de 2021.

Así las cosas, se encuentra demostrado que el demandante desempeñaba

personalmente su labor, pues tal como se incorporó en las cláusulas octava y novena de los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión parcial o total de los derechos y obligaciones emanados de los mismos sin contar con la autorización previa de la entidad, aspecto que según se señaló en el acto administrativo demandado, obedeció a **necesidades del servicio.**

ii) Subordinación o dependencia.

Frente al elemento de la subordinación, se observa que en las cláusulas SÉPTIMA y VIGÉSIMA de los contratos de prestación de servicios se estableció que el contratista realizaría su actividad sin generar vínculo laboral alguno entre las partes.

Así mismo, en el Oficio No. OJU-E-2587-2019 del 15 de mayo de 2019, suscrito por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud – SUR, se afirmó que el demandante ejerció su actividad bajo su propia autonomía y sin dependencia de la entidad, pues las instrucciones que recibió estuvieron orientadas al ejercicio del control y supervisión del contratante sobre el contratista, dadas las obligaciones contractuales.

Ahora bien, los señores Luz Marina Velandia García, Miller Trujillo Córdoba y Ángela Mireya Acosta Díaz, en los testimonios que rindieron ante este Despacho el 12 de agosto de 2021, son coincidentes en sostener que quienes ejercieron como supervisores de los contratos le impartieron órdenes al demandante.

Sobre este aspecto, vale la pena señalar que en las cláusulas DÉCIMO CUARTA, DÉCIMO QUINTA Y DÉCIMO NOVENA de los contratos suscritos por las partes inmersas en la presente litis, se estableció que la supervisión de los contratos estaría a cargo del Subgerente Administrativo y Financiero del hospital, aspecto que fue reiterado por los deponentes, resaltando que la señora Luz Marina Velandia García, quien fungió como Tesorera del Hospital Nazareth I Nivel, por el periodo comprendido entre los años 2009 a 2016, refirió que la Sub Gerente Administrativa y Financiera, fue la

misma persona que ejercía como Jefe del actor y que dicho cargo lo desempeñaron las doctoras “Milena” y “Sandra”.

Por su parte, el señor Miller Trujillo Córdoba, refirió que fungieron como jefes del actor, los doctores “Aura Milena Moreno”, “Sandra Medina” y “Jesús”, a quienes debía informarle lo relacionado con su trabajo y, a su vez, la señora Ángela Mireya Acosta Díaz, afirmó que, adicional a la doctora Aura, el Gerente de la entidad, esto es, el doctor “Gilberto”, le impartía órdenes al demandante.

Así mismo de las declaraciones de los testigos y del interrogatorio de parte rendido por el actor el 12 de agosto de 2021, se evidencia que las labores que ejecutó implicaron la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia, toda vez que, estos concuerdan en sostener que el señor Leonardo Bernal Cárdenas debía cumplir un horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., incluso, la señora Luz Marina Velandia García, refirió que cuando salía a sus vacaciones era remplazada por el demandante y que en ocasiones las labores del actor conllevaron a que saliera más tarde de dicha jornada, como ocurría cuando se presentaba el cierre contable y, en similares términos, el señor Miller Trujillo Córdoba afirmó que se extendió el horario, cuando fue acreditado el centro hospitalario.

Ahora bien, afirma el apoderado de la entidad demandada que se debe restar validez a las afirmaciones que, sobre el horario realizaron los deponentes, al indicar que el señor Miller Trujillo Córdoba, si bien aseveró que él era quien ejercía el control del horario del demandante, cuando hacía rondas en ejercicio de sus actividades como Ingeniero de Sistemas lo cierto es, que confirmó que la información por él recopilada no era entregada a ninguno de los supervisores de contrato o que fuera utilizada para calcular el monto de los honorarios del demandante y frente a la señora Angela Mireya Acosta, afirmó que el señor Leonardo Bernal Cárdenas cumplía un horario de trabajo por el simple hecho de verlo entrar y salir desde el puesto en el que ella estaba ubicada; sin embargo, indicó que desconocía si el actor cumplía un horario o la existencia de una minuta o planilla para controlar dicha entrada.

Sobre el particular, contrario a lo señalado por el apoderado de la entidad demandada, en criterio de esta juzgadora los testigos fueron coincidentes en la exposición de los hechos que les constaban frente al cumplimiento del horario del demandante, pues tanto el señor Miller Trujillo Córdoba, como la señora Angela Mireya Acosta, refirieron que dado el lugar donde se encontraban ubicados en la entidad y las labores que ejercían, les permitían conocer directamente el sitio que ocupaba el demandante y el tiempo en que desarrollaba sus labores como Contador.

Además, no hay lugar a sustraer de contexto lo señalado por el señor Trujillo Córdoba, pues sobre este punto, resaltó que le constaba que la entidad ejercía un control del horario frente al demandante, toda vez que el testigo daba soporte de sistemas, por lo tanto, realizaba rondas en las oficinas y en los puestos de trabajo y, por ende, se daba cuenta si el personal estaba en el puesto de trabajo y, además, conocía a quien le habían dado permiso de ausentarse de sus labores. Igualmente, afirmó que no le comunicaba a su superior quien se encontraba ausente de sus labores, en la medida que tal función *“no le correspondía”* y no podía superar los niveles de la entidad, por lo cual, quien fungiera como jefe era la persona que informaba tal aspecto al Gerente y señaló que le constaba que las jefes del actor realizaban el control del horario, pues en ocasiones las doctoras *“Milena”* o *“Sandra”*, hacían una revisión y le decía cuando debía dar permiso a los usuarios para trabajar por fuera de la entidad.

De otro lado, los testigos manifestaron que, para poder ausentarse de sus labores, el demandante debía pedir permiso a su jefe inmediato y que le llamaban la atención si llegaba tarde, pues según lo señalado por el señor Trujillo Córdoba el actor debía permanecer en el hospital en el mismo horario que el personal de planta, dado que podría ser requerido por los directivos.

Además, los señores Luz Marina Velandia García y Miller Trujillo Córdoba con certeza afirman que la entidad demandada le entregó al demandante las herramientas para que pudiese ejercer su labor, tales como, el computador y el sistema contable, al cual solo se podía ingresar con la

clave que le suministraron y en las instalaciones del centro hospitalario.

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por el actor por más de **9 años**, 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 en el Hospital Nazareth I Nivel y usar las herramientas del centro hospitalario, bajo los parámetros establecidos, atendiendo los horarios que le asignaban y bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión.

Ahora bien, la Subgerente Corporativa de la Subred Integrada de Servicios de Salud – SUR, a través del Oficio No. 202130300000033 del 3 de mayo de 2021, señaló que *«Una vez revisada la planta de personal y los Manuales de Funciones y Competencias Laborales del extinto hospital Nazareth para la vigencia 2006 a 2016, no se evidencia la denominación del empleo “CONTADOR PROFESIONAL ADMINISTRATIVO”»,* sin embargo, se advierte que en el acto administrativo demandado se precisó que debido a las obligaciones que tenía a su cargo, no podía delegar sus funciones, de modo tal, que **debía cumplirlas de manera personal, de acuerdo a la necesidad del servicio**, inclusive, en los contratos de prestación de servicios se incorporó que su suscripción surgía con el propósito de *“dar cumplimiento en forma integral, oportuna a la **misión, visión y continuidad en la Prestación del Servicio de Salud, fin primordial para lo cual se creó el Hospital Nazareth I Nivel ESE**”* – negrita del Despacho- y dada la *“insuficiencia de personal en la planta de la ESE para el cubrimiento de la prestación del servicio de salud de la ESE, así como de los procesos y subprocesos que conllevan al mismo”*.

En ese sentido, las labores que ejerció el demandante al servicio del Hospital Nazareth I Nivel, comprenden procesos que permiten desarrollar las actividades propias de su objeto misional, aspecto que se analizó al momento de expedirse el Acuerdo No. 013 de 2017⁸, por medio del cual se

8

ubredsur.gov.co/sites/default/files/planeacion/MANUAL%20ESPECIFICO%20DE%20FUNCIONES%20

estableció el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur. E. S. E., el cual contempló el empleo de profesional Especializado Código 219 – Grado 11 y entre las labores relativas al cargo, se encuentran las ejercidas por el actor.

Así las cosas, la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009⁹, 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***

Y%20COMPETENCIAS%20LABORALES.pdf (páginas 310 a 311)

⁹ 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 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968, actora: María Fernanda Orozco Tous.

debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual (negritas del Despacho).

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 señalar:

*“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* el desconocimiento de la relación laboral y, en consecuencia, si comprenden actividades 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.

Por otra parte, vale la pena resaltar que de acuerdo con el concepto expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública¹⁰, no existe impedimento para que un Contador que ostente la calidad de empleado público, pueda ejercer su profesión de forma privada, como independiente, siempre y cuando dicha labor la realice en horas no laborables, tal como ocurrió en el caso del actor, quien –por lo demás no era empleado público de la entidad- en el interrogatorio de parte refirió que realizaba asesorías los sábados y domingos y en horas de la noche, por lo cual, no le asiste razón al apoderado de la entidad demandada al sostener, en sus alegatos de conclusión, que se desvirtúa la prestación del servicio de forma permanente, toda vez que, tal como se acreditó el señor Leonardo Bernal Cárdenas no utilizaba la jornada que trabajaba en la entidad para tal efecto, de lo que se concluye que dedicaba la totalidad del tiempo reglamentado por el Hospital Nazareth I Nivel, para desarrollar las funciones encomendadas.

¹⁰ <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62548>

Al respecto, en el Concepto No. 20851 del 12 de febrero de 2014, la doctora Claudia Patricia Hernández León, Directora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, señaló:

*“En atención a la consulta de la referencia, me permito manifestarle que una vez adelantada una revisión a las normas sobre la materia de inhabilidades e incompatibilidades aplicadas a los servidores públicos, tales como la Ley 734 de 2002, (Código Único Disciplinario) y la Ley 43 de 1990 por la cual se reglamenta la Profesión de Contador Público, artículos 47, 48, 49, 50, 51, en criterio de esta Dirección **no existe impedimento, para que un Contador quien tiene la calidad de empleado público ejerza como revisor fiscal de una entidad privada sin ánimo de lucro como independiente, siempre y cuando dicha labor la realice en horas no laborables**, en caso contrario se violaría el deber legal de dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, propias del cargo que desarrolla en la entidad pública, **además; no debe prestar a título particular, servicios de asistencia o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo de la entidad donde actualmente labora** (Numeral 22 artículo 35 de la Ley 734 de 2002).*

Además es pertinente anotar que cuando un contador público hubiere actuado como funcionario del Estado y dentro de sus funciones oficiales hubiere propuesto, dictaminado o fallado en determinado asunto, no podrá recomendar o asesorar personalmente a favor o en contra de las partes interesadas en el mismo negocio. Esta prohibición se extiende por el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de su retiro del cargo (Art. 47, Ley 43/90)”.

iii) Remuneración por el trabajo cumplido.

Sobre el particular, advierte el Despacho que en cada una de las órdenes y contratos de prestación de servicios suscritos por el señor Leonardo Bernal Cárdenas y la entidad demandada, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, la cual estaba supeditada a la disponibilidad presupuestal del centro hospitalario y se pagaba por mensualidades vencidas a título de honorarios, tal como lo desprende en las cláusulas tercera y cuarta de los mismos.

Así las cosas, en criterio del Despacho se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que: i) el actor ejercía directamente la prestación personal del servicio en el centro hospitalario como Contador, 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 el demandante desarrolló procesos y actividades propias encaminadas al cumplimiento del objeto social de la entidad demandada, quedando desvirtuada la naturaleza de los contratos suscritos entre el Hospital Nazareth I Nivel, ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E. S. E. y el señor Leonardo Bernal Cárdenas, 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, 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 al actor 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 el hoy demandante adquiere la calidad de empleado público, 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 Contenciosos 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 el 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 emolumentos¹¹, 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 pensión¹².

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 por concepto de vacaciones.

Respecto a la compensación en dinero de las vacaciones el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contenciosos 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 porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada

¹¹ 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”.

¹² 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%”.

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 al 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. 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 percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas”. (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 el actor, como tampoco los intereses que se hayan podido generar, toda vez que para la fecha en que se celebraron los contratos de arrendamiento y 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.

5.7. De la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente, del impuesto del I. C. A. 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 2019¹³, Magistrado Ponente: Doctor Alberto Espinosa Bolaños, señaló:

“(…)

En cuanto a la **devolución de retentiva 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’¹⁴” (Negrilla fuera del texto original).

Bajo dicho marco jurisprudencial, se concluye que no es dable ordenar a la entidad demandada que realice el reembolso al actor de la retención en la fuente que aduce se efectuó sobre cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos, así como del impuesto del I. C. A., 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 del señor Leonardo Bernal Cárdenas.

¹³ Actor: Jorge Arturo Acuña García, Demandado: Ministerio de Justicia y otro

¹⁴ 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.

5.7.1. Intereses moratorios sobre las sumas adeudadas.

En lo relativo al pago de intereses moratorios, el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010, 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 Jurisprudencia transcrita, es claro para el Despacho que no hay lugar al pago de los intereses por mora solicitados por la parte actora, teniendo en cuenta que en la presente providencia se ordenará la indexación de los valores reconocidos, lo cual constituiría un doble pago de la misma naturaleza.

5.8. De la prescripción.

En ese acápite se estudiará el fenómeno de la prescripción alegado 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:

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, en el caso que nos ocupa los contratos fueron celebrados así:

Del 20 de noviembre de 2006 al 15 de enero de 2007

Del 16 de enero de 2007 al 31 de marzo de 2007

Del 2 de abril de 2007 al 31 de agosto de 2007

Del 1 de septiembre de 2007 al 31 de octubre de 2007

Del 1 de noviembre de 2007 al 31 de enero de 2008

Del 1 de febrero de 2008 al 31 de marzo de 2008

Del 1 de abril de 2008 al 30 de abril de 2008

Del 1 de mayo de 2008 al 30 de junio de 2008

Del 1 de julio de 2008 al 30 de octubre de 2008

Del 1 de noviembre de 2008 al 30 de noviembre de 2008

Del 2 de diciembre de 2008 al 30 de diciembre de 2008

Del 22 de diciembre de 2008 al 30 de marzo de 2009

Del 6 de abril de 2009 al 18 de diciembre de 2009

Del 18 de enero de 2010 al 30 de diciembre de 2010

Del 1 de enero de 2011 al 30 de julio de 2011

Del 3 de agosto de 2011 al 30 de diciembre de 2011

Del 16 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2012

Del 2 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2013

Del 1 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2014

Del 2 de enero de 2015 al **31 de diciembre de 2015**

Del 4 de enero de 2016 al 31 de agosto de 2016

Del 1 de septiembre de 2016 al 30 de septiembre de 2016

Como puede verse, entre los contratos de prestación de servicios, existen lapsos de interrupción en los que el demandante no prestó sus servicios.

Así las cosas, en consideración a que el actor presentó reclamación administrativa mediante escrito del **3 de mayo de 2019** y que entre el contrato que finalizó el 31 de diciembre de 2015 y el que inició el 4 de enero de 2016, existió una interrupción de tres (3) días, los contratos celebrados con anterioridad al **31 de diciembre de 2015**, se encuentran prescritos y así habrá de declararse.

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.

De otra parte, cabe advertir que en sentencia de Unificación de Jurisprudencia por importancia jurídica, proferida el 9 de septiembre del año en curso, el Honorable Consejo de Estado, -Sección Segunda- Sala de

lo Contencioso Administrativo-, estableció algunas reglas en procesos de naturaleza jurídica como el que aquí se discute, las cuales, no fueron tenidas en cuenta por el Despacho, dado que dicha providencia no se encuentra ejecutoriada a la fecha de la presente providencia, al estar pendiente de resolución de las solicitudes de aclaración formuladas contra la misma.

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 existencia de la relación laboral entre el señor LEONARDO BERNAL CÁRDENAS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.397.282 de Bogotá y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E. S. E. (antes HOSPITAL NAZARETH I NIVEL).

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad del Oficio No. OJU-E-2587-2019 del 15 de mayo de 2019, por medio del cual la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud – SUR, le negó al actor el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que se derivaron de la existencia de una relación laboral.

TERCERO. A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E. S. E. (antes HOSPITAL NAZARETH I NIVEL), reconocer y pagar al señor **LEONARDO**

BERNAL CÁRDENAS, identificado con la cédula de ciudadanía No. No. 79.397.282 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 contratos suscritos entre el **4 de enero de 2016** y el **31 de agosto de 2016** y del **1 de septiembre de 2016 al 30 de septiembre 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.

CUARTO. ORDENAR a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E. S. E. (antes HOSPITAL NAZARETH I NIVEL):

i) **PAGAR** al señor **LEONARDO BERNAL CÁRDENAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. No. 79.397.282 de Bogotá, los valores que canceló por los conceptos de salud y pensión en virtud de los contratos de arrendamiento y de prestación de servicios, según los porcentajes fijados por ley al empleador, a partir del **20 de noviembre de 2006 al 30 de septiembre de 2016, salvo sus interrupciones**.

ii) En caso de que existan diferencias entre los aportes realizados por el actor 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 trabajador.

iii) **ACTUALIZAR** tales sumas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que 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

QUINTO. Sin costas a cargo de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E. S. E. (antes HOSPITAL NAZARETH I NIVEL).

SEXTO. Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO. 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

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

NOVENO. 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. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

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. 28 de hoy 15 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez
Juez
Juzgado Administrativo
018
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:

9f4672522f9de17811bc153d6f0f85835fba8c4da39dcd932eb88c94bc275354

Documento generado en 13/10/2021 12:35:06 p. m.

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., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2019-00509-00
Demandante: ANUAR ISMAEL RODRÍGUEZ PÉREZ
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –EJÉRCITO
NACIONAL
Asunto: SENTENCIA

El señor **ANUAR ISMAEL RODRÍGUEZ PÉREZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 92.071.298, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –EJÉRCITO NACIONAL, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES

Pretende el demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto, configurado por el silencio de la administración, frente a la petición presentada por el actor el 19 de julio de 2018, ante el Ejército Nacional.

Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 20183171456261 del 6 de agosto de 2018, por medio la entidad demanda le negó el reajuste salarial del 20% y el subsidio familiar, establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Que se inapliquen por inconstitucionales el inciso primero del artículo primero del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000 y el artículo primero del Decreto 1161 de 2014.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a:

-Reajustar retroactivamente el salario en un 20% de conformidad con la siguiente formula: 1 SMMLV incrementado en un 60%, más la indexación e intereses que en derecho corresponda, y posteriormente reliquidar los factores salariales adicionales de liquidación y las prestaciones sociales periódicas a partir del 20 de marzo de 2001.

- Reliquidar retroactivamente el subsidio familiar que devenga el actor, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, pagando las respectivas diferencias con respecto del subsidio familiar que en la actualidad devenga, más la indexación e intereses que en derecho corresponda a partir del 20 de marzo de 2001.

-Dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones la parte demandante alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el demandante ingresó a las Fuerzas Militares de Colombia en el año 2001, en el grado de soldado profesional

1.2.2. Que el actor se encuentra casado con la señora Mary Cecilia Negro Espejo desde el año 2009 y en virtud de dicha unión nacieron las menores Nicol Yuliana Rodríguez Negro y Ariana Rodríguez Negro.

1.2.3. Que se le reconoció por concepto de subsidio familiar un 25% de su salario básico, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1161 de 2014.

1.2.4. Que el régimen salarial del actor se encontraba contemplado en los Decretos 1793 y 1794 de 2000, los cuales señalaron el porcentaje que percibió por concepto de sueldo básico.

1.2.5. Que el demandante desde el ingreso a la entidad demandada ha percibido como salario básico 1 S.M.M.L.V., incrementado en un 40%.

1.2.6. Que el actor elevó petición el 19 de julio de 2018, por medio de la cual solicitó ante la autoridad demandada la reliquidación y reajuste de la asignación salarial tomando como base de su liquidación la asignación básica incrementada a un 60%, y el pago del subsidio familiar de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

1.2.7. Que mediante Oficio No. 20183171456261 del 6 de agosto de 2018, se le informó al actor que no era procedente acceder a la petición de la reliquidación del 20%, en la medida que el demandante no fue incorporado como soldado voluntario, sino como profesional.

1.2.8. Que en la anterior comunicación no se pronunció respecto del subsidio familiar, por lo cual se configuró un acto ficto.

1.2.9. Que la Veeduría Ciudadana Delegada para las Fuerzas Militares rindió informe técnico el 10 de julio de 2019, en el cual consideró que se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 4, 13, 48, 53 y 93 de la Constitución Política, la Ley 131 de 1985, los Decretos 1793 y 1794, ambos de 2000, el artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículos 2, y 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sostuvo que las actividades del actor como soldado profesional de Colombia son las mismas que las ejecutadas por sus compañeros

soldados que se vincularon como voluntarios, por lo cual, se está transgrediendo el mandato de trabajo igual salario igual, ya que la labor del actor, y en general de todos los soldados profesionales de incorporación directa, es igual a la llevada a cabo por los ex voluntarios; por ende, afirma que estos últimos no merecen percibir un 20% más de sueldo básico por el hecho de haber sido incorporados mediante un régimen diferente, toda vez que, vulnera lo preceptuado en la constitución política y tratados internacionales.

Afirmó que los requisitos exigidos para las personas que ingresaron directamente como profesionales son mayores y más complejos de superar que quienes siendo voluntarios querían pertenecer al escalafón de soldados profesionales.

Señaló que el derecho y principio constitucional a la igualdad sustancial del demandante se está coartando por el hecho de reconocérsele un porcentaje inferior por concepto de sueldo básico, en comparación con sus compañeros que también tienen la categoría de soldado profesional, pero que perciben un 20% más a título de sueldo básico.

Indicó que la misma Constitución Política de Colombia ha subrayado la importancia de los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia, donde se han desarrollado herramientas de garantía y protección de los derechos del trabajador y afirmó que en el inciso cuarto del artículo 53 y el 93 constitucionales señalan no solo la importancia de las normas internacionales, sino que, resaltan que hacen parte integral del bloque de constitucionalidad, por lo cual, se deben entender como normas constitucionales.

Así mismo, expresó que se vulnera el artículo 13 de la Constitución Nacional, toda vez que, a todos los soldados se les venía reconociendo el subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, hasta que fue expedido el Decreto 3770 de 2009, restringiendo dicho derecho.

Indicó que a partir del año 2014, se empezó a reconocer el subsidio

familiar, en aplicación de lo normado en los Decretos 1161 y 1162 de 2014, pero en cuantía muy inferior a la establecida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Afirmó que el Decreto 1162 de 2014, se profirió ante las múltiples decisiones judiciales que vienen ordenando la protección al derecho a la igualdad a favor de los soldados profesionales y, en ese sentido, se ordenaba la inaplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y como consecuencia de ello la inclusión del subsidio familiar como partida computable.

Estimó que a partir de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado el 8 de junio de 2017, se debe pagar el subsidio familiar al actor en los términos establecidos en el Decreto 1794 de 2000, desde el preciso momento en que consolidó el derecho para su reconocimiento.

III. CONTESTACION

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito **del 27 de julio de 2020**, allegado vía correo electrónico el 31 de julio del mismo año, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Sostuvo que la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, por el H. Consejo de Estado, la cual se ocupó de citar, determinó que los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%, con fundamento en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Manifestó que el inciso 1° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, señala una diferencia entre el personal que se vinculaba por primera vez, esto es a partir del 31 de diciembre de 2000, fecha de entrada en vigencia del Decreto en mención y quienes que ya se encontraban incorporados a las Fuerzas Militares antes de dicha fecha, de conformidad con la Ley 131 de 1985.

Precisó que el accionante, no hace parte de miembros de la Fuerza Pública catalogados como soldados voluntarios pues su vinculación se dio directamente como soldado profesional en vigencia del Decreto 1793 de 2000, por lo que su salario fue siempre un salario mínimo más un cuarenta por ciento (40%), tal como se desprende de la hoja de servicios aportada con la demanda.

Sostuvo que quienes se vinculaban a partir del 31 de diciembre de 2000, como lo dispuso el Decreto 1794 de 2000, tienen derecho a devengar mensualmente un salario mínimo, más un incremento sobre el mismo en porcentaje igual al 40% y, respecto al segundo grupo, quienes venían como soldados voluntarios se dispuso que los mismos devengarían mensualmente un salario mínimo más incremento del 60% sobre el mismo salario.

Señaló que el actor ingresó al Ejército Nacional el 22 de agosto de 1997, a prestar su servicio militar obligatorio, posteriormente ingresó como alumno soldado profesional del 10 de enero de 2001 al 1 de marzo de 2001 y aceptado como soldado profesional a partir del 1 de marzo de 2001 al 27 de marzo de 2018, de conformidad a la hoja de servicio aportada con la demanda.

En ese sentido, señaló que es evidente que el actor prestó el servicio militar obligatorio y siguió vinculado a las Fuerzas Militares en calidad de soldado profesional según lo señalado y en vigencia del decreto 1794 de 2000, el cual solo incluyó un salario mínimo mensual vigente incrementado un 40%, razón por la cual, al actor desde el 1 de marzo de 2001, le fue reconocido dicho porcentaje, en aplicación del principio de progresividad y no regresividad.

De otra parte, en cuanto al subsidio familiar solicitado bajo las previsiones del Decreto 1794 de 2000, señala que al actor se le reconoció el derecho al subsidio familiar desde el 11 de octubre de 2009, de acuerdo con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que eran las normas aplicables al momento de adquirir el derecho y, en tal virtud la

declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, no obstante, tener efectos *ex tunc*, no beneficia al actor.

De otro lado, propuso las excepciones de:

Excepción carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada: Señala que la parte actora pretende la liquidación de su asignación básica mensual incrementada en un 60% del mismo salario de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del Artículo 1 ° del Decreto 1794 de 2000, teniendo en cuenta que el actor no fue incorporado como soldado voluntario, y por ello no tiene derecho a dicho reajuste, pues el artículo 3° de la misma ley, dispuso que las personas a que se refiere el mencionado artículo 2°, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldado voluntario, al estatuto establecido para la justicia penal militar; al reglamento disciplinario y al régimen prestacional, entre otros.

ii) Prescripción cuatrienal de los derechos laborales: Sostiene que el señor Anuar Ismael Rodriguez Perez declaró unión marital de hecho desde el 11 de octubre de 2009, de conformidad con el extracto de hoja de vida aportada por el demandante, siendo reconocido el 23% de subsidio familiar mediante orden administrativa de personal No. 1661 del 30 de junio de 2015 y 1437 del 23 de marzo de 2017, es decir que desde el año 2015 percibe el subsidio familiar.

En ese sentido, considera que no existe valor pendiente a reconocer o reajustar en razón a que el acto administrativo, que ordenó el reconocimiento del subsidio familiar, se expidió bajo el ordenamiento jurídico del Decreto No. 1161 de 2014, y afirma que operó la extinción de derechos particulares contemplado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

iii) Legalidad del acto administrativo : Afirma que la demanda carece de fundamento jurídico toda vez que el acto administrativo demandado fue proferido conforme a las normas legales y constitucionales vigentes,

que a la fecha están amparados por la presunción de legalidad y constitucionalidad.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

Se advierte que si bien, mediante escrito allegado vía correo electrónico el 2 de septiembre de 2021, el Doctor Carlos Andrés de la Hoz Amarís presentó alegatos de conclusión, aduciendo que actúa como apoderado de la parte actora, lo cierto es que dicho profesional del derecho no se encuentra reconocido en el plenario y tampoco aportó poder que lo faculte para actuar en tal calidad, circunstancia que impide tener en cuenta el referido escrito.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **7 de septiembre de 2021**, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, toda vez que el actor nunca fue soldado voluntario y se incorporó directamente como alumno profesional mediante OAP 1241 del 20 de enero de 2021 y posteriormente ascendió como Soldado profesional con OAP 1029 del 20 de marzo de 2001 y actualmente se encuentra retirado con este mismo grado.

En ese sentido, señaló que no le asiste el derecho a los valores salariales reconocidos a los soldados voluntarios contemplados en el inciso segundo del artículo 1 Decreto 1794 de 2000 y ratificado mediante sentencia de Unificación CESUJ2 85001 -33-33002-2013-00060-01 del 25 de agosto de 2016, ya que únicamente se dirigía a los soldados profesionales que fueron voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, razón por la cual, no le asiste el derecho, toda vez, que el actor nunca prestó sus servicios como soldado voluntario.

Indicó que respecto al subsidio familiar en aplicación del Decreto 1794 de 2000, no tenía el requisito necesario para su reconocimiento, pues si bien acreditó que convive con su compañera permanente desde **11 de**

octubre de 2009, en ese momento aún no se podía declarar la unión marital de hecho, ni la sociedad patrimonial, sólo hasta el día 11 de octubre de 2011, cumplía con los requisitos establecidos en la ley para exigir el derecho, pues antes de esta fecha era una expectativa de poder acceder al mismo.

Concluyó que en la actualidad no se hallan vigentes, de forma simultánea los Decretos 1794 de 2000 y 1161 de 2014, para efectos de regular el subsidio familiar de los soldados profesionales, ya que el primero estuvo en vigor del 1º de enero de 2001 al 30 de junio de 2014, mientras que el segundo se aplica desde el 1º de julio de 2014, razón por la cual, al demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y, en consecuencia, el acto administrativo acusado no es violatorio del orden constitucional ni legal, y por ende, conserva su presunción de legalidad.

4.3. Ministerio Público

El señor agente del Ministerio público dentro de la oportunidad legal, no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a las excepciones de “***carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada, y legalidad del acto administrativo***” 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 que impidan al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinados junto con el objeto de la controversia.

En cuanto a la **“prescripción cuatrienal de los derechos laborales”** se estudiará en caso de prosperar las pretensiones de la demanda.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Petición elevada por la apoderada del actor ante la entidad demandada el 19 de julio de 2018, por medio de la cual solicitó la reliquidación y reajuste de la asignación salarial tomando como base de su liquidación la asignación básica incrementada en un 60%, y el reconocimiento y pago del subsidio familiar de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

5.2.2. Oficio No. 20183171456261 del 6 de agosto de 2018, a través del cual el Coronel Jarol Enrique Cabrera Cornelio, en su calidad de Oficial Sección de Nómina del Ejército Nacional DIPER, le informó al actor que no era procedente acceder a la petición de la reliquidación del 20%, en la medida que el demandante no fue incorporado como soldado voluntario, sino como profesional.

5.2.3. Constancia expedida por el Mayor Rafael Bonilla Lizcano, Oficial Sección Atención al Usuario DIPER, en la cual certifica los tiempos reconocidos al demandante en el Ejército Nacional.

5.2.4. Certificación del pago de nómina del demandante con fecha de corte marzo de 2018, expedida por el Mayor Rafael Bonilla Lizcano, Oficial Sección Atención al Usuario DIPER.

5.2.5. Escritura Pública No. 712 del 15 de abril de 2015, otorgada en la Notaría Treinta y Cuatro (34) del Círculo de Bogotá, donde se protocolizó la existencia de la unión marital de hecho entre el señor Anuar Ismael Rodríguez Pérez y la señora Mary Cecilia Negro Espejo, en cuyo numeral primero se manifestó que han hecho comunidad de vida, permanente y singular desde el 11 de octubre de 2009.

5.2.6. Copias de los Registros Civiles de Nacimiento del actor y la señora Mary Cecilia Negro Espejo.

5.2.7. Registro civil de nacimiento de la menor Nicol Yuliana Rodríguez Negro.

5.2.8. Conciliación extrajudicial, llevada a cabo el 7 de diciembre de 2018, ante la Procuraduría 88 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.2.9. Certificación técnica No. 145 del 8 de noviembre de 2019, expedida por el Doctor Oscar Iván Largo Herrera, en su calidad de Director Nacional de Veeduría Delegada para las Fuerzas Militares, por medio de la cual recomienda a la Administración de Justicia que se reconozca el incremento del salario en un 20%.

5.2.10. Expediente administrativo del actor, contentivo de: i) la Hoja de vida, ii) Orden administrativa No. 1661 de fecha 30 de junio de 2015, mediante la cual se causa novedad en el subsidio familiar del actor ii) peticiones elevadas el 20 y 27 de abril de 2015, por medio de las cuales solicitó el subsidio familiar y iii) certificación del pago de nómina del demandante con fecha de corte junio de 2020.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se determinó en providencia del 26 de agosto de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer: **i)** Si se configuró el silencio administrativo negativo, frente a la petición formulada por el demandante el 19 de julio de 2018, **ii)** si el actor tiene o no derecho a que la asignación básica que devenga, se tome sobre el 60% y no sobre el 40%, como se aduce lo liquidó la entidad demandada en su calidad de soldado profesional de incorporación directa y a la consecuente reliquidación de prestaciones sociales y **iii)** si el demandante tiene o no derecho al reconocimiento del subsidio familiar bajo las previsiones del Decreto 1794 de 2000, dada la nulidad con

efectos Ex tunc del decreto 3770 de 2009 y, en consecuencia, se inaplique en su caso particular el decreto 1161 de 2014, bajo el cual goza de dicho emolumento.

5.3.1. 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 por el demandante 19 de julio de 2018, mediante la cual pretende el reajuste del subsidio familiar que actualmente devenga con fundamento en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

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 el día 19 de julio de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso 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.

(...)”.

5.4. DE LA ASIGNACIÓN BÁSICA DEVENGADA POR LOS SOLDADOS PROFESIONALES. NORMATIVIDAD APLICABLE.

En el caso que nos ocupa, el señor Anuar Ismael Rodríguez Pérez a través de apoderado, depreca el reconocimiento y pago del reajuste salarial del 20%, a partir del 20 de marzo de 2001, en razón a que una vez se incorporó directamente como soldado profesional, la entidad accionada le reconoció un salario mensual vigente, incrementado en un 40% y no en un 60% como se afirma, lo dispuso el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Sobre el particular, basta mencionar que el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso con el radicado No. CE-SUJ2 850013333002201300060 01, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, definió el derecho del reajuste del 20% reclamado por los soldados profesionales en los siguientes términos:

“En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto (...)

Primero. De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%. (Negrilla del Despacho)

Segundo. De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.”

(...)

Ahora bien, pese a que esta Sala no se encuentra obligada a pronunciarse sobre la supuesta vulneración al derecho a la igualdad de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez, en atención a la importancia que la Ley 1437 de 2011169 le atribuye a las sentencias unificadoras no está demás señalar, que en todo caso, dicho postulado superior consagrado en el artículo 13 de la Constitución, no es trasgredido por la tesis jurisprudencial adoptada en la sentencia de unificación, puesto que no es posible realizar un juicio o test de igualdad entre los soldados voluntarios que luego fueron enlistados como profesionales y los soldados profesionales que se vincularon por vez primera, pues, el tratamiento igual solo puede predicarse entre iguales, y en este caso, las situaciones a comparar no son fáctica y normativamente similares, por lo que el cargo propuesto en ese sentido no hubiera tenido vocación de prosperidad.”
(Negrilla del Despacho)

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia SUJ-015 CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, proferida dentro del

proceso No 85001-33-33-002-2013-00237-01, Demandante Julio César Benavides Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares **UNIFICÓ** algunos temas relativos a los emolumentos devengados por estos servidores una vez son retirados del servicio y en lo concerniente al reajuste salarial del 20%, señaló:

“(...)

4.1. *La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%...*

4.2. *Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.*

(...)”.

Así las cosas, bajo el marco jurisprudencial señalado en las referidas sentencias, es claro que los soldados profesionales que se hayan vinculado a las Fuerzas Militares a partir de la expedición del Decreto 1794 de 2000, tendrán derecho a devengar un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, **incrementado en un cuarenta por ciento (40%)**; en tanto, que los soldados voluntarios que se incorporaron al escalafón de profesionales que ya venían vinculados en virtud de la Ley 131 de 1985 y que conservaren tal vinculación al día 31 de diciembre de 2000, tendrán derecho a devengar un salario mensual igual al salario mínimo legal vigente, pero incrementado en un sesenta por ciento (60%).

De las pruebas allegadas al expediente se advierte que el actor prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado Bachiller desde el **22 de agosto de 1997 al 22 de julio de 1998**; posteriormente, como alumno desde el **1 de enero de 2001 al 1 de marzo de 2001** y como soldado profesional desde el **1 de marzo de 2001 al 27 de marzo de 2018**, tal como consta en la certificación de tiempo de servicio obrante a folios 53 del plenario, de donde se colige que el actor se vinculó **directamente**

como soldado profesional el **1 de marzo de 2001**, razón por la cual de conformidad con lo dispuesto de conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, tal y como lo reconoció la entidad y, en consecuencia, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto administrativo demandado.

Ahora bien, sobre la solicitud de inaplicación del inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, por ser violatoria del principio de igualdad, baste mencionar que en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, citada líneas atrás, respecto a la diferenciación realizada por el legislador para efectos del reconocimiento del salario mensual incrementado en un sesenta por ciento (60%), para los soldados de incorporación directa señaló:

“(...)

Ahora bien, pese a que esta Sala no se encuentra obligada a pronunciarse sobre la supuesta vulneración al derecho a la igualdad de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez, en atención a la importancia que la Ley 1437 de 2011 le atribuye a las sentencias unificadoras no está demás señalar, que en todo caso, dicho postulado superior consagrado en el artículo 13 de la Constitución, no es trasgredido por la tesis jurisprudencial adoptada en la sentencia de unificación, puesto que no es posible realizar un juicio o test de igualdad entre los soldados voluntarios que luego fueron enlistados como profesionales y los soldados profesionales que se vincularon por vez primera, pues, el tratamiento igual solo puede predicarse entre iguales, y en este caso, las situaciones a comparar no son fáctica y normativamente similares, por lo que el cargo propuesto en ese sentido no hubiera tenido vocación de prosperidad”

5.4.1 DE LA ASIGNACIÓN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES.

El Congreso de la República a través de la Ley 578 de 2000, revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que expidiera, entre otras materias, las normas relacionadas con el régimen de carrera y el estatuto del Soldado Profesional.

En ejercicio de las referidas facultades, el Presidente de la República mediante el Decreto No. 1793 de 2000 “por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, en el párrafo del artículo 5° dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 5. SELECCIÓN.

(...)

PARÁGRAFO. *Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen”.*

A su vez, a través del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, “por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, se estipuló que además de la asignación salarial (art. 1), a dicho personal le asiste el derecho a devengar las primas de antigüedad (art. 2), servicios (art. 3), vacaciones (art. 4), navidad (art. 5), así como el subsidio familiar (art. 11) y las cesantías (art. 9).

5.3.2.2. DE LA APLICACIÓN DEL DECRETO 1794 DE 2000, DADA LA SENTENCIA DE NULIDAD DEL DECRETO 3770 DE 2009.

El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, dispone:

*“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, **tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.** Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”.* (Negrilla del Despacho).

Ahora bien, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el presidente de la República expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, por medio del cual se derogó la anterior

disposición; sin embargo, la dejó a salvo para aquellos que ya la venían devengando, en los siguientes términos:

“(…)

PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

PARÁGRAFO 2°. Aclarase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.

(…)”.

De otra parte, es de anotar que el Decreto 3770 de 2009, fue declarado nulo **con efectos ex tunc**, en sentencia del 8 de junio de 2017, proferida por la Sección Segunda, Subsección “B”, del Consejo de Estado, M. P. Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, dentro del proceso No. 11001-03-25-000-2010-00065-00 y frente a los efectos de la derogatoria del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, que dispuso la creación de la prestación del subsidio familiar para los Soldados e Infantes de Marina profesionales, indicó:

“(…)

*El Decreto 1794 de 2000 fue publicado el 14 de septiembre de ese año en el diario oficial número 44.161, no obstante, por virtud de su artículo 17 entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2001; por su parte, el **Decreto 3770 de 2009, entró a regir a partir de su publicación, esto aconteció el 30 de septiembre** de ese año en el diario oficial número 47.488. Lo que significa que la previsión contenida en el **artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 produjo efectos jurídicos entre el 1 de enero de 2001 y el 30 de septiembre de 2009**, o en otras palabras, el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales pervivió en el mundo jurídico por el lapso de ocho (8) años y ocho (8) meses, contados desde la entrada en vigencia del decreto que lo reconoció hasta la entrada en vigencia del acto que lo derogó.*

Para la Sala es claro que los soldados profesionales tuvieron reconocido el derecho objetivo al subsidio familiar por razón o con ocasión de la previsión contenida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, y que contrario a lo dicho por las entidades demandadas en sus escritos de defensa, este derecho fue revertido, eliminado y suprimido por virtud de lo normado en el artículo 1 del Decreto 3770 de 2009, acto posterior que al derogar la disposición que lo reconocía cesó por completo su vigencia al expulsarla del ordenamiento jurídico.

Salta a la vista entonces que las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009, en la medida en que desalojan del universo jurídico el derecho objetivo a la prestación del subsidio familiar para los soldados profesionales, constituyen per se un retroceso. Se trata de normas regresivas que afectan el derecho al trabajo y a la seguridad social de estos integrantes de las fuerzas militares, y por tanto, deben ser consideradas como inconstitucionales prima facie.

(...)

Fue así como el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, mediante Sentencia del 27 de octubre de 2016, cuyo Consejero Ponente fue el doctor Gabriel Valbuena Hernández, dijo lo siguiente:

“De la norma transcrita se deduce que el subsidio familiar únicamente fue contemplado por el legislador, para ser incluido en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, mas no en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, como el demandante; sin embargo, por vía jurisprudencial se ha dicho que esto constituye un trato diferenciado sin justificación razonable que redunde en una flagrante violación del principio de igualdad. (...)

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

(...) si bien el legislador sólo previó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y excluyó de la aplicación de tal regla a los Soldados Profesionales, en aplicación del principio de igualdad, resulta igualmente procedente reconocerle dicho emolumento a estos últimos, aunque ello signifique la inaplicación del precepto según el cual únicamente se puede tener en cuenta tal partida para liquidar la asignación de retiro del personal Oficial y Suboficial”

En efecto, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no solamente estipuló un derecho objetivo con vocación de subjetivación en cabeza de quienes contraigan matrimonio o constituyan una unión marital del hecho, sino que también reconoció este derecho a todos los soldados profesionales en servicio activo, por cuanto que al ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad y ser titulares del derecho a la familia tienen la probabilidad cierta de consolidar en el futuro el correspondiente derecho a la prestación del subsidio familiar”. (Negrilla del Despacho)

(...)

FALLA

DECLARAR, con efectos ex tunc, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009, “por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Gobierno Nacional.

(...)”.

Posteriormente, en desarrollo de las Leyes 4ª de 1992 y 923 de 2004, el Presidente de la República expidió el Decreto 1161 de 2014, con efectos a partir del **1 de julio de 2014**, por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los Soldados e Infantes de Marina Profesionales, de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, el cual en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica, así:

“ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1º de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio **activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:**

a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

(...)

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

PARÁGRAFO 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.

PARÁGRAFO 2. Para los efectos previstos en este artículo **los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares** a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y **el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud** de que trata el presente párrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

PARÁGRAFO 3. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.

(...)" (Negrilla del Despacho).

De la normatividad y jurisprudencia en cita, se concluye que con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, cobró vigencia el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y, en ese sentido, a partir del **1 de enero de 2001 hasta el 30 de junio de 2014**, el soldado profesional de las Fuerzas Militares e Infantes de Marina casado o con **unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar**, equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad correspondiente, efecto para el cual, se deberá reportar el cambio de estado civil.

Ahora bien, en el expediente obra Escritura Pública No. 712 del 15 de abril de 2015, otorgada en la Notaría Treinta y Cuatro (34) del Círculo de Bogotá, donde se protocolizó la existencia de la unión marital de hecho entre el señor Anuar Ismael Rodríguez Pérez y la señora Mary Cecilia Negro Espejo, en cuyo numeral primero se manifestó que han hecho comunidad de vida, permanente y singular desde el 11 de octubre de 2009 y en virtud de dicha unión nacieron las menores Nicol Yuliana Rodríguez Negro y Ariana Rodríguez Negro, lo que se corrobora con los registros civiles de nacimiento, que obran en el plenario.

Igualmente, consta Orden Administrativa de Personal No. 1661 del 30 de julio de 2015, a través de la cual le fue reconocido al actor el subsidio familiar, en cuantía del 25%.

Así mismo, reposa solicitud del 19 julio de 2018, mediante la cual el actor deprecó el reconocimiento de dicha prestación, de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, dada la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009.

Sobre el particular, es claro que los soldados profesionales e Infantes de Marina tuvieron derecho al reconocimiento del subsidio familiar por razón o con ocasión del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, dentro del término de vigencia del mismo y los que contrajeron matrimonio o constituyeron unión marital de hecho con posterioridad a la entrada en

vigencia de la derogatoria del derecho a dicha prestación, se encuentran en su goce efectivo, de conformidad con el Decreto 1161 de 2014, en ambos casos con efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

Ahora bien, en virtud de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 30 de septiembre de 2009, con *efectos ex tunc*, el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina se retrotrajo al estado anterior; esto es, cobró vigencia el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

En ese sentido, es claro que el demandante consolidó su derecho al subsidio familiar bajo el Decreto 1794 de 2000, puesto que declaró su unión marital de hecho el día **11 de octubre de 2009**, tal como se evidencia en la escritura pública No. 712, obrante en el expediente, fecha para la cual estaba vigente el referido decreto, dada la sentencia de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

De otra parte, sobre la forma de liquidar el subsidio familiar el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, dispone:

*“Artículo 11. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, **tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.**”* (Negrilla del Despacho)

Por su parte, el artículo 1 del Decreto 1161 de 2014, señala:

“ARTÍCULO 1°. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1° de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

(...)

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

PARÁGRAFO 1. *El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales. (Negrilla del Despacho)*

Como puede verse, al comparar los Decretos 1794 de 2000 y el 1161 de 2014, el primero es más beneficioso a efectos de liquidar el subsidio familiar, puesto que equivale al **cuatro por ciento (4%) del salario básico mensual más la prima de antigüedad correspondiente**, la cual a partir del segundo año de servicio, el soldado profesional o el Infante de Marina la devengará en un equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica y por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%), mientras que el segundo, corresponde **al veinte por ciento (20%) de la asignación básica** por la cónyuge o compañera permanente, más los siguientes porcentajes: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo, sin superar el veintiséis por ciento (26%).

En ese sentido, se concluye que, si bien, en el caso de autos no se encuentra demostrado el porcentaje que percibió el actor por concepto de prima de antigüedad, a efectos de calcular el subsidio familiar al que tendría derecho en virtud del Decreto No. 1794 de 2000, lo cierto es que dicha disposición le resulta más favorable, puesto que para la fecha en que declaró su unión marital de hecho, esto es, **11 de octubre de 2009** contaba con más de ocho (8) años de servicio, dado que su vinculación como Soldado data del 10 de enero de 2001.

Así las cosas, esta juzgadora **varía el criterio adoptado** en los fallos del 24 y 25 de julio de 2019, proferidos dentro de los procesos Nos. 11001333501820180004100 y 11001333501820180009000, pues en

las referidas providencias consideró que el derecho al subsidio familiar había quedado supeditado a que se reportara el cambio del estado civil, requisito que, si bien es exigido por el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, lo cierto es que no pudo ser cumplido por el demandante a la fecha en que declaró la unión de hecho (11 de octubre de 2009), toda vez que para la misma el referido decreto había sido derogado y, en tal virtud, resultaba inane cualquier reporte que se hiciera para obtener dicho reconocimiento.

Sobre el particular, en un caso de similares características al que ocupa la atención del Despacho, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “E”, en providencia del 9 de octubre de 2020¹, Magistrada Ponente: Doctora Patricia Victoria Manjarrés Bravo, discurrió:

A efectos de resolver el problema jurídico, tenemos que el demandante contrajo matrimonio el **13 de noviembre de 2009**, esto es, cuando el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 se encontraba derogado por el Decreto 3770 de 2009, lo que en principio no le daría el derecho que reclama el actor.

Sin embargo, considera la sala que al anularse el Decreto 3770 de 2009 con efectos retroactivos y además al tratarse de una situación no consolidada, pues el derecho al reconocimiento del subsidio podía debatirse una vez se declaró la nulidad de esa disposición –sentencia de 8 de junio de 2017–, para la sala es claro que el derecho al subsidio familiar debe analizarse conforme el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, pues debe recordarse que según el Consejo de Estado en providencia de 8 de septiembre de 2017¹², esa disposición tuvo vigencia desde su expedición –14 de septiembre de 2014– hasta la subrogación del Decreto 1161 de 24 de julio 2014.

¹ Proceso: 110013335018201800125-01, Demandante: Pedro Ignacio Fonseca Nivia, demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

La entidad demandada considera que resulta improcedente el reconocimiento del subsidio familiar bajo el Decreto 1794 de 2000, habida cuenta que según su criterio, no cumplió con la segunda condición consistente en la obligación por parte del interesado de informar el cambio de estado civil y en esa medida, no tiene un derecho adquirido.

Frente a esa argumentación, la sala advierte que al margen de la obligación de informar sobre el cambio de estado civil, la entidad no puede desconocer que el actor cumplió con la condición material señalada en vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000—contraer matrimonio— toda vez que limitarlo a esa condición, significaría hacer prevalecer las formas sobre el derecho sustancial y además dejar de aplicar el artículo 15 de la disposición en cita, según el cual “El reconocimiento de las prestaciones sociales a que tiene derecho el soldado profesional de las Fuerzas Militares o sus beneficiarios, será tramitado oficiosamente por el Ministerio de Defensa Nacional”.

Luego entonces, como el demandante cumplió con la hipótesis descrita en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, contrario a lo que afirma la entidad demandada, es claro que tiene un derecho adquirido, definido este como “aquellas situaciones individuales y subjetivas que se crearon y definieron bajo el imperio de una ley y con respeto de los postulados que ella establece”¹³, el cual no podía vulnerarse con norma posterior que para el asunto objeto de debate sería el Decreto 1161 de 2014.

Así las cosas, tal y como lo señaló la juez de primera instancia, el subsidio familiar del demandante debe reconocerse en un 4% de la asignación básica más la prima de antigüedad, razón por la cual, se despachará desfavorablemente el recurso de apelación de la entidad demandada.

En consecuencia, este Despacho accederá a las súplicas de la demanda, efecto para el cual, se declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a la petición radicada por el actor el 19 de julio de 2018, por medio del cual deprecó el reconocimiento del subsidio familiar, de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, pues a través de los cargos formulados logró demostrar que fue violatorio de las normas superiores invocadas, desvirtuándose así la presunción de legalidad que lo amparaba.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento del subsidio familiar al actor, de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, equivalente a un 4% del salario básico más el porcentaje de prima de antigüedad correspondiente, efecto para el cual la entidad demandada deberá **pagarle** las sumas que resulten a su favor por dicho concepto, previa deducción de los valores pagados, en virtud del Decreto 1161 de 2014.

5.5. PRESCRIPCIÓN DEL REAJUSTE DEL SUBSIDIO FAMILIAR

Para efectos de analizar de oficio el fenómeno prescriptivo, esta Juzgadora considera que el derecho al reconocimiento del subsidio familiar bajo las previsiones del Decreto 1794 de 2000, se hace exigible a partir de la ejecutoria de la sentencia del H. Consejo de Estado, proferida el 8 de junio de 2017, que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, hecho que ocurrió el **26 de septiembre de 2017**, dados los efectos Ex tunc de la mencionada providencia.

En consecuencia, desde la ejecutoria de la mencionada sentencia, el actor contaba con 3 años para deprecar el derecho reclamado ante lo contencioso administrativo según los lineamientos señalados en la providencia del 10 de octubre de 2019, por medio de la cual el Consejo de Estado al resolver solicitudes de adición y aclaración de Sentencia SU del 25 de abril de 2019, en punto a la prescripción aplicable a la asignación de retiro de los soldados profesionales, señaló que “(...) *la regla de prescripción aplicable a la asignación de retiro de los soldados profesionales es la trienal, contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.*

(...)”.

En ese sentido, la reclamación se realizó el 19 de julio de 2018, de lo que se desprende que no operó el fenómeno prescriptivo alguno, al realizarse la petición antes del término de tres (3) años que dispone la norma en cita, y, en consecuencia, el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional deberá reconocer el subsidio familiar deprecado por el actor desde el **11 de octubre de 2009**.

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 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 BOGOTA**, 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, respecto de la petición elevada el **19 de julio de 2018**, ante el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a la petición del **19 de julio de 2018**, a través de la cual el demandante solicitó el reconocimiento del subsidio familiar, de conformidad con el Decreto 1794 de 2000.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR i)** al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, i) **RECONOCER** el subsidio familiar al señor Anuar Ismael Rodríguez Pérez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 92.071.298, teniendo en cuenta el cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más el porcentaje de prima de antigüedad correspondiente, según lo previsto por el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, con las incidencias que correspondan en los años subsiguientes, previos los descuentos de ley y **ii) PAGAR** las sumas que resulten a favor del actor por concepto de subsidio familiar con efectividad, a partir del **11 de octubre de 2009**, previa deducción de los valores pagados por dicho concepto, en virtud del Decreto 1161 de 2014, conforme a lo expuesto en la presente sentencia.

CUARTO: CONDENAR al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL a pagarle al señor Anuar Ismael Rodríguez Pérez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 92.071.298, los valores señalados en el numeral anterior con la aplicación de la siguiente fórmula: $R = Rh \text{ (Ind. F/ Ind. I)}$, en la que el valor presente (R) se

determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma adeudada al demandante, por el guarismo que resulte de dividir el Índice Final de Precios al Consumidor certificado por el D.A.N.E., vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada salario y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada sueldo, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos hasta el reajuste del subsidio familiar.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda

SEXTO: Sin costas a cargo del Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

SÉPTIMO: 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.

OCTAVO: Por Secretaría dese cumplimiento a lo establecido en el inciso último del artículo 192 ibídem.

NOVENO: 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.

DECIMO: Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al actor excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y Cúmplase,

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**

	JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado	
Firmado Por:	La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 28 de hoy 15 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.	
Gloria	 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria	Mercedes

Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

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:

**38aa77877fc4fda4f71656dce57876d2544c465d151958307f8e6611f49
c9628**

Documento generado en 11/10/2021 11:01:07 AM

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