



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

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019**-00**117**-00  
**Demandante:** **DUNIA SIMANCAS MORENO**  
Demandada: HOSPITAL MILITAR CENTRAL  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **DUNIA SIMANCAS MORENO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 30.894.196 de Arjona, actuando a través de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1. PRETENSIONES**

Las pretensiones de la demanda fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 16 de marzo de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellas se remite el Despacho.

**1.2. HECHOS**

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

**1.2.1.** La señora Dunia Simancas Moreno presta sus servicios en el Hospital Militar Central y su vinculación ocurrió el 1 de julio de 2011 y actualmente se desempeña en el cargo de Auxiliar de Servicios en el departamento de

Enfermería, efecto para el cual, ha devengado las siguientes asignaciones básicas:

- 2013: \$1.287.849
- 2014: \$1.325.712
- 2015: \$1.387.491
- 2016: \$1.495.300
- 2017: \$1.596.233

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

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

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

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

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

**1.2.7.** Los días en que la actora no era programada para trabajar, se clasifican como libres y, por tanto, aparecen señalados con la letra "L"., en tanto que los días en que la demandante presta su turno, se colocan otras distinciones para indicar si corresponde a mañana (M), tarde (T), noche uno

(NI) o noche 2 (N2) y el área a la cual fue asignada; o sea que el Hospital Militar Central utiliza diferentes símbolos para identificar la situación en la que diariamente se encuentra cada trabajador, siendo que en las filas de los días domingos o lunes donde no hay la letra "L", significa que la demandante laboró en esa fecha.

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

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

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

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

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

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

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

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

**1.2.16.** El 17 de abril de 2018, la demandante le solicitó a la entidad el reconocimiento y pago de los mismos derechos que se reclaman en el presente asunto, petición que fue negada a través de la Comunicación No. E-00022-2018004589 del 25 de mayo de 2018, de modo que, interpuso recurso de reposición, el cual, fue resuelto desfavorablemente mediante el Oficio No. “R-00003-2018010958 del 22 de junio de 2018”.

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

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

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

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

Precisó que el pago de los salarios para los empleados públicos del Sector Defensa, como es el caso de la actora, se encuentra regulado en la Ley 4 de 1992 y en el Decreto 2701 de 1988, el cual solo establece el régimen prestacional.

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

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

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

discriminatoria y contraria al principio de progresividad que rige el derecho de trabajo y su remuneración.

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

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

### **III. CONTESTACIÓN**

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito del **16 de mayo de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Indicó que el Decreto Ley 2701 de 1988, consagró la retroactividad del auxilio de cesantías y los factores de salario que debían tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación de las prestaciones de los trabajadores y, en ese sentido, no le asiste derecho a la demandante a la reliquidación de los conceptos solicitados en la demanda, toda vez que el legislador al dictar el decreto en mención no los tuvo en cuenta por la misma especialidad de la prestación.

Sostuvo que las horas extras, los recargos nocturnos, dominicales y festivos no son factor salarial para liquidar las prestaciones sociales de los servidores Públicos del Hospital Militar Central, toda vez que el citado decreto determinó en forma taxativa los factores que se deben tener en cuenta para realizar las liquidaciones respectivas, normatividad que se debe aplicar al caso concreto de la actora, puesto que el literal e), del numeral 19, del artículo 150 de la Constitución Política, determinó que el Congreso Nacional señalará el régimen

salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Precisó que la jornada laboral que por regla general deben cumplir los servidores en el sector público es de 44 horas semanales, distribuidas en secciones diarias de 8 horas de lunes a viernes y 4 horas el día sábado, en virtud de lo contenido en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1.978, precepto que determina que la asignación mensual corresponde a ese período.

Refirió que los artículos 39 y 40 del Decreto Ley 1042 de 1978, consagraron la forma de remunerar el trabajo en días dominicales y festivos, teniendo en cuenta criterios de habitualidad, permanencia u ocasionalidad en que se preste el servicio.

Afirmó que efectivamente el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, contempla que los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales y festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, tal como lo ha venido reconociendo el Hospital siempre y cuando se hubiese prestado el servicio en los mencionados días.

Destacó que la actora pretende el reconocimiento y pago de los días domingos y festivos y, en consecuencia, la reliquidación de las prestaciones sociales por el efecto salarial de esos emolumentos; sin embargo, el Hospital los canceló en su oportunidad y su naturaleza no implica que sean factor de salario conforme lo establece el Decreto 2701 de 1988, además cualquier derecho se encuentra extinguido por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Anotó que a la actora se le aplican los acuerdos colectivos con el alcance señalado en el Decreto 160 de 2014, dado el carácter legal y reglamentario de la relación de trabajo que sostiene con el Hospital.

De otro lado, propuso las siguientes excepciones:

**3.1.1. Falta de causa, inexistencia de la obligación y pago:** Señaló que la entidad demandada procedió en virtud de la normatividad aplicable a al caso particular de la demandante y, por ende, de conformidad con las nóminas que se acompañan se encuentra demostrado que el centro hospitalario le reconoció y pagó los dominicales y festivos que laboró.

**3.1.2. Prescripción:** Indicó que se configuró dicho fenómeno jurídico respecto de los presuntos y eventuales derechos reclamados en la demanda, dado que se peticiona el reconocimiento y los efectos prestacionales desde el año 2013 y a simple vista están extinguidos.

**3.1.3. Genérica:** Solicitó que se declare de oficio cualquier medio exceptivo que se encuentre probado dentro del proceso.

De otro lado, mediante escrito del **16 de agosto de 2019**, la apoderada de la demandante se opuso a la prosperidad de los medios exceptivos propuestos por la entidad demandada.

#### **IV. ALEGATOS**

##### **4.1. Parte Demandante**

Se advierte que la apoderada de la parte actora no presentó escrito de alegatos de conclusión.

##### **4.2. Parte Demandada**

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **3 de noviembre de 2021**, manifestó que a la parte demandante no le asiste el derecho a lo deprecado en la presente controversia, debido a que se desempeña como empleada pública del Hospital Militar Central, entidad regulada por el Decreto Ley 2701 de 1988, compendio de carácter especial que establece el régimen prestacional, donde se señala expresamente los factores de salario para liquidar prestaciones sociales, entre los cuales no se encuentran los recargos nocturnos, dominicales y festivos.

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

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

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

La señora Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES.**

Frente a la excepción de **falta de causa, inexistencia de la obligación y pago**, 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 en ninguna manera impide resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

La excepción de **prescripción**, será resuelta en acápite posterior de este escrito.

Respecto a la excepción **genérica**, se advierte que tal como se indicó en el Audiencia Inicial, de Alegaciones y Juzgamiento llevada a cabo el 16 de marzo de 2021, no se encontraron excepciones que debían ser declaradas de oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

De otro lado, se precisa que, mediante providencia del 16 de julio de 2020, el Despacho declaró probada de oficio parcialmente la **excepción de caducidad**

**de la acción**, respecto del reconocimiento y pago del tiempo extraordinario deprecado en la presente controversia.

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

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

**5.2.1.** Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante.

**5.2.2.** Resolución No. 735 del 11 de julio de 2011, por medio de la cual la señora Clara Esperanza Galvis Díaz, Directora General (E) del Hospital Militar Central, nombró a la señora Dunia Simancas Moreno, como Auxiliar de Servicios, Código 6-1, Grado 33.

**5.2.3.** Acta No. 112 del 11 de julio de 2011, a través de la cual se dejó constancia de la posesión de la demandante en el cargo señalado anteriormente.

**5.2.4.** Reporte de semanas cotizadas en pensiones por la actora, expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

**5.2.5.** Certificación expedida el 10 de mayo de 2018, mediante la cual la doctora María Andrea Grillo Roa, Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, hizo constar que la demandante presta sus servicios en dicho centro hospitalario desde el 11 de julio de 2011 y que para ese momento se encontraba activa en el cargo de Auxiliar de Servicios, Grado 6-1, Código 33.

**5.2.6.** Desprendibles de Nómina de la actora, expedidos por el Hospital Militar Central por los periodos comprendidos entre los meses de junio 2013 y noviembre de 2017.

**5.2.7.** Petición elevada el 17 de abril de 2018, por medio de la cual la demandante le solicitó al Hospital Militar Central que reconozca y acepte que le asiste el Derecho al tiempo suplementario, a los recargos nocturnos y en días de descanso obligatorio y, en consecuencia, le pague los salarios que trabajó en dichas jornadas y le reliquide las prestaciones sociales.

**5.2.8. Oficio No. E-00022-2018004589 del 25 de mayo de 2018**, a través del cual la entidad demandada, negó la petición anterior, señalando que los recargos nocturnos, el tiempo suplementario y en días de descanso obligatorio, le fueron pagados en su integridad y precisó que no hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales, dado que los servidores públicos que laboran en el Hospital Militar Central se rigen por las disposiciones contenidas en el Decreto 2701 de 1988, que establece taxativamente los factores de salario para su liquidación, donde no se contempló los recargos nocturnos, dominicales o festivos.

De otro lado, respecto a los aportes al sistema de seguridad social, indicó que la entidad realiza las cotizaciones, de conformidad con lo señalado en las disposiciones legales que regulan la materia, situación que igualmente se presenta frente a los aportes parafiscales.

**5.2.9.** Escrito del 22 de junio de 2018, por medio del cual la demandante interpuso recurso de reposición contra la decisión anterior.

**5.2.10. Oficio No. E-00022-2018007283 del 17 de agosto de 2018**, por medio del cual la entidad demandada resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por la actora, confirmando en su integridad el Oficio No. E-00022-2018004589 del 25 de mayo de 2018 (fls. 29 a 31).

**5.2.11.** Expediente administrativo de la demandante, contentivo de: i) certificación laboral; ii) la relación de los valores devengados y que le fueron cancelados por la entidad demandada desde el 1 de enero de 2013 al 30 de marzo de 2019; iii) las planillas de turno que laboró desde el mes de enero de 2013 hasta el mes de agosto de 2017 y iv) los reportes diarios de recargos nocturnos, dominicales, festivos y horas extras por el periodo comprendido entre el mes de septiembre de 2017 y el mes de diciembre de 2018.

**5.2.12.** Certificación expedida el 16 de junio de 2021, por la doctora María Andrea Grillo Roa, Jefe Unidad de Seguridad y Defensa – Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central mediante la cual hace constar, lo siguiente:

“(…)

Que en los archivos del Hospital Militar Central, se encuentra registrada la siguiente información laboral:

|                          |                                    |
|--------------------------|------------------------------------|
| APELLIDOS Y NOMBRES      | Simancas Moreno Dunia Paola        |
| CÉDULA DE CIUDADANÍA     | N°30.894.196 de Arjona ( Bolivar ) |
| FECHA DE INGRESO         | 11 de Julio del 2011               |
| LABORA ACTUALMENTE       | Si                                 |
| CARGO QUE DESEMPEÑA      | Auxiliar de Servicios 6-1 33       |
| MODALIDAD DE VINCULACION | EMPLEADO PÚBLICO                   |

Que de acuerdo con las Planillas de Turnos de Enfermería, la señora Dunia, cumple con el turno de la Tarde: de las 13:30 a las 19:30 horas de lunes a viernes y Turno de Fin de Semana: Rotativo, de las 07:00 a las 19:30 horas, con una hora de almuerzo.

(...)"

**5.2.13.** Planillas de turno de la demandante, por el periodo comprendido entre el mes de enero de 2019 y diciembre de la misma anualidad.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 16 de marzo de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer si la señora Dunia Simancas Moreno tiene derecho a que el Hospital Militar Central le reconozca salarialmente los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos que, afirma, ha laborado durante su relación laboral, con la incidencia en la liquidación de sus prestaciones sociales y en los aportes al sistema de seguridad social, reconociéndole los ajustes de valor de acuerdo con el IPC o subsidiariamente con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

“(...)

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

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

“(...)

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

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

En el artículo 2º de la Ley 269 de 1996 “*Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público*”, se estableció que la jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter **asistencial** en las

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

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

entidades prestadoras de servicios de salud, podrá ser máximo de doce (12) horas diarias y sesenta y seis (66) semanales, cualquiera sea la modalidad de vinculación, jornada que sólo es dable cumplirla al personal que preste directamente servicios de salud<sup>3</sup>, como es el caso de la actora.

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Descendiendo al caso en estudio, obra en el expediente la certificación expedida el 16 de junio de 2021, por la doctora María Andrea Grillo Roa, Jefe Unidad de Seguridad y Defensa – Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, mediante la cual hace constar el horario laboral de la demandante, así:

*“Que de acuerdo con las Planillas de Turnos de Enfermería, la señora Dunia, cumple con el turno de la **Tarde: de las 13:30 a las 19:30 horas de lunes a viernes y Turno de Fin de Semana: Rotativo, de las 07:00 a las 19:30 horas, con una hora de almuerzo**” (negrita del Despacho).*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, dado que la actora presta sus servicios de forma habitual en el Hospital Militar Central por el sistema de turnos, para efectos de retribuir su labor, le resulta aplicable el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, de tal forma que le asiste el derecho a **percibir su equivalente en dinero, más el**

**disfrute de un día de descanso compensatorio**, sin perjuicio de la remuneración ordinaria por haber trabajado el mes completo, como lo contempló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto No. 2422 de 2019<sup>5</sup>, así:

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

Bajo el anterior criterio, se concluye que normativamente no se ha determinado un número de horas laboradas en dominical o festivo, **para que**

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

**el servidor tenga derecho al descanso compensatorio**, razón por la cual debe disfrutar de un día completo sin importar las horas que se le asignen para completar su jornada, por el sistema de turnos; sin embargo, su remuneración se **liquidara en proporción a las horas que efectivamente prestó sus servicios**<sup>6</sup>.

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

| AÑO          | MES          | RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS |
|--------------|--------------|---------------------------------|
| 2013         | ENERO        | 11,5                            |
|              | FEBRERO      | 23                              |
|              | MARZO        | 35                              |
|              | ABRIL        | 23                              |
|              | MAYO         | 23,5                            |
|              | JUNIO        | 46,5                            |
|              | JULIO        | 29                              |
|              | AGOSTO       | 35                              |
|              | SEPTIEMBRE   | 0                               |
|              | OCTUBRE      | 29                              |
|              | NOVIEMBRE    | 23,5                            |
|              | DICIEMBRE    | 40,5                            |
| <b>TOTAL</b> | <b>319,5</b> |                                 |

| AÑO          | MES        | RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS |
|--------------|------------|---------------------------------|
| 2014         | ENERO      | 17,5                            |
|              | FEBRERO    | 11,5                            |
|              | MARZO      | 17,5                            |
|              | ABRIL      | 35                              |
|              | MAYO       | 17,5                            |
|              | JUNIO      | 52,5                            |
|              | JULIO      | 11,5                            |
|              | AGOSTO     | 17,5                            |
|              | SEPTIEMBRE | 11,5                            |
|              | OCTUBRE    | 29                              |
|              | NOVIEMBRE  | 35                              |
|              | DICIEMBRE  | 35                              |
| <b>TOTAL</b> | <b>291</b> |                                 |

| AÑO          | MES          | RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS |
|--------------|--------------|---------------------------------|
| 2015         | ENERO        | 23,5                            |
|              | FEBRERO      | 23                              |
|              | MARZO        | 17,5                            |
|              | ABRIL        | 35                              |
|              | MAYO         | 29                              |
|              | JUNIO        | 41                              |
|              | JULIO        | 17,5                            |
|              | AGOSTO       | 35                              |
|              | SEPTIEMBRE   | 0                               |
|              | OCTUBRE      | 29                              |
|              | NOVIEMBRE    | 35                              |
|              | DICIEMBRE    | 35                              |
| <b>TOTAL</b> | <b>320,5</b> |                                 |

| AÑO          | MES          | RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS |
|--------------|--------------|---------------------------------|
| 2016         | ENERO        | 23,5                            |
|              | FEBRERO      | 23                              |
|              | MARZO        | 29,5                            |
|              | ABRIL        | 23                              |
|              | MAYO         | 35                              |
|              | JUNIO        | 29                              |
|              | JULIO        | 29,5                            |
|              | AGOSTO       | 11,5                            |
|              | SEPTIEMBRE   | 11,5                            |
|              | OCTUBRE      | 40,5                            |
|              | NOVIEMBRE    | 23,5                            |
|              | DICIEMBRE    | 23                              |
| <b>TOTAL</b> | <b>302,5</b> |                                 |

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

| AÑO          | MES        | RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS |
|--------------|------------|---------------------------------|
| 2017         | ENERO      | 17,5                            |
|              | FEBRERO    | 23                              |
|              | MARZO      | 0                               |
|              | ABRIL      | 46,5                            |
|              | MAYO       | 23,5                            |
|              | JUNIO      | 35                              |
|              | JULIO      | 23,5                            |
|              | AGOSTO     | 35                              |
|              | SEPTIEMBRE | 0                               |
|              | OCTUBRE    | 40,5                            |
|              | NOVIEMBRE  | 23,5                            |
|              | DICIEMBRE  | 35                              |
| <b>TOTAL</b> | <b>303</b> |                                 |

| AÑO          | MES          | RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS |
|--------------|--------------|---------------------------------|
| 2018         | ENERO        | 23,5                            |
|              | FEBRERO      | 23                              |
|              | MARZO        | 29,5                            |
|              | ABRIL        | 34,5                            |
|              | MAYO         | 23,5                            |
|              | JUNIO        | 35                              |
|              | JULIO        | 23,5                            |
|              | AGOSTO       | 35                              |
|              | SEPTIEMBRE   | 11,5                            |
|              | OCTUBRE      | 29                              |
|              | NOVIEMBRE    | 23,5                            |
|              | DICIEMBRE    | 29                              |
| <b>TOTAL</b> | <b>320,5</b> |                                 |

| AÑO          | MES         | RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS |
|--------------|-------------|---------------------------------|
| 2019         | ENERO       | 23,5                            |
|              | FEBRERO     | 23                              |
| <b>TOTAL</b> | <b>46,5</b> |                                 |

Ahora bien, de la certificación expedida el 25 de abril de 2019, por la doctora Sandra Patricia Galeano Camacho, Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa (E) y de los reportes de nómina que reposan en el expediente, se encuentra acreditado que la entidad demandada le reconoció y pagó a la señora Dunia Simancas Moreno por dichos conceptos, las siguientes horas:

| AÑO  | MES        | NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS |      |
|------|------------|--|------|
| 2013 | ENERO      | 0  |      |
|      | FEBRERO    | 18   |      |
|      | MARZO      | 23   |      |
|      | ABRIL      | 36   |      |
|      | MAYO       | 23   |      |
|      | JUNIO      | 24,5   |      |
|      | JULIO      |  | 47,5 |
|      |            |  | 1    |
|      | AGOSTO     | 29,5   |      |
|      | SEPTIEMBRE | 36   |      |
|      | OCTUBRE    |  |      |

| AÑO  | MES        | NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS |
|------|------------|--|
| 2014 | ENERO      | 0  |
|      | FEBRERO    | 18   |
|      | MARZO      | 11,5   |
|      | ABRIL      | 18   |
|      | MAYO       | 36   |
|      | JUNIO      | 18   |
|      | JULIO      | 54   |
|      | AGOSTO     | 11,5   |
|      | SEPTIEMBRE | 18   |
|      | OCTUBRE    | 11,5   |
|      | NOVIEMBRE  | 29,5   |

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.  
Expediente: 11-001-33-35-018-2019-00117-00

|              |           |              |
|--------------|-----------|--------------|
|              | NOVIEMBRE | 29,5         |
|              | DICIEMBRE | 65,5         |
| <b>TOTAL</b> |           | <b>333,5</b> |

|              |           |            |
|--------------|-----------|------------|
|              | DICIEMBRE | 36         |
|              |           | 36         |
| <b>TOTAL</b> |           | <b>298</b> |

| AÑO          | MES        | NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS |    |
|--------------|------------|--|----|
| 2015         | ENERO      | 0  |    |
|              | FEBRERO    | 24,5   |    |
|              | MARZO      | 23   |    |
|              | ABRIL      | 18   |    |
|              | MAYO       | 36   |    |
|              | JUNIO      |  | 36 |
|              |            |  | 1  |
|              | JULIO      | 42,5   |    |
|              | AGOSTO     | 18   |    |
|              | SEPTIEMBRE | 36   |    |
|              | OCTUBRE    | 0  |    |
|              | NOVIEMBRE  | 29,5   |    |
| DICIEMBRE    |            | 36   |    |
|              |            | 36   |    |
| <b>TOTAL</b> |            | <b>336,5</b>   |    |

| AÑO          | MES        | NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS |
|--------------|------------|--|
| 2016         | ENERO      | 0  |
|              | FEBRERO    | 24,5   |
|              | MARZO      | 23   |
|              | ABRIL      | 31   |
|              | MAYO       | 23   |
|              | JUNIO      | 36   |
|              | JULIO      | 29,5   |
|              | AGOSTO     | 24,5   |
|              | SEPTIEMBRE | 11,5   |
|              | OCTUBRE    | 11,5   |
|              | NOVIEMBRE  | 41   |
|              | DICIEMBRE  |  |
|              |            | 24,5   |
| <b>TOTAL</b> |            | <b>309,5</b>   |

| AÑO          | MES        | NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS |      |
|--------------|------------|--|------|
| 2017         | ENERO      | 0  |      |
|              | FEBRERO    | 18   |      |
|              | MARZO      | 23   |      |
|              | ABRIL      | 18   |      |
|              | MAYO       | 47,5   |      |
|              | JUNIO      |  | 24,5 |
|              |            |  | 1    |
|              | JULIO      | 36   |      |
|              | AGOSTO     | 24,5   |      |
|              | SEPTIEMBRE | 36   |      |
|              | OCTUBRE    | 0  |      |
|              | NOVIEMBRE  | 41   |      |
| DICIEMBRE    |            | 24,5   |      |
|              |            | 36   |      |
| <b>TOTAL</b> |            | <b>330</b>   |      |

| AÑO          | MES        | NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS |    |
|--------------|------------|--|----|
| 2018         | ENERO      | 0  |    |
|              | FEBRERO    | 24,5   |    |
|              | MARZO      |  | 1  |
|              |            |  | 23 |
|              | ABRIL      | 31   |    |
|              | MAYO       | 34,5   |    |
|              | JUNIO      | 24,5   |    |
|              | JULIO      | 36   |    |
|              | AGOSTO     | 24,5   |    |
|              | SEPTIEMBRE | 24,5   |    |
|              | OCTUBRE    | 11,5   |    |
|              | NOVIEMBRE  |  | 1  |
|              |            | 29,5   |    |
| DICIEMBRE    |            | 29,5   |    |
|              |            | 24,5   |    |
| <b>TOTAL</b> |            | <b>319,5</b>   |    |

| AÑO | MES | NO. DE HORAS DE RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS |
|-----|-----|--|
|-----|-----|--|

|              |         |             |
|--------------|---------|-------------|
| <b>2019</b>  | ENERO   | 0           |
|              | FEBRERO | 24,5        |
|              | MARZO   | 23          |
| <b>TOTAL</b> |         | <b>47,5</b> |

Conforme a lo anterior, tenemos que por el periodo comprendido entre los años 2013 y 2019, la demandante trabajó **1903,5 horas** dominicales y festivas y la entidad demandada canceló **1974,5 horas**, que corresponden a las siguientes anualidades:

| <b>AÑO</b>   | <b>TOTAL RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS</b> | <b>TOTAL RECARGOS DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS</b> |
|--------------|--|---|
| <b>2013</b>  | 319,5  | 333,5   |
| <b>2014</b>  | 291  | 298   |
| <b>2015</b>  | 320,5  | 336,5   |
| <b>2016</b>  | 302,5  | 309,5   |
| <b>2017</b>  | 303  | 330   |
| <b>2018</b>  | 320,5  | 319,5   |
| <b>2019</b>  | 46,5   | 47,5  |
| <b>TOTAL</b> | <b>1903,5</b>  | <b>1974,5</b>   |

Por consiguiente, no le asiste razón a la apoderada de la parte actora, al manifestar que la entidad demandada no remuneró en su integridad los recargos que por dichos conceptos debía percibir la señora Dunia Simancas Moreno, toda vez que, conforme con lo previsto en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, la demandante tiene derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por el tiempo que prestó sus servicios en horas dominicales y festivas, independientemente del disfrute del compensatorio, como en efecto ocurrió, pues incluso sufragó un valor superior al que debía devengar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, según las planillas de turnos y reportes diarios de la actora, se advierte que por el tiempo comprendido entre las **6:00 p.m. y 7:30 p.m.**, desarrolló su labor, así:

| AÑO          | MES          | RECARGOS NOCTURNOS |
|--------------|--------------|--------------------|
| 2013         | ENERO        | 25,5               |
|              | FEBRERO      | 30                 |
|              | MARZO        | 30                 |
|              | ABRIL        | 30                 |
|              | MAYO         | 34,5               |
|              | JUNIO        | 33                 |
|              | JULIO        | 36                 |
|              | AGOSTO       | 36                 |
|              | SEPTIEMBRE   | 7,5                |
|              | OCTUBRE      | 34,5               |
|              | NOVIEMBRE    | 30                 |
|              | DICIEMBRE    | 34,5               |
| <b>TOTAL</b> | <b>361,5</b> |                    |

| AÑO          | MES        | RECARGOS NOCTURNOS |
|--------------|------------|--------------------|
| 2014         | ENERO      | 24                 |
|              | FEBRERO    | 28,5               |
|              | MARZO      | 30                 |
|              | ABRIL      | 34,5               |
|              | MAYO       | 34,5               |
|              | JUNIO      | 31,5               |
|              | JULIO      | 31,5               |
|              | AGOSTO     | 10,5               |
|              | SEPTIEMBRE | 33                 |
|              | OCTUBRE    | 36                 |
|              | NOVIEMBRE  | 27                 |
|              | DICIEMBRE  | 39                 |
| <b>TOTAL</b> | <b>360</b> |                    |

| AÑO          | MES        | RECARGOS NOCTURNOS |
|--------------|------------|--------------------|
| 2015         | ENERO      | 34,5               |
|              | FEBRERO    | 33                 |
|              | MARZO      | 33                 |
|              | ABRIL      | 30                 |
|              | MAYO       | 31,5               |
|              | JUNIO      | 33                 |
|              | JULIO      | 34,5               |
|              | AGOSTO     | 33                 |
|              | SEPTIEMBRE | 6                  |
|              | OCTUBRE    | 34,5               |
|              | NOVIEMBRE  | 33                 |
|              | DICIEMBRE  | 33                 |
| <b>TOTAL</b> | <b>369</b> |                    |

| AÑO          | MES          | RECARGOS NOCTURNOS |
|--------------|--------------|--------------------|
| 2016         | ENERO        | 37,5               |
|              | FEBRERO      | 27                 |
|              | MARZO        | 33                 |
|              | ABRIL        | 36                 |
|              | MAYO         | 33                 |
|              | JUNIO        | 30                 |
|              | JULIO        | 34,5               |
|              | AGOSTO       | 9                  |
|              | SEPTIEMBRE   | 28,5               |
|              | OCTUBRE      | 31,5               |
|              | NOVIEMBRE    | 31,5               |
|              | DICIEMBRE    | 33                 |
| <b>TOTAL</b> | <b>364,5</b> |                    |

| AÑO  | MES        | RECARGOS NOCTURNOS |
|------|------------|--------------------|
| 2017 | ENERO      | 33                 |
|      | FEBRERO    | 34,5               |
|      | MARZO      | 0                  |
|      | ABRIL      | 28,5               |
|      | MAYO       | 36                 |
|      | JUNIO      | 37,5               |
|      | JULIO      | 31,5               |
|      | AGOSTO     | 34,5               |
|      | SEPTIEMBRE | 1,5                |
|      | OCTUBRE    | 39                 |
|      | NOVIEMBRE  | 34,5               |

| AÑO       | MES        | RECARGOS NOCTURNOS |
|-----------|------------|--------------------|
| 2018      | ENERO      | 39                 |
|           | FEBRERO    | 25,5               |
|           | MARZO      | 31,5               |
|           | ABRIL      | 34,5               |
|           | MAYO       | 30                 |
|           | JUNIO      | 34,5               |
|           | JULIO      | 31,5               |
|           | AGOSTO     | 33                 |
|           | SEPTIEMBRE | 3                  |
|           | OCTUBRE    | 34,5               |
| NOVIEMBRE | 30         |                    |

|  |              |            |
|--|--------------|------------|
|  | DICIEMBRE    | 34,5       |
|  | <b>TOTAL</b> | <b>345</b> |

|  |              |              |
|--|--------------|--------------|
|  | DICIEMBRE    | 28,5         |
|  | <b>TOTAL</b> | <b>355,5</b> |

| AÑO  | MES          | RECARGOS NOCTURNOS |
|------|--------------|--------------------|
| 2019 | ENERO        | 37,5               |
|      | FEBRERO      | 28,5               |
|      | <b>TOTAL</b> | <b>66</b>          |

Por su parte, de la certificación expedida el 25 de abril de 2019, por la doctora Sandra Patricia Galeano Camacho, Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa (E), así como de los desprendibles de nómina, se observa que la entidad demandada le pagó a la demandante por concepto de **recargos nocturnos** ordinarios, dominicales y festivos, las siguientes horas:

| AÑO       | MES          | NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS |
|-----------|--------------|---|
| 2013      | ENERO        | 0   |
|           | FEBRERO      | 27  |
|           | MARZO        | 31,5  |
|           | ABRIL        | 30  |
|           | MAYO         | 30  |
|           | JUNIO        | 34,5  |
|           | JULIO        | 33  |
|           |              | 1   |
|           | AGOSTO       | 36  |
|           | SEPTIEMBRE   | 36  |
|           | OCTUBRE      | 7,5   |
|           | NOVIEMBRE    | 34,5  |
| DICIEMBRE | 64,5         |   |
|           | <b>TOTAL</b> | <b>365,5</b>  |

| AÑO  | MES          | NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS |
|------|--------------|---|
| 2014 | ENERO        | 0   |
|      | FEBRERO      | 24  |
|      | MARZO        | 28,5  |
|      | ABRIL        | 34,5  |
|      | MAYO         | 34,5  |
|      | JUNIO        | 34,5  |
|      | JULIO        | 31,5  |
|      | AGOSTO       | 31,5  |
|      | SEPTIEMBRE   | 10,5  |
|      | OCTUBRE      | 33  |
|      | NOVIEMBRE    | 36  |
|      | DICIEMBRE    | 27  |
|      | 39           |   |
|      | <b>TOTAL</b> | <b>364,5</b>  |

| AÑO   | MES     | NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS |
|-------|---------|---|
| 2015  | ENERO   | 0   |
|       | FEBRERO | 34,5  |
|       | MARZO   | 33  |
|       | ABRIL   | 33  |
|       | MAYO    | 30  |
|       | JUNIO   | 34,5  |
|       |         | 1   |
| JULIO | 33      |   |

| AÑO    | MES     | NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS |
|--------|---------|---|
| 2016   | ENERO   | 0   |
|        | FEBRERO | 37,5  |
|        | MARZO   | 27  |
|        | ABRIL   | 33  |
|        | MAYO    | 36  |
|        | JUNIO   | 33  |
|        | JULIO   | 30  |
| AGOSTO | 33      |   |

|              |            |              |              |            |      |
|--------------|------------|--------------|--------------|------------|------|
|              | AGOSTO     | 34,5         |              | SEPTIEMBRE | 9    |
|              | SEPTIEMBRE | 33           |              | OCTUBRE    | 28,5 |
|              | OCTUBRE    | 6            |              | NOVIEMBRE  | 31,5 |
|              | NOVIEMBRE  | 34,5         |              | DICIEMBRE  | 31,5 |
|              | DICIEMBRE  | 33           |              |            | 34,5 |
| <b>TOTAL</b> | <b>373</b> | <b>TOTAL</b> | <b>364,5</b> |            |      |

| AÑO          | MES        | NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS | AÑO          | MES        | NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS |
|--------------|------------|---|--------------|------------|---|
| 2017         | ENERO      | 0   | 2018         | ENERO      | 0   |
|              | FEBRERO    | 33  |              | FEBRERO    | 39  |
|              | MARZO      | 30  |              | MARZO      | 1   |
|              | ABRIL      | 18  |              |            | 25,5  |
|              | MAYO       | 27  |              | ABRIL      | 31,5  |
|              | JUNIO      | 36  |              | MAYO       | 34,5  |
|              |            | 1   |              | JUNIO      | 30  |
|              | JULIO      | 37,5  |              | JULIO      | 34,5  |
|              | AGOSTO     | 31,5  |              | AGOSTO     | 31,5  |
|              | SEPTIEMBRE | 34,5  |              | SEPTIEMBRE | 33  |
|              | OCTUBRE    | 1,5   |              | OCTUBRE    | 3   |
|              | NOVIEMBRE  | 39  |              | NOVIEMBRE  | 34,5  |
| DICIEMBRE    | 34,5       | DICIEMBRE   | 30           |            |   |
|              | 34,5       |   | 37,5         |            |   |
| <b>TOTAL</b> | <b>358</b> | <b>TOTAL</b>  | <b>365,5</b> |            |   |

| AÑO          | MES     | NO. DE HORAS DE RECARGOS NOCTURNOS, DOMINICALES Y FESTIVOS CANCELADOS |
|--------------|---------|---|
| 2019         | ENERO   | 0   |
|              | FEBRERO | 37,5  |
|              | MARZO   | 28,5  |
| <b>TOTAL</b> |         | <b>66</b>   |

Como puede verse, la entidad demandada pagó un número de horas superior al que la demandante prestó sus servicios en jornada nocturna, esto es, **2257 horas**, cuando lo correcto era **2221.5 horas**, así:

| AÑO  | TOTAL RECARGOS NOTURNOS LABORADOS | TOTAL RECARGOS NOCTURNOS CANCELADOS |
|------|-----------------------------------|-------------------------------------|
| 2013 | 361,5                             | 365,5                               |
| 2014 | 360                               | 364,5                               |
| 2015 | 369                               | 373                                 |
| 2016 | 364,5                             | 364,5                               |

|              |               |             |
|--------------|---------------|-------------|
| <b>2017</b>  | 345           | 358         |
| <b>2018</b>  | 355,5         | 365,5       |
| <b>2019</b>  | 66            | 66          |
| <b>TOTAL</b> | <b>2221,5</b> | <b>2257</b> |

En ese sentido, se concluye que la entidad demanda no adeuda suma alguna a la demandante por el tiempo que prestó sus servicios en jornada nocturna, pues como quedó demostrado se cumplen a satisfacción los postulados contenidos en los artículos 34 y 35 del Decreto 1042 de 1978.

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

En cuanto a la compensación por cada dominical y festivo laborado, de las planillas y reportes diarios se advierte que, desde el 1 de enero de 2013 al 31 de marzo de 2019, la demandante trabajó los siguientes días:

| AÑO          | MES        | DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS |
|--------------|------------|---------------------------------------|
| 2013         | ENERO      | 1                                     |
|              | FEBRERO    | 2                                     |
|              | MARZO      | 4                                     |
|              | ABRIL      | 2                                     |
|              | MAYO       | 3                                     |
|              | JUNIO      | 5                                     |
|              | JULIO      | 3                                     |
|              | AGOSTO     | 4                                     |
|              | SEPTIEMBRE | 0                                     |
|              | OCTUBRE    | 3                                     |
|              | NOVIEMBRE  | 3                                     |
|              | DICIEMBRE  | 4                                     |
| <b>TOTAL</b> | <b>34</b>  |                                       |

| AÑO          | MES        | DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS |
|--------------|------------|---------------------------------------|
| 2014         | ENERO      | 2                                     |
|              | FEBRERO    | 1                                     |
|              | MARZO      | 2                                     |
|              | ABRIL      | 4                                     |
|              | MAYO       | 2                                     |
|              | JUNIO      | 6                                     |
|              | JULIO      | 1                                     |
|              | AGOSTO     | 2                                     |
|              | SEPTIEMBRE | 1                                     |
|              | OCTUBRE    | 3                                     |
|              | NOVIEMBRE  | 4                                     |
|              | DICIEMBRE  | 4                                     |
| <b>TOTAL</b> | <b>32</b>  |                                       |

| AÑO          | MES        | DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS |
|--------------|------------|---------------------------------------|
| 2015         | ENERO      | 3                                     |
|              | FEBRERO    | 2                                     |
|              | MARZO      | 2                                     |
|              | ABRIL      | 4                                     |
|              | MAYO       | 3                                     |
|              | JUNIO      | 5                                     |
|              | JULIO      | 2                                     |
|              | AGOSTO     | 4                                     |
|              | SEPTIEMBRE | 0                                     |
|              | OCTUBRE    | 3                                     |
|              | NOVIEMBRE  | 4                                     |
|              | DICIEMBRE  | 4                                     |
| <b>TOTAL</b> | <b>36</b>  |                                       |

| AÑO          | MES        | DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS |
|--------------|------------|---------------------------------------|
| 2016         | ENERO      | 3                                     |
|              | FEBRERO    | 2                                     |
|              | MARZO      | 4                                     |
|              | ABRIL      | 2                                     |
|              | MAYO       | 4                                     |
|              | JUNIO      | 3                                     |
|              | JULIO      | 4                                     |
|              | AGOSTO     | 1                                     |
|              | SEPTIEMBRE | 1                                     |
|              | OCTUBRE    | 4                                     |
|              | NOVIEMBRE  | 3                                     |
|              | DICIEMBRE  | 2                                     |
| <b>TOTAL</b> | <b>33</b>  |                                       |

| AÑO          | MES        | DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS | AÑO       | MES        | DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS |
|--------------|------------|---------------------------------------|-----------|------------|---------------------------------------|
| 2017         | ENERO      | 2                                     | 2018      | ENERO      | 3                                     |
|              | FEBRERO    | 2                                     |           | FEBRERO    | 2                                     |
|              | MARZO      | ---                                   |           | MARZO      | 4                                     |
|              | ABRIL      | 5                                     |           | ABRIL      | 3                                     |
|              | MAYO       | 3                                     |           | MAYO       | 3                                     |
|              | JUNIO      | 4                                     |           | JUNIO      | 4                                     |
|              | JULIO      | 3                                     |           | JULIO      | 3                                     |
|              | AGOSTO     | 4                                     |           | AGOSTO     | 4                                     |
|              | SEPTIEMBRE | 0                                     |           | SEPTIEMBRE | 1                                     |
|              | OCTUBRE    | 4                                     |           | OCTUBRE    | 3                                     |
|              | NOVIEMBRE  | 3                                     |           | NOVIEMBRE  | 3                                     |
|              | DICIEMBRE  | 4                                     |           | DICIEMBRE  | 3                                     |
| <b>TOTAL</b> | <b>34</b>  | <b>TOTAL</b>                          | <b>36</b> |            |                                       |

| AÑO          | MES     | DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS |
|--------------|---------|---------------------------------------|
| 2019         | ENERO   | 3                                     |
|              | FEBRERO | 2                                     |
| <b>TOTAL</b> |         | <b>5</b>                              |

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

| AÑO          | MES        | DÍAS COMPENSADOS | AÑO       | MES        | DÍAS COMPENSADOS |
|--------------|------------|------------------|-----------|------------|------------------|
| 2013         | ENERO      | 4                | 2014      | ENERO      | 5                |
|              | FEBRERO    | 2                |           | FEBRERO    | 2                |
|              | MARZO      | 5                |           | MARZO      | 2                |
|              | ABRIL      | 5                |           | ABRIL      | 2                |
|              | MAYO       | 3                |           | MAYO       | 2                |
|              | JUNIO      | 2                |           | JUNIO      | 3                |
|              | JULIO      | 2                |           | JULIO      | 4                |
|              | AGOSTO     | 2                |           | AGOSTO     | 1                |
|              | SEPTIEMBRE | 2                |           | SEPTIEMBRE | 2                |
|              | OCTUBRE    | 3                |           | OCTUBRE    | 2                |
|              | NOVIEMBRE  | 4                |           | NOVIEMBRE  | 6                |
|              | DICIEMBRE  | 2                |           | DICIEMBRE  | 0                |
| <b>TOTAL</b> | <b>36</b>  | <b>TOTAL</b>     | <b>31</b> |            |                  |

| AÑO        | MES     | DÍAS COMPENSADOS | AÑO  | MES     | DÍAS COMPENSADOS |
|------------|---------|------------------|------|---------|------------------|
| 2015       | ENERO   | 2                | 2016 | ENERO   | 0                |
|            | FEBRERO | 1                |      | FEBRERO | 6                |
|            | MARZO   | 3                |      | MARZO   | 4                |
|            | ABRIL   | 5                |      | ABRIL   | 0                |
|            | MAYO    | 2                |      | MAYO    | 4                |
|            | JUNIO   | 2                |      | JUNIO   | 4                |
|            | JULIO   | 3                |      | JULIO   | 3                |
|            | AGOSTO  | 3                |      | AGOSTO  | 4                |
| SEPTIEMBRE | 3       | SEPTIEMBRE       | 3    |         |                  |

|              |           |           |              |           |           |
|--------------|-----------|-----------|--------------|-----------|-----------|
|              | OCTUBRE   | 2         |              | OCTUBRE   | 4         |
|              | NOVIEMBRE | 3         |              | NOVIEMBRE | 4         |
|              | DICIEMBRE | 0         |              | DICIEMBRE | 2         |
| <b>TOTAL</b> |           | <b>29</b> | <b>TOTAL</b> |           | <b>38</b> |

| AÑO          | MES        | DÍAS COMPENSADOS | AÑO          | MES        | DÍAS COMPENSADOS |
|--------------|------------|------------------|--------------|------------|------------------|
| 2017         | ENERO      | 3                | 2018         | ENERO      | 0                |
|              | FEBRERO    | 0                |              | FEBRERO    | 3                |
|              | MARZO      | 0                |              | MARZO      | 4                |
|              | ABRIL      | 5                |              | ABRIL      | 2                |
|              | MAYO       | 2                |              | MAYO       | 6                |
|              | JUNIO      | 0                |              | JUNIO      | 1                |
|              | JULIO      | 4                |              | JULIO      | 4                |
|              | AGOSTO     | 3                |              | AGOSTO     | 4                |
|              | SEPTIEMBRE | 5                |              | SEPTIEMBRE | 4                |
|              | OCTUBRE    | 0                |              | OCTUBRE    | 3                |
|              | NOVIEMBRE  | 2                |              | NOVIEMBRE  | 5                |
|              | DICIEMBRE  | 2                |              | DICIEMBRE  | 1                |
| <b>TOTAL</b> |            | <b>26</b>        | <b>TOTAL</b> |            | <b>37</b>        |

| AÑO          | MES     | DÍAS COMPENSADOS |
|--------------|---------|------------------|
| 2019         | ENERO   | 1                |
|              | FEBRERO | 2                |
|              | MARZO   | 4                |
| <b>TOTAL</b> |         | <b>7</b>         |

En síntesis, tenemos que en el lapso comprendido entre los años 2013 y 2019, quedaron pendientes por compensar a la demandante **6 días**, así:

| AÑO          | DÍAS DOMINICALES Y FESTIVOS LABORADOS | DÍAS COMPENSADOS | TOTAL                                |
|--------------|---------------------------------------|------------------|--------------------------------------|
| 2013         | 34                                    | 36               | <b>DÍAS PENDIENTES POR COMPENSAR</b> |
| 2014         | 32                                    | 31               |                                      |
| 2015         | 36                                    | 29               |                                      |
| 2016         | 33                                    | 38               |                                      |
| 2017         | 34                                    | 26               |                                      |
| 2018         | 36                                    | 37               |                                      |
| 2019         | 5                                     | 7                |                                      |
| <b>TOTAL</b> | <b>210</b>                            | <b>204</b>       | <b>6</b>                             |

Así las cosas, pese a quedaron **6 días** pendientes por compensar por el tiempo que la demandante desarrolló su labor en días denominados de descanso, lo cierto es que, según las planillas de turno incorporadas al expediente, en la semana que ejecutó su labor un dominical o festivos, siempre **gozó de un día de descanso obligatorio**, de modo que, la entidad demandada cumplió a cabalidad lo dispuesto en los artículos 35 y 39 del Decreto 1042 de 1978.

Ahora bien, se aduce en el libelo demandatorio que la entidad demandada no le reconoció a la actora en su integridad, las prestaciones salariales, sociales y de parafiscalidad a las que le asistía derecho por prestar sus servicios en días denominados de descanso y en jornada nocturna, de forma que, solicita su **reajuste por la remuneración que percibió** y por las diferencias que se causen a su favor.

En ese sentido, dado que las pretensiones de la demanda orientadas al reconocimiento y pago de los recargos nocturnos, en días dominicales y festivos y de compensatorios deben negarse, al quedar demostrado que a la señora Dunia Simancas Moreno le fue cancelada en su totalidad la remuneración por ejercer su labor en el Hospital Militar Central; amén, que le fueron otorgados los días de descanso obligatorio, el Despacho solamente centrará el estudio del reajuste de las prestaciones salariales, sociales y de parafiscalidad pretendido, frente a lo que **devengó** por dichos conceptos y a la incidencia que podrían tener en los aportes al Sistema General de Seguridad Social.

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

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

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

Así las cosas, es importante precisar que el Hospital Militar Central es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía

administrativa y patrimonio independiente **adscrito al Ministerio de Defensa Nacional**, de conformidad con la norma que define su naturaleza jurídica contenida en el artículo 40 de la Ley 352 de 1997 “*Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*”, así:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese sentido, dado que a la fecha el Gobierno Nacional no ha expedido en materia salarial una disposición diferente a la contenida en el **Decreto 2701**

**de 1988**, la cual determina los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales que presten sus servicios en el Hospital Militar Central, se concluye que frente a este aspecto la demandante se rige por la normatividad especial, debido a la vinculación que ostenta en la entidad, cuerpo normativo que debe aplicarse de manera íntegra, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones, pues no es dable tomar lo más favorable de este y utilizar disposiciones jurídicas contenidas en un régimen distinto.

Ahora bien, de la certificación expedida el 25 de abril de 2019, por la Unidad de Seguridad y Defensa de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, se evidencia que la demandante por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2013 y el 30 de marzo de 2019, devengó los siguientes factores salariales: subsidio de alimentación, bonificación por servicios prestados, bonificación especial de recreación y las primas de servicio, vacaciones y navidad, así como **recargos nocturnos, dominicales y festivos**, aspecto que fue ampliamente debatido en el acápite anterior.

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

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

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

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

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

**“ARTÍCULO 69. BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS.** *Cada vez que los empleados públicos y trabajadores oficiales cumplan un año*

*continuo de prestar sus servicios en un mismo organismo, tienen derecho al reconocimiento de una bonificación por servicios prestados, cuyo pago se efectuará en los términos y porcentajes que se establezcan para los demás empleados y trabajadores de la Administración Pública Nacional”.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “C”, en sentencia del 2 de febrero de 2006<sup>7</sup>, sostuvo:

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

En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”<sup>8</sup>, mediante sentencia del 24 de mayo de 2018, señaló:

“(…)  
Así las cosas, se tiene que como la demandante trabajó para el Hospital Militar Central, el régimen que le es aplicable es el establecido en el Decreto 2701 de 1988 «Por el cual se reforma el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional».  
Ahora bien, la parte actora solicita se reajuste la liquidación de las cesantías retroactivas reconocidas con la inclusión como factores salariales los recargos nocturnos y los dominicales y festivos devengados, sobre este aspecto, el H. Consejo de Estado, con el objeto de precisar los factores que se han de tener en cuenta para liquidar las prestaciones económicas y sociales reconocidas bajo el régimen especial del Decreto 2701 de 1988, dijo:  
«Por su parte, el artículo 53 a que alude la norma citada, identifica los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación:

(…)

<sup>7</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “C”, CP. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, expediente No. 25000-23-25-000-1998-05343-01(1151-05), actor: Néstor Moreno Sánchez, demandado: Hospital Militar Central.

<sup>8</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”, M. P. Dr. Luis Gilberto Ortegón Ortegón, expediente No. 11001 3335 023 2015 00476 01, demandante: Blanca Cecilia Medina Rodríguez, demandado Hospital Militar Central.

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

(...).

En el mismo sentido el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo<sup>9</sup>, consideró:

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

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

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

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

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

(...)

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

Bajo los anteriores criterios jurisprudenciales, es claro que el régimen contenido en el Decreto 2701 de 1988, señala de forma taxativa los factores que se deben tener en cuenta para liquidar las prestaciones sociales de los

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Radicación número: 1073-09, de diecisiete (17) de junio de dos mil diez (2010), Consejero Ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

empleados públicos y trabajadores oficiales del centro hospitalario demandado, sin que dentro de ellos se encuentren los recargos por trabajo extra, diurno o nocturno, dominicales y festivos, cuya inclusión pretende la demandante en la presente controversia, contrariando el principio de inescindibilidad normativa, razón suficiente para denegar las súplicas de la demanda, frente a este aspecto.

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

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

No obstante, toda vez que su fecha de nacimiento fue el **24 de diciembre de 1979**, tal como colige de su cédula de ciudadanía y su vinculación en el centro hospitalario data del **11 de julio de 2011**, según lo certificado por la Jefe de la Unidad de Talento Humano, no es beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36<sup>10</sup> de la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, pues a la entrada en vigencia de la citada ley no tenía 15 años de servicio o 35 años de edad, razón por la cual **en materia pensional se rige por las disposiciones contenidas en la citada Ley 100 y en el Decreto 1158 de 1994**, preceptiva esta última que dispone los factores base de liquidación pensional, así:

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

*"Base de cotización".*

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

---

<sup>10</sup> *“ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.*

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

constituido por los siguientes factores:

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

De la normatividad en cita, se desprende que los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos que laboró la señora Dunia Simancas Moreno, forman parte de la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social<sup>11</sup> y según lo señalado en la certificación suscrita el 25 de abril de 2019, por la doctora Sandra Patricia Galeano Camacho, Jefe de la Unidad de Seguridad y Defensa (E), el Hospital Militar Central realiza los aportes al referido sistema, por tales conceptos, desde el mes de **abril de 2018**, en virtud de lo consagrado en el Decreto 1158 de 1994, al sostener:

“(…)

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

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

- 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 y 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;

Se expide esta certificación por solicitud del señor Ricardo Escudero, Abogado Externo.

(…)”.

<sup>11</sup> “ARTÍCULO 204. MONTO Y DISTRIBUCIÓN DE LAS COTIZACIONES

(…)

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

Ahora bien, en la Certificación expedida el 16 de junio de 2021, por la doctora María Andrea Grillo Roa, Jefe de la Unidad de Talento Humano, se certificó el horario laboral de la actora, señalando lo siguiente:

“(..)

Que en los archivos del Hospital Militar Central, se encuentra registrada la siguiente información laboral:

|                          |                                    |
|--------------------------|------------------------------------|
| APELLIDOS Y NOMBRES      | Simancas Moreno Dunia Paola        |
| CÉDULA DE CIUDADANÍA     | N°30.894.196 de Arjona ( Bolivar ) |
| FECHA DE INGRESO         | 11 de Julio del 2011               |
| LABORA ACTUALMENTE       | Si                                 |
| CARGO QUE DESEMPEÑA      | Auxiliar de Servicios 6-1 33       |
| MODALIDAD DE VINCULACION | EMPLEADO PÚBLICO                   |

Que de acuerdo con las Planillas de Turnos de Enfermería, la señora Dunia, cumple con el turno de la Tarde: de las 13:30 a las 19:30 horas de lunes a viernes y Turno de Fin de Semana: Rotativo, de las 07:00 a las 19:30 horas, con una hora de almuerzo.

(..)”

En ese sentido, dado que la demandante tomó posesión del cargo de Auxiliar de Servicios, Código 6-1, Grado 33, el **11 de julio de 2011**, le asiste el derecho a que los aportes al Sistema General de Seguridad Social, sean liquidados con la inclusión de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos que laboró y que fueron sufragados por la entidad demandada, lo que conlleva a que se ordene su reajuste a partir del **11 de julio de 2011 hasta el 31 de marzo de 2018**, pues desde el día siguiente se incluyeron al momento de efectuar los referidos aportes.

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

Al respecto, basta mencionar que en el **Oficio No. E-00022-2018004589 del 25 de mayo de 2018**, la entidad demandada señaló que el centro hospitalario al momento de liquidar los aportes parafiscales incluyó los recargos nocturnos, dominicales y/o festivos, dando aplicación a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 y al parágrafo 1 del artículo 1 de la Ley 89 de 1988.

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

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

En lo concerniente al pago de los intereses establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010<sup>12</sup>, señaló:

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

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

#### **5.4. Prescripción de los aportes al sistema de seguridad social.**

Frente a los aportes al Sistema de Seguridad Social, se precisa que debido a que repercuten en el derecho a devengar una pensión acorde a la realidad laboral, estos son **imprescriptibles**<sup>13</sup>; sin embargo, el apoderado de la entidad demandada, al momento de alegar de conclusión, manifiesta que debe darse aplicación a la prescripción que se predica de las contribuciones parafiscales, en virtud de la sentencia proferida el 26 de marzo de 2009, por el H. Consejo de Estado que se ocupó de citar.

Al respecto, vale la pena aclarar que mientras el derecho pensional **esté en formación**, la acción para reclamar los aportes al Sistema de Seguridad Social no se extingue por el transcurso del tiempo, pues, precisamente, a partir del momento en que se consolida el reconocimiento de la prestación es que se hace exigible<sup>14</sup>, caso que no se presenta en el *sub examine* y, por ende, no es dable

<sup>12</sup> Sección Segunda- Subsección “B” M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación: 08001-23-31-000-2007-00732-01 (2734-08)

<sup>13</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, sentencia del veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, demandante: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Municipio De Ciénaga De Oro (Córdoba)

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

dar aplicación al Estatuto Tributario, razón por la cual, **no tiene vocación de prosperidad la excepción de prescripción** propuesta por el apoderado del Hospital Militar Central.

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

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

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO.-** Declarar la nulidad parcial de los **Oficios Nos. E-00022-2018004589 del 25 de mayo de 2018 y E-00022-2018007283 del 17 de agosto de la misma anualidad**, en lo atinente a la negativa de la entidad demandada a realizar los aportes al Sistema General de Seguridad Social, por concepto de recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos laborados y pagados a la demandante.

**SEGUNDO.-** Declarar **NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por el apoderado del Hospital Militar Central, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

**TERCERO.-** A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al HOSPITAL MILITAR CENTRAL que **EFFECTÚE** los aportes al Sistema General de Seguridad Social, a favor de la señora DUNIA SIMANCAS MORENO, identificada con cédula de ciudadanía No. 30.894.196 de Arjona, con la inclusión de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos en que prestó sus servicios, a partir del **11 de julio de 2011 hasta el 31 de marzo de 2018**.

**CUARTO.-** CONDENAR al HOSPITAL MILITAR CENTRAL a **EFFECTUAR** los aportes al Sistema General de Seguridad Social, a favor de la señora DUNIA

SIMANCAS MORENO, identificada con cédula de ciudadanía No. 30.894.196 de Arjona, con los reajustes anuales de ley; sumas éstas que deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de aportar por concepto de los recargos nocturnos ordinarios, dominicales y festivos devengados por la demandante, por el periodo comprendido entre el **11 de julio de 2011 y el 31 de marzo de 2018**, 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 aporte de cada mensualidad y así sucesivamente.

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

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

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

**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 *ibidem*.

**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 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<br>BOGOTÁ D.C.<br>Notificación por estado  |
| La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 001, de<br>hoy 28 de enero de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.              |
| <br>LAURA MARCELA DOLÓN CARACHO<br>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:

**3c3331ffa15913a38bfd9426cd66ec20eccc5be0e73672c9ba60b74edbc08**  
**8be**

Documento generado en 27/01/2022 10:03:34 AM

**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., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-2019-00238-00

**Demandante: SANDRA PATRICIA MARTÍNEZ CASTILLO, EN NOMBRE PROPIO Y EN REPRESENTACIÓN DE LA MENOR MARÍA CAMILA PUELLO MARTÍNEZ**

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL

Asunto: SENTENCIA

---

La señora **SANDRA PATRICIA MARTÍNEZ CASTILLO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 22.466.790, actuando EN NOMBRE PROPIO Y EN REPRESENTACIÓN DE LA MENOR **MARÍA CAMILA PUELLO MARTÍNEZ**, por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1 PRETENSIONES**

Pretende la demandante que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

**i)** Resolución No. 0654 del 23 de julio de 2018, expedida por el Comandante de la Armada Nacional, por medio de la cual se ordenó el retiro del servicio activo al suboficial segundo Camilo Andrés Puello Tapia (Q.E.P.D.), por “*muerte en simple actividad*”.

**ii)** Resolución No. 4158 del 5 de octubre de 2018, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, a través de la cual se reconoció y ordenó

el pago de una pensión de sobrevivientes, con fundamento en la misma causal.

**iii)** Resoluciones Nos. 1781 del 15 de noviembre, 1707 del 22 de noviembre y 1942 del 24 de diciembre, todas de 2018, expedidas por el Director de Prestaciones Sociales de la Arma Nacional y el Jefe de Formación, Instrucción y Educación Naval encargado de las funciones de la Jefatura de Desarrollo Humano y Familia de dicha fuerza, a través de las cuales se reconoció y ordenó el pago de compensación por muerte, las cesantías definitivas, con fundamento en el deceso del señor Camilo Andrés Puello Tapia “en simple actividad” y se rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1707 del 22 de noviembre de 2018, *respectivamente*.

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

i) Declarar que administrativamente el deceso del suboficial segundo Camilo Andrés Puello Tapia se produjo “*en combate o como consecuencia de la acción del enemigo*”.

ii) Ordenar el ascenso póstumo al grado de suboficial primero, conforme lo establece el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

iii) Ordenar el retiro del señor Puello Tapia motivado en la causal de muerte “*en combate o como consecuencia de la acción del enemigo*” y con el grado póstumo correspondiente.

iv) Reconocer una pensión de sobreviviente, la compensación por muerte y las cesantías definitivas a la actora, teniendo en cuenta el deceso del señor Camilo Andrés Puello Tapia “*en combate o como consecuencia de la acción del enemigo*”, de conformidad con lo señalado en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

v) Actualizar las sumas reconocidas, de acuerdo a las mesadas y demás prestaciones dejadas de pagar, con los factores salariales

correspondientes y el interés legal máximo permitido, desde el 20 de marzo de 2018.

vi) Pagar los intereses e indexación que en derecho correspondan, respecto de los actos administrativos que reconocen prestaciones sociales, desde la fecha de fallecimiento del señor Camilo Andrés Puello Tapia.

vii) Liquidar los interés moratorios desde la ejecutoria de la sentencia hasta que se verifique su efectivo pago, de conformidad con lo señalado en la Ley 1437 de 2012.

viii) Pagar los daños morales, que se generaron a causa del desconocimiento y trato no digno recibido por la actora como beneficiaria, por la muerte de su esposo, señalándose que fue en simple actividad y no en combate o como consecuencia de acción del enemigo.

ix) Condenar en costas procesales y agencias en derecho a la entidad demandada.

## **1.2. HECHOS**

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

**1.2.1.** Que el señor Camilo Andrés Puello Tapia, ingresó a las filas de la Armada Nacional en el mes de enero de 2003, en la Escuela de formación de Infantería de Marina con el propósito de ser suboficial de la Armada Nacional.

**1.2.2.** Que el 18 de diciembre de 2003, mediante acto administrativo RESCA No. 766 ascendió al grado de Cabo Tercero, ingresando así al escalafón de suboficial.

**1.2.3.** Que durante el servicio, fue trasladado mediante OAP307 del 1 de junio de 2005 a las instalaciones del Batallón de Asalto Fluvial No. 2 con sede en puerto Leguizamo Putumayo.

**1.2.4.** Que para el 8 de noviembre de 2005, el señor Puello Tapia en su grado de Cabo Segundo de Infantería de Marina, era orgánico del grupo especial de la compañía Águila, miembro del grupo Jordan, el cual se encontraba en desarrollo de la operación militar denominada Olympus tendiente a restablecer el orden público, en el área general de la carpa Guaviare, sector del caño El carbón, al margen del río Guaviare.

**1.2.5.** Que en dicho lugar, el señor Camilo Andrés Puello Tapia entró en combate contra el frente séptimo de la ONT – FARC sufriendo herida por proyectil de alta velocidad i) en pierna izquierda, causándole una pérdida de 21cm aproximada de hueso, ii) en el parietal izquierdo provocándole trauma craneo encefálico severo, iii) mejilla y oreja derecha y iv) fractura a la altura del pecho.

**1.2.6.** Que por lo anterior, se elaboró un informe administrativo por lesiones siendo calificadas las afecciones en el literal “c”, es decir en el servicio como consecuencia del combate o en accidente relacionado con el mismo o por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional.

**1.2.7.** Que el 4 de enero de enero de 2008, en la Notaria Sexta del Círculo de Barranquilla la actora contrajo matrimonio civil con el señor Camilo Andrés Puello Tapia, unión de la que nació el 30 de noviembre de 2010, la niña María Camila Puello Martínez, tal como evidencia en el registro civil No. 50634941.

**1.2.8.** Que en el examen de aptitud psicofísica registrado en la ficha médico odontológica para la Junta Médica Laboral Militar, se evidencia las novedades que originaron el deceso del mencionado señor, siendo ascendido al grado de Sargento Segundo como última unidad administrativa.

**1.2.9.** Que el 16 de enero de 2018, el señor Camilo Andrés Puello Tapia ingresó al servicio de urgencias por cefalea intensa asociada a síndrome febril con pérdida del estado de conciencia, siendo diagnosticado con choque séptico asociado a meningitis bacteriana con absceso cerebral y ventriculitis poliseptada con pronóstico reservado, falleciendo el 20 de marzo de 2018.

**1.2.10.** Que como resultado de los exámenes realizados se expidió el informe pericial de necropsia, en el cual se determinó que la causa básica de la muerte fue *“Choque séptico secundario o meningitis bacteriana como complicación de herida por arma de fuego”*.

**1.2.11.** Que en el informe administrativo por muerte No. 095590 del 20 de marzo de 2018, expedido por el Director del Centro de Medicina Naval se calificó las circunstancias del fallecimiento del señor Camilo Andrés Puello Tapia como *“muerte en simple actividad”*, desconociendo las conclusiones emanadas en el reporte dado por el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses y la Historia Clínica del Hospital Militar Central.

**1.2.12.** Que el informe administrativo por muerte fue expedido por el Director del Centro de Medicina Naval, esto es, suscrito por un funcionario sin competencia, ya que el artículo 192 del Decreto 1211 de 1990, así lo prescribe.

**1.2.13.** Que mediante petición radicada el 13 de agosto de 2018, ante la Dirección del Centro de Medicina Naval, se solicitó la revocatoria directa del informe administrativo por muerte del señor Camilo Andrés Puello Tapia, al haberse consignado que fue en simple actividad, para que en su lugar se modificara por deceso en combate.

**1.2.14.** Que como respuesta a lo anterior, el Director del Centro de Medicina, a través del oficio No. 20180423640356481 del 28 de agosto de 2018, emitió respuesta señalando que no tenía competencia y por tanto remitió la propuesta al Ministro de Defensa Nacional.

**1.2.15.** Que con oficio No. 20180421261465523 del 24 de octubre de 2018, el Jefe de Formación Instrucción y Educación Naval Encargado, requirió al Director Centro de Medicina Naval con el objeto de que allegara un informe donde ampliara la situación fáctica de los documentos tenidos en cuenta para determinar que las circunstancias de modo, tiempo y lugar del fallecimiento del señor Camilo Andrés Puello Tapia corresponde a simple actividad y no a muerte en combate o como consecuencia de acción del enemigo.

**1.2.16.** Que con Oficio No. 20180421261731673 del 27 de noviembre de 2018, se envió un documento denominado “*Concepto modificación informe administrativo por muerte*” a la Coordinadora Grupo Negocios Generales de la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional; no obstante, no se dio respuesta a lo solicitado anteriormente.

**1.2.17.** Que a través de la Resolución No. 4158 del 5 octubre de 2018, el Ministerio de Defensa Nacional reconoció y ordenó el pago de una pensión de sobreviviente a la actora por muerte en simple actividad del señor Camilo Andrés Puello Tapia.

**1.2.18.** Que mediante la Resolución No. 0654 del 23 de julio de 2018, se ordenó el retiro del servicio activo del mencionado señor por muerte en simple actividad.

**1.2.19.** Que a través de las Resoluciones Nos. 1781 del 15 de noviembre, 1707 del 22 de noviembre y 1942 del 24 de diciembre, todas de 2018, expedidas por el Director de Prestaciones Sociales de la Armada Nacional y el Jefe de Formación, Instrucción y Educación Naval encargado de las funciones de la Jefatura de Desarrollo Humano y Familia de la Armada Nacional se reconoció a la actora los pagos de compensación por muerte, cesantías definitivas y se rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1707 del 22 de noviembre de 2018.

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

La parte actora estima desconocidos los artículos 2, 13.29, 48, 53, 83, 220, constitucionales, los literales a), b) y c) del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990 y el artículo 19 del Decreto 4433 de 2004.

Sostiene que en el régimen especial el legislador quiso diferenciar momentos prestacionales dependiendo de cómo se origina el deceso de un militar activo, identificando tres situaciones: la primera, en simple actividad, la segunda, en actos de combate o como consecuencia de la acción del enemigo y la tercera, en misión.

Manifiesta que determinar el momento del deceso del militar cobra relevancia para la correspondiente compensación por muerte, pensión de sobreviviente y cesantías definitivas, pues de ello depende el monto de dichos aspectos.

Refiere que las prestaciones por muerte en actividad en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, conllevan al ascenso en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo en su grado, además sus beneficiarios tendrán derecho a que el tesoro público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a 4 años de los haberes correspondientes al grado conferido, al pago de la cesantía por el tiempo de servicio y si cumplió 12 o más años de servicios, al pago de una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro.

Agregó que de conformidad con el artículo 19 del Decreto 4433 de 2004, el porcentaje de la pensión de sobreviviente por muerte en combate del militar como consecuencia de la acción del enemigo bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público es del 50% de las partidas computables para la asignación de retiro en el grado conferido póstumamente cuando el

causante tuviere 15 años de servicio y se incrementará en un 4% adicional por cada año, sin sobrepasar el 85%.

Aduce que los actos administrativos demandados reconocieron dichas prestaciones en una cuantía menor, afectando con ello el patrimonio de las beneficiarias, incurriéndose en falsa motivación y desviación de la realidad de los hechos que conllevaron al fallecimiento del señor Puello Tapia, equivocándose el Ministerio de Defensa Nacional en la calificación administrativa de cómo ocurrió su muerte.

Afirma que el informe administrativo por muerte fue suscrito por un funcionario que carecía de competencia para ello y alejado de todo el acervo probatorio, esto es, el trauma cráneo encefálico que padeció el mencionado señor, por el impacto de un proyectil de arma de fuego el 8 de noviembre de 2005, en la Carpa Gaviare, sector de Caño El Carbón, durante un combate sostenido con el frente séptimo de la ONT –FARC.

Aduce que el hecho de haber sido herido en combate y precisamente en el cráneo y en otras partes del cuerpo, conllevó a que el aludido militar tuviera con posterioridad padecimientos, existiendo conexidad entre dicho enfrentamiento y el deterioro de su salud que conllevó a su muerte.

Argumenta que lo anterior se corrobora en la historia clínica y en el examen médico forense, en los que se evidencia que tenía una patología traumática de base, esto es, herida con arma de fuego en cráneo desde el año 2005, desencadenándole las patologías de epilepsia, ventriculitis y meningitis, las cuales persistieron en el tiempo.

Manifiesta que si bien el deceso por ataque del enemigo no cumple con el requisito de inmediatez, siendo posterior, ello no le resta el carácter de consecencial, como lo determinó la prueba pericial, al señalar el forense “*Manera de muerte: violenta -homicidio*”, existiendo una conexión con lo que administrativamente se denomina “*muerte como consecuencia del combate*”, siendo totalmente equivocado que la entidad

demandada señale en el informe administrativo que murió en simple actividad.

Por último, sostiene que el daño moral se fundamenta en que al no reconocerse la muerte en combate del señor Puello Tapia y catalogarla como en simple actividad se desconoce el dolor, el sacrificio y la sangre derramada por aquél, aunado a que se le niega a su familia el derecho a recibir los honores militares y prebendas del reconocimiento público que eso genera.

### **III. CONTESTACION**

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **20 de febrero de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso las siguientes razones de defensa.

Señaló que la entidad que representa no ha incurrido en violación a normas de rango constitucional ni legal, ni se dan los presupuestos del artículo 90 de la Constitución Política, razón por la cual su actuación está ajustada a derecho.

Manifiesta que en el presente caso no le asiste razón a la parte actora al señalar que las resoluciones demandadas deben ser declaradas nulas, por infringir las normas de carácter constitucional y legal, pues de conformidad con el artículo 191 del Decreto 1211 de 1990, lo deprecado en la presente demanda no tiene vocación de prosperidad, pues el señor Camilo Andrés Puello Tapia, el día de su muerte se encontraba en disfrute de vacaciones, luego los hechos ocurrieron en simple actividad.

Argumenta que de lo narrado en la demanda se evidencia que el mencionado señor padeció heridas en combate en el año 2005, recibiendo los tratamientos médicos que requirió y disfrutando de un estado de salud aceptable, pues falleció 13 años después, logrando luego de ese suceso, tener una vida normal, continuando en servicio

activo, se casó y tuvo una hija, por lo que no se puede endilgar su muerte a las heridas en combate que sufrió en dicho año; por lo tanto, no están acreditadas las condiciones que pretende hacer valer la parte actora para que sean incrementados los montos de pensión, cesantías e indemnización por muerte ya reconocidos.

De otra parte, propuso la excepción de “***inexistencia de la obligación***” en la que indicó que a la demandante y a su hija menor les fue reconocida la pensión de sobrevivientes, a través de la Resolución No. 4158 del 5 de octubre, la compensación por muerte, por medio de la Resolución No. 1781 del 15 de noviembre y las cesantías definitivas mediante la Resolución No. 1707 del 22 de noviembre, todas de 2018, cumpliéndose así con todas las obligaciones frente al fallecimiento del señor Camilo Andrés Cuello Tapia.

Igualmente, propuso la excepción de “***IMPOSIBILIDAD DE DECLARATORIA DE NULO DEL INFORME ADMINISTRATIVO POR MUERTE***”, la cual fue resuelta mediante auto del 18 de marzo de 2021, denegándose su prosperidad.

#### **IV. ALEGATOS**

##### **4.1. Parte Demandante**

El apoderado de la parte actora mediante escrito allegado el **26 de octubre de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que los actos demandados no guardan coherencia con la realidad fáctica, configurándose una falsa motivación desde el informe administrativo suscrito por la entidad demandada, consignándose que la causa de la muerte del señor Camilo Andrés Puello Tapia (Q.E.P.D), fue enfermedad común, desconociéndose de manera deliberada lo revelado en el informe técnico pericial emitido por el Instituto de Médica Legal y Ciencias Forenses No. 2018010111001000860.

Señala que los actos administrativos demandados afectan gravemente la situación económica de la actora, pues está dejando de percibir el monto que le corresponde en la pensión que le fue reconocida por el fallecimiento de su esposo, teniendo en cuenta que cuando un militar muere en combate, por causa del enemigo, es ascendido de manera póstuma.

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

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado el **4 de junio de 2021**, allegado vía correo electrónico, presentó anticipadamente escrito de alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que en el presente caso se configuró la excepción de inexistencia de la obligación, ya que a la demandante y a su hija menor les fue reconocida la pensión de sobrevivientes, la compensación por muerte y las cesantías definitivas a través de los actos demandados en la presente controversia, cumpliéndose así con todas las obligaciones frente al fallecimiento del señor Camilo Andrés Cuello Tapia.

#### **4.3. Ministerio Público**

Se advierte que la señora Procuradora Delegada ante el Despacho no rindió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES**

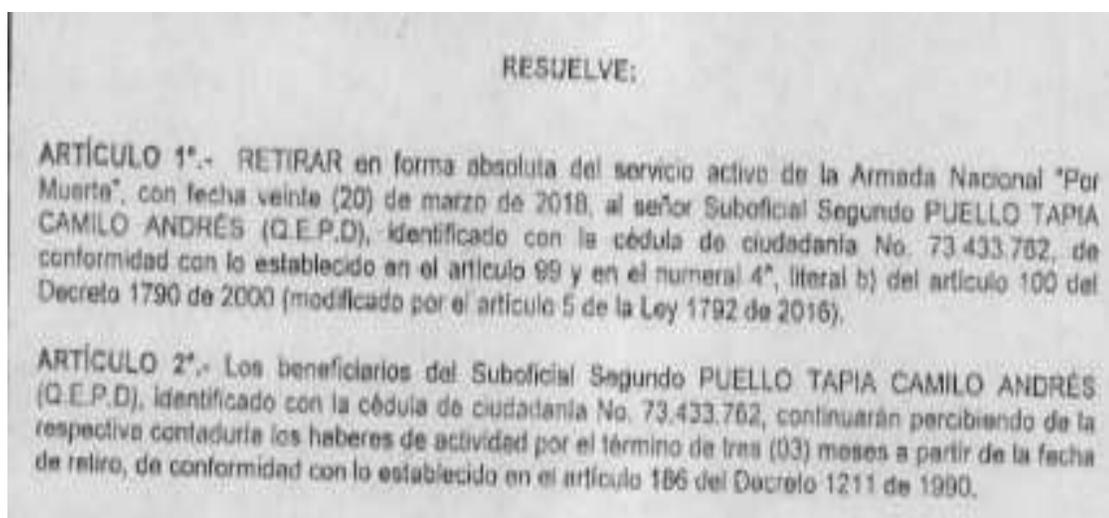
Frente a la excepción de **inexistencia de la obligación** este Despacho considera que tal argumento no solo se opone las pretensiones de la demanda sino que además tiene a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituye excepción de mérito que impida al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada 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. 0654 del 23 de julio de 2018**, por medio de la cual el Comandante de la Armada Nacional ordenó el retiro de forma absoluta del servicio activo al suboficial segundo Camilo Andrés Puello Tapia, desde el 20 de marzo de 2018, de conformidad con lo establecido en el artículo 99 y el numeral 4° literal b) del artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, (modificado por el artículo 5° de la Ley 1792 de 2016, así:

“(…)



“(…)

**5.2.2. Resolución No. 4158 del 5 de octubre de 2018**, a través de la cual la Directora Administrativa y la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional reconocieron a partir del 20 de marzo de 2018, la pensión de sobrevivientes consolidada por el deceso del Suboficial Segundo de la Arma Nacional Camilo Andrés Puello Tapia, a favor de la señora Sandra Patricia Martínez Castillo, en calidad de cónyuge y de la menor María Camila Puello Martínez, en calidad de hija del causante sobre el 58% de las partidas correspondientes.

**5.2.3.** Resolución No. 1781 del 15 de noviembre de 2018, por la cual la Dirección de Prestaciones Sociales de la Armada Nacional reconoció y ordenó el pago de una Compensación por muerte a la actora y a su menor hija, por el fallecimiento del señor Camilo Andrés Puello Tapia en simple actividad.

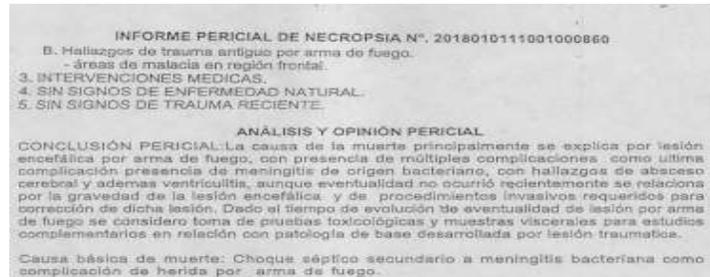
**5.2.3.** Resolución No. 707 del 22 de noviembre de 2018, por la cual la Dirección de Prestaciones Sociales de la Armada Nacional reconoció y ordenó el pago de la cesantía definitiva a la demandante y a su hija, con fundamento en el expediente 4-73433762 de 2018, por muerte en simple actividad del señor Camilo Andrés Puello Tapia.

**5.2.4.** Recurso de reposición interpuesto por la parte actora el 6 de diciembre de 2018, contra la anterior Resolución.

**5.2.5.** Resolución No. 1942 del 24 de diciembre de 2018, a través de la cual el Director de Prestaciones Sociales y el Jefe de Formación, Instrucción y Educación Naval Encargado de las Funciones de la Jefatura de Desarrollo Humano y Familia de la Armada Nacional rechazaron el aludido recurso por extemporáneo.

**5.2.6.** Historia Clínica del señor Camilo Andrés Puello Tapia (Q.E.P.D.)

**5.2.7.** Informe Pericial de Necropsia No. 2018010111001000860, expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal, en el que quedó consignado, lo siguiente:



**5.2.8.** Informe Administrativo por Lesiones expedido por el Capitán de Corbeta Mario Escobar Echeverry de la Unidad de Tarea Fluvial del Guaviare, en el que consta los hechos acaecidos el **8 de noviembre de 2005**, cuando el señor Camilo Andrés Puello Tapia se encontraba en desarrollo de una misión táctica que consistía en efectuar vigilancia interdicción y seguridad sobre el área General de la Carpa del Guaviare, sector Caño Carbón entró en contacto con el frente 7° de la ONT FARC donde sufrió heridas ocasionadas por arma de fuego de largo alcance a la altura de la pierna izquierda sector tibia y peroné y trauma leve en el cráneo sector frontal, determinándose que las lesiones acaecieron en el servicio por causa de heridas en combate, como consecuencia de la acción directa del enemigo en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento el orden público.

**5.2.9.** Registro Civil de Matrimonio No. 4326912, celebrado entre la señora Sandra Patricia Martínez Castillo y el señor Camilo Andrés Puello Tapia (Q.E.P.D.)

**5.2.10.** Registro Civil de Nacimiento de la menor María Camila Puello Martínez.

**5.2.11.** Registro Civil de defunción No. 09559015, correspondiente al señor Camilo Andrés Puello Tapia.

**5.2.12.** Informe Administrativo por Muerte No. 095590 del 20 de marzo de 2018, expedido por el Director de Comando Unidad y el Director Jefe Inmediato del Centro de Medicina Naval de la Armada Nacional, en el que se consignó lo siguiente:

**INFORME ADMINISTRATIVO POR MUERTE**

BOGOTÁ, D.C., March 20 de 2018

NUMERO: 095590

GRADO Y NOMBRE DEL FALLECIDO: S2 MI NIN PUELLO TAPIA CAMILO ANDRES  
CÉDULA DE CIUDADANIA: 73433762 EL CARMEN DE BOLIVAR  
LUGAR Y FECHA DE LOS HECHOS: BOGOTÁ, D.C., 20 de March de 2018

**CENTRO DE MEDICINA NAVAL**

**DESCRIPCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE FALLECIO**  
(Descripción de sus hechos, indicando circunstancias de tiempo, modo y lugar)

INFORMACION TOMADA DE LA HISTORIA CLINICA - HOMIC, DEL SEÑOR S2. PUELLO TAPIA CAMILO ANDRES (Q.E.P.D), EL DIA 26 ENERO 2016 HORA 18:02, INGRESA AL HOSPITAL MILITAR CENTRAL POR PRESENTAR MULTIPLES PATOLOGIAS Y PACIENTE FALLECE EL DIA 20 MARZO 2016 HORA 21:50, POR EL DIAGNOSTICO DE CHOQUE SEPTICO POR MENINGITIS BACTERIANA AGUDA, SECUNDARIA A SECUELAS DE EVENTO DE TRAUMA CRANEO ENCEFALICO POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO EN AÑO 2005, FIRMA LA HISTORIA CLINICA LA DOCTORA GARCIA ACEVEDO MARIA TERESA REGISTRO PROFESIONAL N° 52701382 UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS HOMIC.

**CALIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS**

LAS CIRCUNSTANCIAS EN LAS QUE SE PRESENTO LA MUERTE DEL SEÑOR(A) S2 MI NIN PUELLO TAPIA CAMILO ANDRES SE CALIFICA CONFORME A LO SEÑALADO EN EL DECRETO 1211 DE 1990 TITULO V, CAPITULO V, SECCION I, ARTICULO 191 "MUERTE EN SIMPLE ACTIVIDAD".

**5.2.12.** Fallo de tutela proferido por el Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Primera en el que se resolvió amparar los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social de la señora Sandra Patricia Martínez Castillo y de su menor hija María Camila Puello Martínez, efecto para el cual, se ordenó:

“(…)

SEGUNDO.- ORDENAR al COMANDANTE DE LA ARMADA NACIONAL, al DIRECTOR DE SANIDAD NAVAL DE LA ARMADA y al JEFE DE MEDICINA LABORAL DE LA ARMADA NACIONAL de manera conjunta y dentro de las funciones de sus competencias que dentro de los tres (3) días a partir de la notificación de este fallo, convoquen a Junta Médica Laboral Militar para evaluar, con el fin de valorar y calificar las condiciones del fallecido señor Camilo Andrés Puello Tapia y con ello determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que sufrió como

consecuencia de las heridas causadas en combate, atendiendo tanto los documentos que obran la presente acción constitucional como los que se encuentran en los archivos de la Dirección de Sanidad Naval de la Armada Nacional.

De la calificación que realice la Junta Médica Laboral deberá redactarse la notificación en debida forma a la señora Sandra Patricia Martínez Castillo a la dirección por ella informada.

El COMANDANTE DE LA ARMADA NACIONAL = DIRECTOR DE SANIDAD NAVAL DE LA ARMADA y el JEFE DE MEDICINA LABORAL DE LA ARMADA NACIONAL dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de este fallo, deberán acreditar el cumplimiento o la inobservancia.

**5.2.13.** Acta de Junta Médico Laboral No. 264 Registrada en la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional, en la cual se calificó post mortem la capacidad laboral, las lesiones y secuelas del señor Camilo Andrés Puello Tapia (Q.E.P.D.), indicándose que presenta una disminución de la capacidad laboral del 100%, la cual de conformidad con los literales C y A del artículo 24 del Decreto 1796 de 2000, fue adquirida en el servicio por causa de heridas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional y en el servicio pero no por causa y razón del mismo, así:

**IV. CONCLUSIONES**

**A. Antecedentes-Lesiones-Afecciones-Secuelas**

1. A Antecedente de heridas por arma de fuego múltiples a nivel de cráneo, cara, tórax y miembros inferiores, trastorno de estrés postraumático, fractura abierta de tibia izquierda, fractura de calcáneo, pseudoartrosis peroné, osteomielitis secundaria, síndrome compartimental, mal unión, desviación septum nasal, fístula de líquido cefalorraquídeo espinal por defecto postraumático, tratado multidisciplinariamente; dejando como secuelas: Acortamiento de 17 cms miembro inferior izquierdo.

B Dolor crónico, hipotrofia e hipoestesia en muslo, cara lateral de pierna y pie izquierdo, artaños menores en garras, anestesia en dorso de pie, hipoestesia plantar, lesión severa nervio peroneo izquierdo, lesión leve ramo musculocutáneo de la pierna, marcha con cojera y pie caído izquierdo.

C Cicatrices faciales.

D Cicatrices corporales.

E Lumbago.

F Estrés postraumático.

G Epilepsia focal, encefalomalacia frontal izquierda, cefalea, con posterioridad presenta complicaciones como: Cerebritis tardía frontal derecha, absceso cerebral frontal izquierdo, hidrocefalia obstructiva, encefalocel por defecto frontal lateral izquierdo, ventriculitis, meningitis bacteriana aguda, choque séptico y deterioro de su cuadro clínico, que ocasiona su deceso.

2. Astigmatismo que corrige a AV: 20/20 ambos ojos con uso de lentes.

**B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad psicofísica para el servicio.**  
La(s) anterior(es) lesión(es) le determinan INVALIDEZ - NO APTO.

**C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.**  
Presenta una disminución de la capacidad laboral del CIENTO POR CIENTO (100 %).

**D. Imputabilidad del Servicio**  
De acuerdo al Artículo 24 del Decreto 1796/00, le corresponde:

- LITERAL(C) EN EL SERVICIO POR CAUSA DE HERIDAS EN COMBATE O COMO CONSECUENCIA DE LA ACCIÓN DEL ENEMIGO, EN CONFLICTO INTERNACIONAL O EN TAREAS DE MANTENIMIENTO O RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO O EN CONFLICTO INTERNACIONAL.
- LITERAL(A) EN EL SERVICIO PERO NO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO (EC).

**E. Fijación de los correspondientes índices.**  
De acuerdo al Artículo 71 del Decreto 94/89, le corresponde los siguientes índices:

|   |                               |                  |           |           |
|---|-------------------------------|------------------|-----------|-----------|
| 1 | A                             | Numeral 1 - 176  | Literal d | Índice 9  |
|   | B                             | Numeral 4 - 178  | Literal c | Índice 10 |
|   | C                             | Numeral 10 - 003 | Literal b | Índice 7  |
|   | D                             | Numeral 10 - 004 | Literal b | Índice 5  |
|   | E                             | Numeral 1 - 061  | Literal a | Índice 1  |
|   | F                             | Numeral 3 - 040  | Literal a | Índice 5  |
|   | G                             | Numeral 3 - 017  | Literal c | Índice 21 |
| 2 | No Hay Lugar a Fijar Índices. |                  |           |           |

**V. DECISIONES:**  
En presencia de los participantes se establece que la decisión de las conclusiones del numeral IV de la presente acta han sido tomadas por unanimidad y corresponde a la veracidad de los hechos.

**5.2.14.** Resolución No. 0175 del 8 de enero de 2020, por medio de la cual la Dirección de Prestaciones Sociales de la Armada Nacional, reconoció y ordenó el pago de una indemnización por disminución de las capacidad laboral del señor Camilo Andrés Puello Tapia a sus beneficiarios, la señora Sandra Patricia Martínez Castillo y la menor María Camila Puello Martínez, por un valor de \$197.941.032 m/cte, así:

**RESUELVE:**

ARTÍCULO 1o. Reconocer y ordenar pagar con cargo al presupuesto de la Armada Nacional, la suma que más adelante se relaciona por concepto de:

| CONCEPTO  | FACTOR | VALOR RESULTANTE |
|---|--------|------------------|
| INDEMNIZACIÓN POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL | 72.00  | 197.941.032.00   |

PARAGRAFO. El valor neto a cancelar es el siguiente, así:

| TOTAL RECONOCIDO | TOTAL DESCUENTOS | TOTAL EMBARGOS | VALOR NETO A CANCELAR |
|------------------|------------------|----------------|-----------------------|
| 197.941.032.00   | .00              | .00            | 197.941.032.00        |

VALOR NETO: CIENTO NOVENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y UN MIL TREINTA Y DOS PESOS M/CTE.

ARTÍCULO 2o. La suma anteriormente reconocida se cancelará de acuerdo con la asignación de los recursos PAC (Plan Anual de Caja), por parte de la División de Tesorería del Comando Armada, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 73 del Decreto 111 de 1996.

a. MARTINEZ CASTILLO SANDRA PATRICIA con Cédula De Ciudadanía 22.466.790, Cónyuge del causante, el 50%, por valor de NOVENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS M/CTE. (\$98.970.516.00), valor que será consignado en la cuenta ahorros No. 049874113 del BANCO AV VILLAS.

b. PUELLO MARTINEZ MARIA CAMILA con Tarjeta De Identidad 1.018.455.851, Hija del causante, el 50%, por un valor de NOVENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS M/CTE. (\$98.970.516.00), a través de la Madre y Representante Legal la señora MARTINEZ CASTILLO SANDRA PATRICIA con documento de identidad No. CC 22.466.790, valor que será consignado en la cuenta ahorros No. 049874113 del BANCO AV VILLAS.

**5.2.15.** Resolución No. 5825 del 3 de diciembre de 2015, por medio de la cual la Directora Administrativa (e) y la Coordinadora Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, revocaron el acto administrativo No. 4158 del 5 de octubre de 2018 y, en consecuencia, reconocieron y ordenaron el pago de una pensión mensual de invalidez post mortem a los beneficiarios del señor Camilo Andrés Puello Tapia, así:

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º: Revocar la Resolución No.4158 del 05 de octubre de 2018, a través de la cual se ordenó reconocer y pagar a partir del 20 de marzo de 2018, la pensión de sobrevivientes consolidada por el fallecimiento del Suboficial Segundo de la Armada Nacional, PUELLO TAPIA CAMILO ANDRES, a favor de la señora SANDRA PATRICIA MARTINEZ CASTILLO, en calidad de cónyuge superviviente, y de la menor MARIA CAMILA PUELLO MARTINEZ, en calidad de hija del causante, de acuerdo a las razones expuestas en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO 2º: Reconocer a partir del 20 de junio de 2018, (fecha de vencimiento de los tres meses de alta), una pensión de invalidez post mortem, con fundamento en el Acta de Junta Médica Laboral No. 264 del 09 de septiembre de 2019, practicada al Suboficial Segundo de la Armada Nacional, PUELLO TAPIA CAMILO ANDRES, cédula de ciudadanía y código militar No.73.433.762 (folios 5 y 18, Exp. MDN No. 3155 de 2018), de conformidad con las consideraciones expuestas.

ARTÍCULO 3º: Reconocer a partir del 20 de junio de 2018, la sustitución de la pensión de invalidez post mortem consolidada por el fallecimiento del Suboficial Segundo de la Armada Nacional, PUELLO TAPIA CAMILO ANDRES, a favor de la señora SANDRA PATRICIA MARTINEZ CASTILLO, en calidad de cónyuge superviviente y de la menor MARIA CAMILA PUELLO MARTINEZ, en calidad de hija del causante, según lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

**5.2.16.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el 19 de marzo de 2019, ante la Procuraduría 144 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida ante la falta de ánimo conciliatorio entre las partes.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se señaló en el Auto del 20 de mayo de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar si hay o no lugar a: i) declarar que el deceso del señor Camilo Andrés Puello Tapia (q. e. p. d.), se produjo “en combate o como consecuencia de la acción de enemigo” y ii) ordenar el ascenso póstumo del causante al grado de Suboficial Primero, en virtud de lo dispuesto en el artículo 189 del Decreto 1211 de 1990.

Igualmente, se deberá establecer si las demandantes tienen o no derecho al reconocimiento y pago: iii) de la pensión de sobrevivientes, como consecuencia del deceso del causante “en combate o como consecuencia de la acción de enemigo”, en su calidad de cónyuge e hija; iv) de la compensación por muerte, al tenor de lo preceptuado en el literal “a” del artículo 189 del Decreto 1211 de 1990; v) de las cesantías definitivas, como lo contempla el literal “b” de dicha disposición legal; vi) de los ajustes de valor e intereses de mora y vii) de la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de los perjuicios morales, que se aduce les fueron ocasionados, como consecuencia de la imputación del deceso de su esposo y padre

#### **5.3.1. CASO CONCRETO**

En el presente medio de control de nulidad y restablecimiento la parte actora depreca la nulidad de las Resoluciones Nos. 0654 del 23 de julio, 4158 del 5 de octubre, 1781 del 15 de noviembre, 1707 del 22 de noviembre y 1942 del 24 de diciembre, todas de 2018, por medio de las cuales se retiró del servicio activo por muerte al Señor Camilo Andrés Puello Tapia (Q.E.P.D.), se reconoció una pensión de sobreviviente a la señora Sandra Patricia Martínez Castillo en su calidad de cónyuge y a la menor María Camila Puello Martínez en calidad de hija, por el deceso de aquél en simple actividad, se ordenó el pago de la compensación y las cesantías definitivas y se rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1707 del 22 de noviembre de 2018.

Como consecuencia de lo anterior, se depreca que se declare que el deceso del suboficial segundo Camilo Andrés Puello Tapia se produjo “*en combate o como consecuencia de la acción del enemigo*”, efecto para el cual, se ordene el ascenso póstumo al grado de suboficial primero y su posterior retiro bajo dicha causal.

Igualmente, se reconozca la pensión de sobreviviente, la compensación por muerte y las cesantías definitivas a sus beneficiarias, teniendo en cuenta que aquél murió “*en combate o como consecuencia de la acción del enemigo*”.

Ahora bien, de las pruebas documentales recaudadas en el proceso se advierte que el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá dentro de la acción de tutela No. 110001-33-34-003-2019-00223-00, profirió fallo el **21 de agosto de 2019**, amparando los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social de la señora Sandra Patricia Martínez Castillo y de su menor hija María Camila Puello Martínez como beneficiarias del señor Camilo Andrés Puello Tapia (Q.E.P.D.), ordenando lo siguiente:

**“SEGUNDO:.- ORDENAR al COMANDANTE DE LA ARMADA NACIONAL, al DIRECTOR DE SANIDAD NAVAL DE LA ARMADA y al JEFE DE MEDICINA LABORAL DE LA ARMADA NACIONAL de manera conjunta y dentro de las funciones de sus competencias que dentro de los tres (3) días a partir de la notificación de este fallo,**

*convoque a Junta Médico Laboral Militar post mortem, con el fin de valorar y calificar las condiciones del fallecido señor Camilo Andrés Puello Tapia y con ello determine el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que sufrió como consecuencia de las heridas causadas en combate, atendiendo tanto los documentos que obran en la presente acción constitucional como los que se encuentran en los archivos de la Dirección de Sanidad Naval de la Armada Nacional”.*

Por lo anterior, mediante Acta de Junta Médico Laboral No. 264 del 9 de septiembre de 2019, registrada en la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional, se efectuó la calificación de la capacidad laboral, lesiones, secuelas e imputabilidad al servicio del señor Camilo Andrés Puello Tapia (Q.E.P.D.), se revisaron los conceptos de especialistas que le fueron efectuados mientras estuvo en servicio activo, los signos y síntomas principales, los diagnósticos, la etiología, los tratamientos y el estado de cada patología, determinándosele una incapacidad psicofísica y laboral para el servicio con “*INVALIDEZ – NO APTO*”, en un 100% y la imputabilidad al servicio, de conformidad con el artículo 24 del Decreto 1796 de 2000, así:

“(…)

**C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.**  
Presenta una disminución de la capacidad laboral del CIENTO POR CIENTO (100 %).

**D. Imputabilidad del Servicio**  
De acuerdo al Artículo 24 del Decreto 1796/00, le corresponde:

- 1 . LITERAL(C) EN EL SERVICIO POR CAUSA DE HERIDAS EN COMBATE O COMO CONSECUENCIA DE LA ACCIÓN DEL ENEMIGO, EN CONFLICTO INTERNACIONAL O EN TAREAS DE MANTENIMIENTO O RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN PUBLICO O EN CONFLICTO INTERNACIONAL.
- 2 . LITERAL(A) EN EL SERVICIO PERO NO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO (EC).

**E. Fijación de los correspondientes índices.**  
De acuerdo al Artículo 71 del Decreto 94/89, le corresponde los siguientes índices:

|     |                  |           |           |
|-----|------------------|-----------|-----------|
| 1 A | Numeral 1 - 176  | Literal d | Índice 9  |
| B   | Numeral 4 - 178  | Literal c | Índice 10 |
| C   | Numeral 10 - 003 | Literal b | Índice 7  |
| D   | Numeral 10 - 004 | Literal b | Índice 5  |
| E   | Numeral 1 - 061  | Literal a | Índice 1  |
| F   | Numeral 3 - 040  | Literal a | Índice 5  |
| G   | Numeral 3 - 017  | Literal c | Índice 21 |

2 . No Hay Lugar a Fijar Índices.

**V. DESICIONES:**  
En presencia de los participantes se establece que la decisión de las conclusiones del numeral IV de la presente acta han sido tomadas por unanimidad y corresponde a la veracidad de los hechos.

**VI. RECURSOS:**  
Contra la presente Acta de Junta Médico Laboral procede el recurso de solicitar convocatoria de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía del cual podrá hacerse uso dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación según lo establecido en el Decreto 94/89, ante la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional, Tribunal Médico Laboral, 2 Piso, Teléfono 3150111 Ext 3405, Bogotá D.C.

(...)"

En consecuencia, a través de la Resolución **No. 0175 del 8 de enero de 2020**, proferida por la Dirección de Prestaciones Sociales de la Armada Nacional, se reconoció y ordenó el pago de la indemnización por disminución de la capacidad laboral del señor Camilo Andrés Puello Tapia de un 100%, a sus beneficiarias, así:

**RESUELVE:**

ARTÍCULO 1o. Reconocer y ordenar pagar con cargo al presupuesto de la Armada Nacional, la suma que más adelante se relaciona por concepto de:

| CONCEPTO  | FACTOR | VALOR RESULTANTE |
|---|--------|------------------|
| INDEMNIZACIÓN POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL | 72.00  | 197,941,032.00   |

PARAGRAFO. El valor neto a cancelar es el siguiente, así:

| TOTAL RECONOCIDO | TOTAL DESCUENTOS | TOTAL EMBARGOS | VALOR NETO A CANCELAR |
|------------------|------------------|----------------|-----------------------|
| 197,941,032.00   | .00              | .00            | 197,941,032.00        |

VALOR NETO: CIENTO NOVENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y UN MIL TREINTA Y DOS PESOS M/CTE

ARTÍCULO 2o. La suma anteriormente reconocida se cancelará de acuerdo con la asignación de los recursos PAC (Plan Anual de Caja), por parte de la División de Tesorería del Comando Armada, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 73 del Decreto 111 de 1996.

a. MARTINEZ CASTILLO SANDRA PATRICIA con Cédula De Ciudadanía 22.466.790, Cónyuge del causante, el 50%, por valor de NOVENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS M/CTE. (\$98,970,516.00), valor que será consignado en la cuenta ahorros Nro. 049874113 del BANCO AV VILLAS.

b. PUELLO MARTINEZ MARIA CAMILA con Tarjeta De Identidad 1.018.455.851, Hija del causante, el 50%, por un valor de NOVENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS M/CTE. (\$98,970,516.00), a través de la Madre y Representante Legal la señora MARTINEZ CASTILLO SANDRA PATRICIA con documento de identidad No. CC 22.466.790, valor que será consignado en la cuenta ahorros Nro. 049874113 del BANCO AV VILLAS.

A su vez, por medio de la **Resolución No. 5825 del 3 de diciembre de 2019**, suscrita por la Coordinadora Grupo de Prestaciones Sociales y la Directora Administrativa (E) del Ministerio de Defensa Nacional, se revocó la Resolución No. 4158 del 5 de octubre de 2018, -por medio de la cual se reconoció una pensión de sobrevivientes a la actora- y, en su lugar, se ordenó el pago de una pensión mensual de invalidez post mortem al señor Camilo Andrés Puello Tapia desde el 20 de junio de 2018 (fecha de vencimiento de los tres meses de alta), la cual a su vez fue sustituida a la señora Sandra Patricia Martínez Castillo en calidad de cónyuge supérstite y en representación de la menor María Camila Puello Martínez, bajo las siguientes consideraciones:

- Que la demandante solicitó al Grupo de Prestaciones Sociales de la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional el cambio de la prestación que le había sido reconocida de sobrevivientes por la sustitución de la pensión de invalidez, de acuerdo a las conclusiones del Acta de la Junta Médico Laboral No. 264 del 9 de septiembre de 2019.
- Igualmente, se consignó que del nuevo acervo probatorio se pudo establecer que en actividad se consolidaron los requisitos para el reconocimiento de una pensión de invalidez al señor Camilo Andrés Puello Tapia, en virtud de la Junta Médico Laboral post mortem que le fue practicada, la cual determinó una disminución de la capacidad laboral del 100% en el servicio por causa de heridas en combate como consecuencia de la acción directa del enemigo.
- En ese sentido, se afirmó que teniendo en cuenta que no existe fundamento fáctico ni jurídico para ejecutar en adelante lo consignado en la Resolución No. 4158 del 5 de octubre de 2018, se dispuso su revocatoria.

Sobre el particular, advierte el Despacho, en primer término, que al haberse revocado la Resolución No. 4158 del 5 de octubre de 2018, por

medio de la cual en principio se reconoció una pensión de sobreviviente a la señora Sandra Patricia Martínez Castillo y a la menor María Camila Puello Martínez, por el deceso del señor Camilo Andrés Puello Tapia, la cual se depreca su nulidad en la presente controversia- la misma perdió fuerza ejecutoria y, en ese sentido, no es susceptible de control judicial, pues desaparecieron los fundamentos de hecho y de derecho que la amparaban, al haberse reconocido en su lugar, la sustitución de la pensión de invalidez consolidada en vida por el señor Camilo Andrés Puello Tapia, en virtud de la Junta Médica Laboral post mortem No. 264 del 9 de septiembre de 2019, de conformidad con el artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que preceptúa:

*“ARTÍCULO 91. PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:(...)*

*2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.(...)”*

Ahora bien, en el libelo demandatorio también se depreca la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 0654 del 23 de julio, 1781 del 15 de noviembre, 1707 del 22 de noviembre y 1942 del 24 de diciembre, todas de 2018, por medio de las cuales se retiró del servicio activo por muerte al Señor Camilo Andrés Puello Tapia (Q.E.P.D.), se ordenó el pago de la compensación y las cesantías definitivas a la actora y su menor hija, por el fallecimiento del mencionado señor y se rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1707 del 22 de noviembre de 2018, *respectivamente*, en el sentido de que se reconozca que su deceso se produjo en “*combate o como consecuencia de la acción del enemigo*” y no como se indicó que acaeció en “*simple actividad*”.

Sobre el particular, advierte el Despacho que al haberse reconocido una pensión de invalidez al señor Camilo Andrés Puello Tapia, a través

de la Resolución No. 5825 del 3 de diciembre de 2019, en virtud de la Junta Médico Laboral que se le efectuó post mortem, se colige que su retiro del servicio para **efectos prestacionales**, acaeció por haber adquirido el derecho a la pensión de invalidez antes de su muerte y no como en principio se dijo por haber fallecido en simple actividad y así quedó consignado en dicho administrativo, al indicarse que “*antes de la muerte en actividad se consolidaron los requisitos para el reconocimiento de una pensión de invalidez con fundamento en el antecedente médico...*”.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el fallecimiento del señor Puello Tapia ocurrió el 20 de marzo de 2018, desde dicha fecha la Dirección de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional lo dio de alta por tres meses, esto es, hasta el 20 de junio de 2018, para luego proceder al reconocimiento de la pensión por invalidez, perdiendo relevancia que su deceso hubiese sido calificado, como en actividades propias del servicio. Al efecto se señaló: “*...procederá a reconocer una pensión de invalidez post mortem, a partir del 20 de junio de 2018 (fecha de término de los tres meses de alta) a favor del suboficial Segundo de la Armada Nacional PUELLO TAPIA CAMILO ANDRÉS...*” teniéndose como sustento jurídico, lo contemplado en el artículo 2° del Decreto 1157 de 2014, que a la letra dice:

**“Artículo 2°.** Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Acta de Junta Médico-Laboral y/o Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, realizada por los organismos médico-laborales militares y de policía, se determine al Personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares y Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional, una disminución de la capacidad laboral igual o superior al cincuenta por ciento (50%) ocurrida en servicio activo, **tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público, les pague una pensión mensual**, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan, según lo previsto en los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012...” (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

A su vez, en virtud de lo contemplado en el artículo 40 del Decreto 4433 de 2004, que consagra la sustitución de la mencionada prestación a la muerte, cuando se esté en “**goce de asignación de retiro o pensión a sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11...**”, se sustituyó la pensión de invalidez reconocida al señor Camilo Andrés Puello Tapia a la señora Sandra Patricia Martínez Castillo en calidad de cónyuge supérstite y a la menor María Camila Puello Martínez en calidad de hija, por el fallecimiento de aquél.

En ese sentido, las prestaciones reconocidas inicialmente a través de los actos demandados en la presente controversia a la señora Sandra Patricia Martínez Castillo -cónyuge supérstite- y a la menor María Camila Puello Martínez -hija del causante- por el deceso calificado en simple actividad del señor Camilo Andrés Puello Tapia, **mutaron** a las contempladas para los beneficiarios de las miembros de la fuerza pública que consolidaron su derecho a la pensión antes de la muerte, como ocurrió en el presente caso, pues no de otra manera puede entenderse la revocatoria de la Resolución No. 4158 del 5 de octubre de 2018, que les había concedido una pensión de sobrevivientes y, en su lugar, en primer término, otorgó una pensión de invalidez al mencionado señor por haber adquirido el derecho antes de su fallecimiento y, en segundo lugar, ordenó la sustitución de la misma.

En consecuencia, resulta inane por sustracción de materia establecer si la muerte del mencionado señor ocurrió en simple actividad o se produjo a causa de heridas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, que conlleve en gracia de discusión a su ascenso post mortem y la consecuente reliquidación de la compensación por muerte y de sus cesantías con otro grado, pues se reitera para efectos prestacionales, se tuvo únicamente en cuenta que consolidó su derecho a la pensión de invalidez **en actividad** y con base en ello se liquidaron las prestaciones a las que tenían derecho sus beneficiarias.

#### **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 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 pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución No. 4158 del 5 de octubre de 2018, por haber desaparecido sus fundamentos de hecho y de derecho, de conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas

**SEGUNDO:** Negar las demás pretensiones de la demanda, conforme a las razones referidas en esta providencia.

**TERCERO:** Sin costas a cargo de la parte demandante

**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 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:

**a22d3d69d002ae1b0fc9e79a9cc8073cb58826425dc66640dae36fc4daaa83**

**18**

Documento generado en 25/01/2022 11:09:05 AM

**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., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11001-33-35-018-**2019**-00442-00  
**Demandante:** **ROSALBA CASTILLO CASTILLO**  
Demandada: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN  
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE  
LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **ROSALBA CASTILLO CASTILLO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.712.156, actuando a través de apoderado judicial, radicó demanda de acción ejecutiva 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**

Que se libre mandamiento de pago a favor de la señora Rosalba Castillo Castillo en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, por los siguientes conceptos:

- \$50.292.363.15 m/cte, por concepto del mayor valor liquidado y deducido por aportes, como consecuencia del pago de las diferencias de las mesadas pensionales adeudadas, conforme a la Resolución RDP 025945 del 22 de junio de 2017.
- \$20.858.606.74 m/cte., por concepto de intereses moratorios de que trata el numeral 4° del artículo 195 del C.P.A.C.A., liquidados sobre las mesadas dejadas de pagar, desde el día siguiente a la fecha

de ejecutoria de la sentencia, esto es, 25 de agosto de 2016 al 31 de octubre de 2018.

- Por los intereses moratorios que se sigan generando desde la presentación de la demanda hasta que se verifique el pago total de la obligación.
- Por las sumas que asciendan a costas y agencias en derecho a la que deberá condenarse a la UGPP.

## **1.2. HECHOS**

Como sustento de las pretensiones, la ejecutante alude a los siguientes hechos:

**1.2.1.** Que la extinta Cajanal mediante la Resolución No. 34568 del 19 de julio de 2006, reconoció a favor de la señora Rosalba Castillo Castillo, una pensión de jubilación, en cuantía de \$1.237.085.09, efectiva a partir del 1° de septiembre de 2005.

**1.2.2.** Que mediante sentencias del 20 de febrero de 2014 y del 16 de junio de 2016, proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C” y por el Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección “A”, se ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la actora, teniendo en cuenta para ello el promedio del 75% de todos los factores de salario del último año servicios.

**1.2.3.** Que en la parte final del fallo proferido en primera instancia se señaló respecto a la deducción de aportes que *“sin perjuicio del descuento de aportes para pensión sobre los factores que no se han efectuado durante toda su relación laboral, únicamente en el porcentaje que corresponde a la actora”*

**1.2.4.** Que dentro del término previsto en el inciso 5° del artículo 192 del C.P.A.C.A., se radicó el 5 de octubre de 2010, derecho de petición ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social UGPP, solicitando el cumplimiento de las sentencias mencionadas.

**1.2.5.** Que la UGPP mediante las Resoluciones RDP 044807 del 30 de noviembre de 2016 y RDP 001670 del 20 de enero de 2017, dio cumplimiento a los fallos judiciales, reliquidando la pensión de la señora Rosalba Castillo Castillo, en cuantía mensual de \$1.905.080, efectiva a partir del 1 de septiembre de 2005.

**1.2.6.** Que mediante Resolución RDP 025945 del 22 de junio de 2017, la UGPP modificó la Resolución RDP 001670 del 20 de enero de 2017, adicionado los artículos 7° y 8° del, ordenando liquidar y deducir la suma total de \$209.784.041, por concepto de aportes para pensión de factores de salario no efectuados.

**1.2.7.** Que de la anterior suma de dinero se ordenó deducir de las diferencias de mesadas a pagar a favor de la actora el equivalente al 25% correspondiente al trabajador por valor de \$52.446.010 m/cte.

**1.2.8.** Que según liquidación detallada de la Resolución No. RDP 025945 del 22 de junio de 2017, expedida por la UGPP, el pago de las diferencias de mesadas e indexación, asciende a la suma de dinero de \$120.130.031, 21 pesos m/cte.

**1.2.9.** Que al reportar la novedad de inclusión en nómina de la anterior Resolución en el mes de agosto de 2017, solo se le canceló a la actora \$72.782.449, 5 pesos m/cte.

**1.2.10.** Que la Subdirectora de Nóminas de Pensionados certificó que se reportó un pago de la condena por un valor total de \$135.166.152, 76, información que es inexacta, pues lo consignado fue únicamente \$72.782.449.51 pesos m/cte.

**1.2.11.** Que mediante derecho de petición del 13 de julio de 2017, solicitó a la UGPP que informara sobre la metodología utilizada, las normas aplicadas para la liquidación de la pensión de la actora y expidiera copia de las certificaciones con las cuales efectuó las deducciones de aportes en los términos de la Ley 4ª de 1966, Decreto 1045 de 1978 y las Leyes 33 y 62 de 1985.

**1.2.12.** Que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, emitió respuesta el 4 de agosto de 2017, manifestando que dichas sumas fueron liquidadas de conformidad con el Acta No. 1362 del 20 de enero de 2017, aduciendo que es el único procedimiento para garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

**1.2.13.** Que por medio de derecho de petición del 5 de abril de 2018, solicitó a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil los respectivos certificados de toda la vida laboral de la ejecutante y se le informara si aquella adeudaba alguna suma por aportes pendientes por pagar.

**1.2.14.** Que la entidad nominadora expidió el respectivo certificado suscrito por la Directora de Talento Humano UAEAC, desde el año 1970 hasta el año 2000, en el que hace constar los aportes pensionales efectuados a la ejecutante.

**1.2.15.** Que la entidad demandada en la Resolución No. RDP 025945 del 22 de junio de 2017, liquidó por concepto de descuentos por aportes a pensión la suma de \$209.784.041 m/cte, correspondiéndole a la actora cancelar \$52.446.010 m/cte, cuando la cantidad correcta inicial era \$8.614.947.40 m/cte y el porcentaje del trabajador \$2.153.736.85 m/cte.

## **II. CONTESTACIÓN.**

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **13 de marzo de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso las siguientes razones de defensa:

Señaló que el pago de los intereses moratorios solicitados por la aquí demandante se realizó en vigencia del proceso de liquidación forzosa administrativa de CAJANAL EIC en liquidación, circunstancia que de conformidad con la Ley se constituye en un hecho de Fuerza Mayor del cual no se deriva la causación de intereses por incumplimiento, imputable a la entidad demandada.

Manifiesta que los fallos objeto del título ejecutivo fueron cumplidos a

cabalidad por la UGPP en vigencia del proceso de liquidación de Cajanal el cual se inició mediante el Decreto 2196 de 2009 y culminó el 12 de junio de 2013, creándose así una causal legal que cobija a la entidad para el no pago de intereses, derivada de dicho proceso, circunstancia que a todas luces configura la causal de fuerza mayor descrita en el artículo 1616 del Código Civil.

De otra parte, propuso las siguientes excepciones:

**i) Pago:** Señaló que mediante la Resolución No. RDP44807 del 30 de noviembre de 2016, se dio cumplimiento al fallo proferido por el H. Consejo de Estado el 16 de junio de 2016, efectuándose la reliquidación pensional correspondiente, valores que fueron debidamente indexados y reportados en debida forma al FOPEP para la inclusión en nómina de la ejecutante.

**ii) Prescripción:** Afirmó que los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, establecen que las acciones que tengan su sustento en derechos de la seguridad social del sector público prescriben en un término de 3 años, por lo que cualquier exigencia de tal naturaleza que se aporte en hechos acaecidos con anterioridad a ese momento, resulta improcedente, sin que con ello se reconozca la existencia de los derechos reclamados por la demandante.

**iii) Inexistencia de la obligación - Costas:** Señala que aunque el Despacho ha acogido la tesis de la H. Corte Constitucional en lo que se refiere a que el afiliado o pensionado no puede ser sometido a esperar el transcurso de 10 meses para presentar la solicitud de pago tal y como lo establece el artículo 192 del C.P.A.C.A., pues esto iría en detrimento de su mínimo vital y el de su familia, lo cierto es que ésta situación no puede predicarse en lo que se refiere a costas procesales ya de la misma no se desprende ningún agravio para la demandante.

Sostiene que en lo que se refiere al pago de costas, las mismas si deben someterse a lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A., puesto que no es justo que se solicite su pago sin haberse requerido en primera medida

a la entidad condenada, obstaculizándose así el cumplimiento de forma voluntaria.

**iv) Buena fe de la UGPP:** Afirma que es evidente que las actuaciones de la UGPP se han permeado de buen fe, puesto que dicha entidad ha atendido de manera diligente las reclamaciones sobre créditos laborales y cuando ellos han sido debidamente comprobados conforme a las normas vigentes, ha procedido a reconocerlos.

**v) Declaratoria de otras excepciones:** Solicitó que se declare probada cualquier excepción que conlleve a rechazar todas o algunas de las pretensiones de la demanda.

**vi) Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A:** Manifestó que en virtud de dicha normatividad cumplidos tres meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud.

### **III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **3.1. Parte demandante**

La parte demandante dentro de la oportunidad legal no presentó alegatos de conclusión.

#### **3.2. Parte demandada**

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **19 de octubre de 2021**, allegado vía correo electrónico, se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en las excepciones propuestas, precisando que en el caso bajo estudio no hay lugar a ordenar los pagos deprecados y, en consecuencia, solicitó que se

nieguen las pretensiones de la demanda.

De otra parte, manifiesta la imposibilidad que la entidad que representa sea condenada en costas, pues no ha desplegado una conducta temeraria o actuaciones dilatorias dentro del presente proceso ejecutivo y, en ese sentido, 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 ha actuado en el curso del proceso conforme a la jurisprudencia y a los principios constitucionales.

### **3.3. Agente del Ministerio Público**

Se advierte que la señora Procuradora Delegada ante el Despacho no rindió concepto.

## **IV. CONSIDERACIONES**

### **4.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

Es menester precisar que, de conformidad con lo establecido en el numeral segundo del artículo 442 del Código General del Proceso, cuando se trata del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, únicamente podrán alegarse las excepciones de: i) **pago**, ii) compensación, iii) confusión, iv) novación, v) remisión, vi) **prescripción** o, vii) transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, viii) nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y ix) pérdida de la cosa debida.

En ese sentido, las excepciones de **inexigibilidad de la obligación – costas, buena fe de la UGPP e improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA** no se encuentran taxativas en la norma descrita anteriormente, razón por la cual, el Despacho se relevará de realizar un pronunciamiento de fondo sobre las mismas.

Ahora bien, en cuanto a la excepción de “**PRESCRIPCIÓN**”, advierte el Despacho que ni el Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o el Código General del Proceso, por remisión

expresa del primero, señalaron un término prescriptivo del derecho a ejercer las acciones ejecutivas, razón por la cual debe aplicarse la norma general, esto es, el artículo 2536 del Código Civil, que dispone:

**“ARTICULO 2536. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EJECUTIVA Y ORDINARIA. Modificado por el art. 8, Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:** *La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).*

*La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).*

*Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término”*

De la norma en cita, se concluye que solo basta que transcurra el lapso señalado en la Ley sustancial, esto es el término de 5 años, dentro del cual el acreedor no haya ejercido la acción ejecutiva derivada del respectivo título para que opere dicho fenómeno, término que en principio tratándose de la ejecución de una providencia judicial en la que se condena una entidad pública, el conteo iniciaría a partir del día siguiente de su ejecutoria, lapso que puede ser interrumpido con la simple reclamación escrita ante la entidad y comenzará a contarse nuevamente, esto es, 5 años a partir de la solicitud.

Sin embargo, no se puede perder de vista que de conformidad al inciso 4° del artículo 192 del C.P.A.C.A., vigente para la fecha en la que se proferieron las sentencias base de la ejecución, las condenas impuestas a entidades públicas, serían ejecutables ante la jurisdicción 10 meses después de su ejecutoria.

En el caso que nos ocupa, las sentencias objeto de recaudo cobraron ejecutoria el **24 de agosto de 2016**, tal como consta en la certificación expedida por la Secretaría del H. Consejo de Estado y los 10 meses para acudir a la Jurisdicción fenecieron el **25 de junio de 2017**, en ese sentido, la ejecutante tenía hasta el **25 de junio de 2022**, para promover la presente demanda ejecutiva, lo que ocurrió el **20 de noviembre de 2018**, por lo que se promovió dentro del término de 5 años, establecido en la norma para que operara el fenómeno de la prescripción y, en ese sentido, la excepción propuesta no tiene vocación de prosperidad.

De otro lado, frente a la excepción de “**PAGO**”, es menester precisar que en el expediente se encuentra acreditado que, a través de la **Resolución No. RDP 044807 del 30 de noviembre de 2016**, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la ahora ejecutante, en cumplimiento de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Su-sección “C”, el 20 de febrero de 2014, confirmada por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, mediante providencia del 16 de junio de 2016, la cual fue modificada por las **Resoluciones Nos. RDP 001670 del 20 de enero y 025945 del 22 de junio, ambas de 2017**, ordenándose en el ARTÍCULO SÉPTIMO de esta última “*Descontar de las mesadas atrasadas a las que tiene derecho el (a) señor (a) CASTILLO CASTILLO ROSALBA, la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL DIEZ PESOS (\$52.446.010.00 m/cte), por concepto de aportes para pensión de factores de salario no efectuados...*”.

Sin embargo, efectuada la liquidación por la Contadora de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, obrante a folio 98 del plenario, esta arrojó las siguientes sumas:

- 47.987.845,84 m/cte por reintegro del valor descontado por aportes
- 20.196.366,00 m/cte por los intereses moratorios originados a partir del 25 de agosto de 2016 al 31 de octubre de 2018.

Por lo anterior, se concluye que, si bien, mediante las Resoluciones señaladas anteriormente, se reliquidó la pensión de jubilación de la demandante con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios, lo cierto es que tales actos administrativos no satisfacen la obligación aquí ejecutada frente al valor que le fue descontado en exceso por aportes a pensión sobre los factores que no se realizaron, durante toda su relación laboral, razón suficiente para no dar prosperidad a la excepción de pago propuesta por la entidad demandada.

Finalmente, frente a la “**DECLARATORIA DE OTRAS EXCEPCIONES**”, se precisa que al momento de proferir el presente fallo, no se encuentra configurado ningún medio exceptivo que deba ser declarado de oficio por esta Juzgadora.

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

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

**4.2.1.** Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección “C” el 20 de febrero de 2014, mediante la cual se ordenó reliquidar la pensión de jubilación de la ejecutante.

**4.2.2.** Providencia expedida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, el 16 de junio de 2016, mediante la cual se confirmó en todas sus partes la decisión inicial.

**4.2.3.** Resolución No. RDP 044807 del 3 de noviembre de 2016, por medio de la cual la UGPP ordenó la reliquidación de la pensión de vejez de la ahora ejecutante, en virtud de lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" en sentencia del 20 de febrero de 2014, confirmada por el H. Consejo de Estado – Sala de Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. el 16 de junio de 2016.

**4.2.4.** Resoluciones No. RDP 001670 del 20 de enero de 2017, por la cual la UGPP modificó la Resolución No. RDP 44807 del 30 de noviembre de 2016, en el sentido de dejar en suspenso el pago de las diferencias de las mesadas adeudadas, comprendidas entre el 4 de mayo de 2007 fecha de los efectos fiscales ordenados por el fallador y la fecha de inclusión en nómina, hasta tanto se allegaran los documentos requeridos para la liquidación de los aportes de toda la vida laboral.

**4.2.5.** Resolución No. RDP 025945 del 22 de junio de 2017, a través de la cual se modificaron los anteriores actos administrativos y se ordenó i) la reliquidación de la pensión de vejez de la actora, efectiva a partir del 1 de septiembre de 2005, con efectos fiscales a partir del 4 de mayo de 2007, por prescripción trienal y ii) descontar de las mesadas atrasadas a las que tenía derecho, el valor de \$52.446.010 m/cte. por concepto de aportes para pensión sobre los factores de salario que no se habían efectuado.

**4.2.6.** Liquidación realizada por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, respecto de los pagos generados a la aquí ejecutante, por concepto de los actos administrativos señalados anteriormente.

**4.2.7.** Cupón de Pago No. 209006 con fecha de cancelación hasta el 25 de noviembre de 2017, correspondiente a la reliquidación de la pensión de vejez de la señora Rosalba Castillo Castillo, en virtud de las sentencias base de ejecución.

**4.2.8.** Certificaciones expedidas por el Coordinador Grupo Nóminas de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en la que constan los factores salariales devengados por la actora desde el año 1970 hasta el año 2000.

Resolución No. RDP 024407 del 28 de octubre de 2020, a través de la cual la UGPP modificó la Resolución No. RDP 025945 del 22 de junio de 2017, efecto para el cual, ordenó: i) descontar de las mesadas atrasadas a las que tiene derecho la actora, la suma de \$9.412.212.m/cte, por concepto de aportes para pensión de factores de salario no efectuados y ii) reintegrar a la demandante por la Subdirección de Nómina los mayores valores descontados como devolución de aportes, siempre que ya se haya efectuado su aplicación, así:

“(…)

**ARTÍCULO PRIMERO:** MODIFICAR la parte motiva pertinente y la parte resolutive de la Resolución No. RDP 44807 del 30 de noviembre de 2016, la cual quedará así:

(...)

**ARTÍCULO SEPTIMO:** Descontar de las mesadas atrasadas a las que tiene derecho el(a) señor(a) CASTILLO CASTILLO ROSALBA, la suma de NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS DOCE MIL DOSCIENTOS DOCE pesos (\$9,412,212.00 m/cte) por concepto de aportes para pensión de factores de salario no efectuados. Lo anterior, sin perjuicio de que con posterioridad se determine que el pensionado adeuda valores adicionales o superiores por el referido concepto, o se establezca que los aportes inicialmente descontados deben ser objeto de la aplicación de algún tipo de actualización o ajuste en su valor, y en consecuencia se proceda a adelantar su cobro, para lo cual se deberá enviar una copia de la presente resolución al área competente. Igualmente la Subdirección de Nómina tendrá especial cuidado en deducir los valores previamente ordenados y descontados en actos administrativos anteriores por el mismo concepto.

**PARÁGRAFO:** Por la Subdirección de Nómina se debe reintegrar al causante los mayores valores descontados por concepto de devolución de aportes siempre que ya se haya efectuado su aplicación en nómina de pensionados.

(...)"

**4.2.9.** Oficio No. 2021142000207191 del 4 de febrero de 2021, por medio del cual la UGPP informó a la parte demandante que en cumplimiento de la Resolución RDP 025945 del 22 de junio de 2017, se había descontado la suma \$52.446.010 m/cte, por concepto de aportes para pensión de factores de salario sobre los cuales no se efectuaron; sin embargo, que una vez revisados los aplicativos de consulta se pudo establecer que en la nómina de diciembre de 2020, se procesó la novedad “MESADAS ATRASADAS” generándose cupón de pago por un valor de \$46.142.203.97 m/cte, discriminándose el concepto de “DEVOLUCIÓN DINEROS PENSIONADOS”, por la suma de **\$43.033.798 m/cte**, así:

**CUPON DE PAGO**

| 67584020661   |   | MES<br>12   | AÑO<br>2020   | PAGUESE HASTA 24/03/2021 |
|---|---|---|---------------|--------------------------|
| CIUDAD/DPTO<br>BOGOTÁ D.C.(1) / BOGOTÁ(11)  |   | SUCURSAL<br>CARULLA PABLO VIÑETA<br>CR. 40C # 53-20 Pl. 2 |               |                          |
| IDENTIFICACION<br>CC 41712196   |   | NOMBRE PENSIONADO<br>CASTILLO CASTILLO ROSALBA            |               |                          |
| COU.  | CONCEPTOS   | INGRESOS  | EGRESOS       |                          |
| 1   | JUBILACION NAL.<br>REVOLUCION DINEROS PENSIONADOS<br>COMPLINSA L.R.B. | 3.502.305,97<br>43.033.798,00                             | 433.900,00    |                          |
| Línea de Atención al Pensionado:  |   | 46.066.103,97   | 433.900,00    |                          |
| Carretera 7 No. 51 - 10 Piso 5 Edificio Torre Bancolombia Bogotá<br>4227422Página Web: www.fopep.gov.co - Servicios en línea / Corfidemas |   | <b>NETO A PAGAR</b>                                       | 46.142.203,97 |                          |

**4.2.10.** Liquidación efectuada por la UGPP, respecto de la Resolución No. RDP 024407 del 23 de octubre de 2020, la cual arrojó un valor total de \$43.033.798 m/cte.

**4.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

El problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP debe efectuar el pago a la ejecutante de i) **\$47.987.845,84** m/cte., por reintegro del valor descontado en exceso por aportes y ii) **\$20.196.366** m/cte., por los intereses moratorios originados a partir del 25 de agosto de 2016 (día siguiente a la ejecutoria de la sentencia) al 31 de octubre de 2018 (fecha de presentación de la demanda), de conformidad con el Auto del 12 de diciembre de 2019, mediante el cual se libró mandamiento de pago en la presente demanda ejecutiva y si hay lugar a imputarse la suma de \$43.033.798 m/cte, en virtud de lo ordenado en la Resolución No. RDP 024407 del 28 de octubre de 2020, por dicho concepto.

**4.3.1. CASO CONCRETO.**

Sea lo primero señalar, que en el presente caso se encuentran reunidos a cabalidad los presupuestos procesales de la relación jurídico procesal, tales como capacidad de las partes para comparecer al proceso, demanda en forma y competencia; además, no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

Así las cosas, previo a realizar un pronunciamiento de fondo en la presente demanda, en primer término, es dable señalar que el título ejecutivo debe cumplir con **las exigencias formales**, las cuales se concretan en la autenticidad y en la procedencia del documento al que la actora le atribuye virtualidad ejecutiva y tratándose de una sentencia de condena, dicha autenticidad se encuentra plasmada con la constancia de su ejecutoria, tal como lo contempla el artículo 114 del Código General del Proceso, al señalar que “...las copias de las providencias que se pretendan utilizar como título ejecutivo requerirán constancia de su ejecutoria”, sin perderse de vista que si se expidió la primera copia que presta mérito ejecutivo, en cumplimiento con lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, ésta es la que debe aportarse por razones de seguridad jurídica, pues no se puede expedir más de un ejemplar de dicho documento.

En segundo término, es menester hacer alusión a **las exigencias materiales** que debe contener el título ejecutivo, contempladas en el artículo 422 del Código General de Proceso, el cual dispone:

*“ARTÍCULO 422. Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley.  
(...)”*

De la preceptiva transcrita, se colige que al verificar el documento aportado como fundamento de la ejecución, el mismo debe reunir exigencias materiales en el entendido que las obligaciones deben ser expresas, claras y exigibles, que consten en el documento o la sentencia de condena, o de otra providencia judicial, o en las providencias que se profieran en procesos de Policía que aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de

auxiliares de la justicia, pues la ausencia de uno de ellos, impide que se demande por la vía ejecutiva.

Sobre el particular, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil, en providencia de 10 de diciembre de 2010, M.P. Nancy Esther Angulo Quiroz, expresó:

“(…)

*Así las cosas, el título ejecutivo que se anexe debe reunir los requisitos señalados en la ley y la inexistencia de esas condiciones legales lo hace anómalo o incapaz de ser soporte de la acción ejecutiva, aclarando que en tales eventos no se niega la existencia del derecho o la obligación misma, sino la idoneidad del documento para la ejecución.*

(…)

*Entre la gran diversidad de títulos ejecutivos que existen, se encuentran los que se han denominado “títulos ejecutivos complejos o compuestos”, para referirse a aquellos en los cuales, la obligación se deduce del contenido de dos o más documentos dependientes o conexos, es decir ligados íntimamente, de manera que el mérito ejecutivo, emerge como consecuencia de la unidad jurídica del título.*

*Ahora bien, todos y cada uno de los documentos que pretendan hacerse valer como título de recaudo ejecutivo, deben cumplir con las exigencias puntuales contenidas en la norma en cita, esto es, que contengan una obligación expresa, clara y exigible, conceptos que han sido definidos así:*

*EXPRESA.- Que la obligación se encuentre declarada en el documento que la contiene, su alcance y pueda determinarse con precisión y exactitud la conducta a exigir al demandado.*

*CLARIDAD.- Tiene que ver con la evidencia de la obligación, su comprensión, la determinación de los elementos que componen el título, tanto en su forma exterior como en su contenido, debe ser preciso su alcance; que de su sola lectura, se pueda desprender el objeto de la obligación, los sujetos activos y pasivos y, sobre todo, que haya certeza en relación con el plazo, de su cuantía o tipo de obligación, valga decir que en él aparezcan debidamente determinados y señalados, sus elementos objetivos (crédito) y subjetivos (acreedor- deudor).*

*EXIGIBLE.- Hace referencia al aspecto solución de la obligación, es decir que no esté sometida a plazo o condición, o que de estarlo, se haya vencido el plazo o cumplido la condición, entendiéndose que en éste último evento, el cumplimiento o extinción de la obligación, depende de un hecho futuro e incierto; hecho que puede ser un acontecimiento natural o la conducta de determinado sujeto, de tal suerte que la eficacia de la prestación está subordinada al hecho.*

(…)”.

De la jurisprudencia en cita, se colige que la obligación plasmada en el título ejecutivo base de la ejecución debe ser: i) **expresa**, esto es, dentro del mismo debe existir constancia escrita y en forma inequívoca de la obligación, ii)

**clara**, es decir, sus elementos constitutivos, tanto su objeto (crédito) como sus sujetos (acreedor-deudor) y sus alcances, surgen de la lectura misma del título y no es necesario esfuerzo alguno para su interpretación ni para distinguir cuál es la conducta que se exige del deudor y iii) **exigible**, es decir, que la obligación no esté sometida a plazo o condición, o que de estarlo, se haya vencido el plazo o cumplido la condición.

Establecido lo anterior, el Despacho previo a librar mandamiento de pago ejecutivo, verificó las exigencias formales y materiales del título ejecutivo aportado al plenario como base de la ejecución, así:

Con el objeto de establecer si había lugar o no a iniciar ejecución, conforme con lo preceptuado en el artículo 430 del Código General del Proceso, mediante auto del 27 de mayo de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, ordenó a la Contadora de la Sección Segunda de dicha Corporación, efectuar los cálculos matemáticos correspondientes y, cumplido lo anterior, ordenó la remisión del expediente a los Juzgados Administrativos de Bogotá (Reparto), por el factor cuantía.

En consecuencia, una vez correspondió el presente proceso por reparto a este Estrado Judicial, a través de providencia del 12 de diciembre de 2019, se libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva singular, en favor de la señora ROSALBA CASTILLO CASTILLO en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, por la suma de \$68.184.211.84 pesos Mcte, discriminada así:

- \$47.987.845.84 m/cte., por reintegro del valor descontado por aportes
- \$20.196.366.00 m/cte., por los intereses moratorios causados desde el 25 de agosto de 2016 (día siguiente a la ejecutoria) hasta el 31 de octubre de 2018 (fecha de presentación de la demanda).

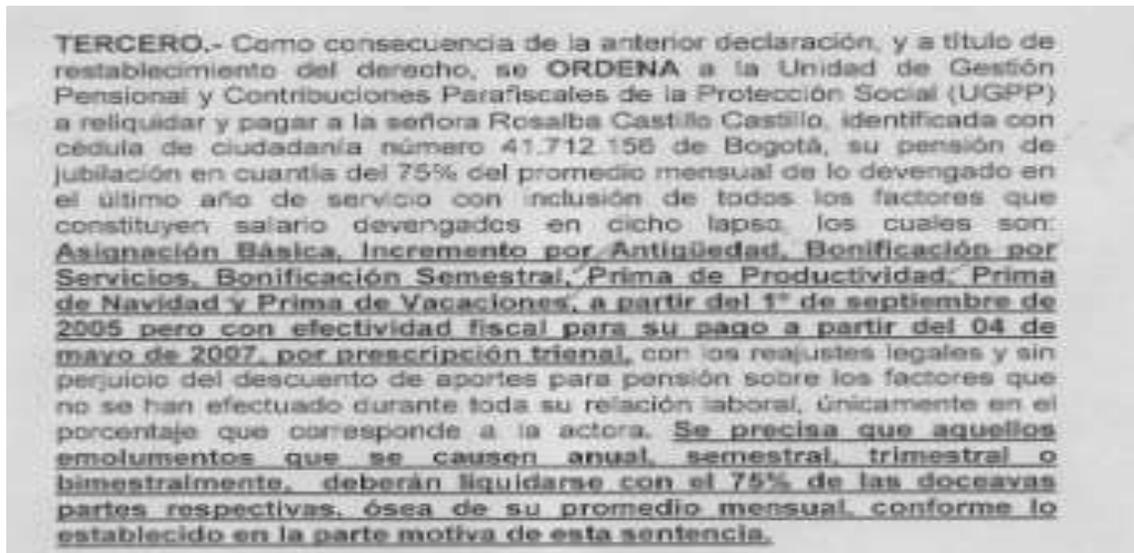
Ahora bien, en cuanto a las exigencias formales de autenticidad y procedencia del documento, en el presente caso nos encontramos frente a un título ejecutivo constituido por las sentencias proferidas por el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" y el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”, el 20 de febrero de 2014 y el 16 de junio de 2016, *respectivamente*, las cuales se encuentran debidamente ejecutoriadas y obran en el proceso con constancia de ejecutoria, reuniendo con ello las exigencias de orden formal, tal como lo prevé el artículo 114 del Código General del Proceso.

Respecto de las exigencias de orden material, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", confirmada por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”, contiene las siguientes obligaciones:

**i) Una obligación expresa**, toda vez que en el numeral segundo, se determinó de forma cierta, nítida e inequívoca la obligación impuesta a cargo de la UGPP y a favor de la señora Rosalba Castillo Castillo, así:

“(…)



TERCERO.- Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) a reliquidar y pagar a la señora Rosalba Castillo Castillo, identificada con cédula de ciudadanía número 41.712.156 de Bogotá, su pensión de jubilación en cuantía del 75% del promedio mensual de lo devengado en el último año de servicio con inclusión de todos los factores que constituyen salario devengados en dicho lapso, los cuales son: Asignación Básica, Incremento por Antigüedad, Bonificación por Servicios, Bonificación Semestral, Prima de Productividad, Prima de Navidad y Prima de Vacaciones, a partir del 1° de septiembre de 2005 pero con efectividad fiscal para su pago a partir del 04 de mayo de 2007, por prescripción trienal, con los reajustes legales y sin perjuicio del descuento de aportes para pensión sobre los factores que no se han efectuado durante toda su relación laboral, únicamente en el porcentaje que corresponde a la actora. Se precisa que aquellos emolumentos que se causen anual, semestral, trimestral o bimestralmente, deberán liquidarse con el 75% de las doceavas partes respectivas, ósea de su promedio mensual, conforme lo establecido en la parte motiva de esta sentencia.

“(…)

**ii) Una obligación clara**, en cuanto se identifican plenamente sus sujetos, siendo el acreedor la señora Rosalba Castillo Castillo y como deudor la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y se encuentra señalado su objeto, esto es, la reliquidación de su pensión de vejez con la inclusión de todos los factores que constituyen salario que devengó en el último año de servicios, **sin perjuicio del descuento de aportes para pensión sobre los emolumentos que no se habían efectuado durante toda su vida**

**laboral, únicamente en el porcentaje correspondiente a ésta, devolución deprecada en la presente demanda ejecutiva;**

**iii) Una obligación exigible**, toda vez que las sentencias base de ejecución no sometieron su exigibilidad a un plazo o condición, debiéndose realizar los descuentos de aportes para pensión no efectuados en toda la vida laboral, respecto de los factores reconocidos, únicamente en el porcentaje correspondiente a la ejecutante, una vez se profiriera el acto administrativo de reliquidación pensional.

De lo anterior, se colige que las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" y el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección "A", el 20 de febrero de 2014 y el 16 de junio de 2016, *respectivamente*, cumplen con las formalidades establecidas en el artículo 297 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por encontrarse debidamente ejecutoriadas, ser proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y haber condenado a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.

Así mismo, desde la ejecutoria de las sentencias, esto es, 24 de agosto de 2016, a la fecha de su exigibilidad, esto es, 10 meses a partir de la ejecutoria (25 de junio de 2017), a la presentación de la demanda (20 de noviembre de 2018), no han transcurrido más de cinco (5) años, razón por la cual la acción no se encuentra caducada.

Por lo anterior, es claro que la UGPP, si bien dio cumplimiento a la condena impuesta en la sentencia proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C" el 20 de febrero de 2014, confirmada por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección "A", el 16 de junio de 2016, reliquidando la pensión de vejez de la actora con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios, - aspecto que valga señalar no se controvierte en la presente demanda ejecutiva-, lo cierto es que el descuento ordenado frente a los aportes para pensión que no se habían efectuado durante toda la vida laboral por los emolumentos reconocidos, se realizaron en un mayor valor al que le

correspondía, como se evidenció en la liquidación que sirvió de fundamento para librar mandamiento de pago en la presente demanda ejecutiva.

En ese sentido, sería del caso ordenar seguir adelante la ejecución en favor de la señora Rosalba Castillo Castillo en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, conforme con lo dispuesto en el auto del 12 de diciembre de 2019, mediante el cual se libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva singular, por la suma total de **\$68.184.211, 84 pesos m/cte**, correspondiente a \$47.987.845.84 pesos m/cte, por concepto del mayor valor descontado por aportes a pensión y \$20.196.366.00 pesos m/cte, por los intereses moratorios causados desde el 25 de agosto de 2016 al 31 de octubre de 2018.

Sin embargo, se debe tener en cuenta como hecho modificativo la suma de **\$43.033.798.00 pesos m/cte**, valor que fue puesto a disposición de la demandante por el FOPEP el 24 de marzo de 2021, de conformidad con el cupón de pago que fue aportado al plenario, en el transcurso del proceso ejecutivo, en virtud de lo dispuesto en la Resolución No. RDP 024407 del 23 de octubre de 2020.

Así las cosas, realizada la operación matemática correspondiente, se continuará con la ejecución por la suma de **\$25.150.413.08 pesos m/cte**. y, en consecuencia, se ordenará practicar la liquidación del crédito en la forma prevista en el artículo 446 del C. G. del P., efecto para el cual, se deberá tener en cuenta si la entidad ejecutada efectuó algún otro pago o abono a la obligación y, de ser el caso, deberá aportarse el documento idóneo que así lo acredite.

Por último, advierte el Despacho que no se condenará en costas a la entidad ejecutada, por cuanto ha sido reiterada la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de revocar las decisiones proferidas por esta Juzgadora en tal sentido, al considerar que no es procedente decretar dicha condena, cuando se ordene continuar con la ejecución, por una suma diferente a la deprecada en la demanda o **por no existir conducta dilatoria o de mala fe de la entidad ejecutada**, situación que se presenta en el caso bajo estudio.

Así lo dispuso dicha corporación judicial – Sección Segunda – Subsección “A”, a través de sentencia del 6 de junio de 2019, proferida dentro del proceso No. 110013335018**20150077501**, M. P. Dr. Néstor Javier Calvo Chaves, demandante: Javier Gómez González, demandada UGPP y la Subsección “C”, mediante la sentencia proferida el 24 de julio de 2019, dentro del proceso No. 110013335018**20150064801**, M. P. Dra. Amparo Oviedo Pinto, demandante: Timoleón Palencia Ávila, demandada UGPP.

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: RECONOCER** como hecho modificativo de la obligación que aquí se ejecuta, la suma de **CUARENTA Y TRES MILLONES TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$43.033.798.00)**, valor que le fue puesto a disposición de la demandante el 24 de marzo de 2021.

**SEGUNDO:** Ordenar seguir adelante la ejecución en favor de la señora **ROSALBA CASTILLO CASTILLO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.712.156, en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, por la suma de **VEINTICINCO MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS TRECE PESOS CON OCHO CENTAVOS MONEDA CORRIENTE (\$ 25.150.413.08)**, por concepto del mayor valor descontado por aportes a pensión y los intereses moratorios generados desde la ejecutoria de la sentencia hasta la presentación de la demanda.

**TERCERO:** Practíquese la liquidación del crédito en la forma prevista en el artículo 446 del C. G. del P., efecto para el cual, se deberá tener en cuenta si la entidad ejecutada efectuó algún otro pago o abono a la obligación y, de ser el caso, deberá aportarse el documento idóneo que así lo acredite.

**CUARTO:** Sin costas a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP.

**QUINTO:** Se reconoce personería a la Doctora **YULIETH ADRIANA ORTIZ SOLANO** como apoderada sustituta de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder otorgado por el Doctor Richard Giovanni Suárez Torres, en su calidad de apoderado principal de dicha entidad, quien ya se encuentra reconocido dentro del expediente.

Notifíquese y Cúmplase

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

|  |
|--|
| JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE<br>BOGOTÁ D.C.<br>Notificación por estado  |
| La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 001 de<br>hoy 28 de enero de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.                  |
| <br>LAURA MARCELA BOLÓN CAMACHO<br>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

*Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.  
Expediente: 11001-33-35-018-2019-00442-00*

Código de verificación:

**38bae20afd0000b6a84f346b60333c3acc9f3deb244b7c0c78c09ec26  
ab3652b**

Documento generado en 24/01/2022 10:33:04 AM

**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., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019-00525-00**  
Demandante: **EDWAR STIVERS CORTES SILVA**  
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **EDWAR STIVERS CORTES SILVA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.321.379, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda contra el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, correspondiendo dictar sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA**

**1.1. PRETENSIONES.**

Las pretensiones en que se sustenta la demanda fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 4 de mayo de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellas se remite el Despacho.

**1.2. HECHOS.**

Como fundamento de las pretensiones, la parte actora aludió los siguientes hechos:

**1.2.1.** El actor estuvo adscrito a la Estación Tercera de Policía de Santa Fe, desde el mes de mayo 2017 hasta el mes de mayo 2019, tiempo en el cual se encontraba bajo el mando del Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano y del Mayor Álvaro Pabón Mora, Comandante y Subcomandante - respectivamente.

**1.2.2.** El Comandante Aníbal Villamizar Serrano y el subcomandante Álvaro Pabón en aras de mantener una imagen de disciplina intachable en la estación bajo su cargo, realizaban una implementación arbitraria de los reglamentos de la institución, perjudicando laboralmente a los uniformados, toda vez que eran inocuos los comportamientos por los cuales se les realizaban anotaciones negativas en sus folios de vida.

**1.2.3.** El actor manifestó su desacuerdo respecto del accionar de sus superiores, generando que en adelante no fuese una persona grata para ellos y se le registraran deméritos sin tener en consideración el contexto de la situación que los había generado.

**1.2.4.** El demandante promovió reclamación frente a las anotaciones y algunas de ellas no fueron ratificadas por el revisor, aumentando la tensión con el Comandante Aníbal Villamizar.

**1.2.5.** En el mes de abril del año 2018, el actor ascendió al cargo de Comandante del Comando de Atención Inmediata - CAI Cruces, en el cual se desempeñó satisfactoriamente, recibiendo continuas felicitaciones por su accionar, según lo registrado en el Portal de Servicios Internos – PSI; sin embargo, la tensión con el comandante lo llevó a ser denunciado disciplinariamente, respecto de actos que no cometió, tal como quedó evidenciado en el fallo disciplinario No. P-RESB0-2018-62, emitido por la Inspección Delegada Especial Metropolitana de Bogotá, el día 3 de diciembre de 2018, donde se absolvió al demandante y se comprobó que los señores Aníbal Villamizar y Álvaro Pabón habían incurrido en falsedad de documento y fraude procesal, ordenando la compulsión de copias.

**1.2.6.** Durante el periodo en el que transcurrió el proceso disciplinario, el actor continuó siendo víctima de persecución laboral, tal como se registró en el PSI y en el libro de población, situación que fue puesta en conocimiento del del Teniente Coronel Gustavo Adolfo Martínez Bustos, mediante el Oficio No. S- 2018- 303681 del 3 de octubre de 2018, sin que este adelantara procedimiento alguno, pese a lo dispuesto en la Resolución No. 04927 del 12 de diciembre de 2013, expedida por el Director General de la Policía Nacional.

**1.2.7.** El demandante de forma verbal le informó al Subdirector General de la Policía Nacional la persecución laboral del cuál era víctima y las irregularidades que versaban sobre temas de corrupción, motivo por el cual el Subdirector llamó de inmediato a funcionarios de la SIPOL para que tomaran sus declaraciones y se adelantaran las investigaciones pertinentes del caso.

**1.2.8.** En la misma reunión adelantada con el Subdirector General de la Policía, se recibió la declaración del demandante respecto del acoso laboral del cual estaba siendo víctima y en el mes de mayo de 2019, fue citado a conciliación; sin embargo, debido a la presión que estaba siendo sometido no acudió a la citación.

**1.2.9.** Posteriormente se recomendó la desvinculación del actor de la institución y a través de la Resolución No. 3674 del 14 de junio de 2019, fue retirado del servicio activo “*POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL*”, acto administrativo en el que se hace un análisis de todos los registros de deméritos que tenía en su hoja de vida, sin realizar una ponderación real de su accionar durante los once (11) años, diez (10) meses y (9) nueve días que permaneció en la institución, demostrando su compromiso como consta en sus evaluaciones de desempeño laboral, en las cuales obtuvo una calificación superior; amén que las anotaciones demeritorias son muy comunes en el trasegar del servicio de cualquier policía, dignas de corrección de acuerdo a la Ley 1015 de 2006.

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

La parte actora estima desconocida la Ley 857 de 2003, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Señaló que la Dirección General de la Policía posee una facultad discrecional para remover a sus miembros; sin embargo, la H. Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha manifestado que dicha facultad no es sinónimo de arbitrariedad.

Afirmó que la Policía Nacional es una institución jerarquizada basada en el mando, la disciplina y el orden, por ello posee un régimen especial de

carrera que se adapta a su esencia y fin, pero no implica que quienes hacen parte de dicha entidad puedan actuar a su antojo afectando a sus subalternos, quienes se encuentran sometidos a la discrecionalidad constante de sus superiores.

Precisó que el actor pese a obtener una calificación superior en su evaluación de desempeño laboral, fue retirado de la institución bajo el supuesto que las anotaciones demeritorias que existían en su PSI habían lesionado gravemente la confianza depositada en él, obviando que muchas de ellas se encontraban debidamente justificadas.

Refirió que el retiro del demandante se fundamentó en la facultad denominada voluntad del Gobierno Nacional, la cual, conforme a la Ley 857 de 2003, se sujeta a que los comandantes recomienden el retiro de alguno de sus subalternos, debido a su comportamiento, casos que son estudiados por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional, quien examina la hoja de vida de la persona cuya separación es propuesta y verifica los informes de inteligencia o contrainteligencia, así como del "*Grupo anticorrupción*" y, en el evento que se emita un concepto favorable, se levanta un acta y se procede a la expedición de la resolución que materializa la desvinculación.

Indicó que en el caso particular del actor, el procedimiento que llevó a cabo la entidad demandada se encontraba viciado, debido al "*querer personal y arbitrario de uno de los comandantes, ANÍBAL VILLAMIZAR SERRANO, superior directo recomendó su retiro*", amén que la Resolución No. 3674 del 14 de junio de 2019, solo tuvo en cuenta los aspectos que podrían tomarse como lesivos hacia el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva, sin realizar una ponderación de los reconocimientos recibidos por su buen accionar y las excelentes calificaciones de desempeño.

Aludió que en ningún momento se logró evidenciar que el actor cometiera falta que impidiera la consecución del fin propuesto por la institución y que diera mérito a la toma de una decisión desproporcionada, como lo fue el acto administrativo que conllevó a su retiro.

Sostuvo que algunos de los registros demeritorios o anotaciones considerados por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, versaban sobre el *"incumplimiento a sus deberes como evaluador"* y según el Decreto 1800 del 2000, el cual establece el procedimiento que se debe realizar dentro de la institución cuando se informa una falta que comete algún subalterno, esta se debe registrar en el sistema PSI, función que le corresponde al uniformado evaluador que se hubiese asignado para cada estación, en el presente caso, quien fungía como en tal calidad en el CAI de Las Cruces era el señor Edwar Stivers Cortes Silva; no obstante, el tiempo contenido en la norma es corto, dado las responsabilidades y situaciones administrativas que se pueden presentar, tal como ocurrió en el caso particular del demandante, quien justificó su incumplimiento.

Esgrimió que la entidad demandada realizó un análisis parcializado de la trayectoria profesional del actor, en el cual se evidencia la subjetividad de la decisión tomada, cuyo fin se circunscribió al beneficio de sus superiores, debido a las denuncias de corrupción y acoso laboral que promovió, de modo que, al expedir la Resolución No. 3674 del 14 de junio de 2019, la entidad demandada incurrió en falsa motivación y desviación de poder.

Adujo que el demandante fue víctima de acoso laboral y pese a no ser este el medio para alegarlo, se convierte en un indicio que advierte una posible retaliación en su contra, situación que no es ajena a la realidad que vive la institución y que se ha denunciado en varias oportunidades por sus integrantes, aduciendo que se les exigen resultados so pena de perder días de descanso o muchas veces deben soportar eventos degradantes por mantener una buena imagen con sus superiores y no ser desvinculados de la institución de manera discrecional.

Señaló que en medios nacionales se alude que la Policía Nacional *"tiene un régimen especial de carrera, dentro del cual se contempla una disponibilidad permanente"* y que se ha instruido a los comandantes de las unidades para que ejerzan el mando y supervisión del personal escuchando sus inquietudes y sugerencias laborales y personales, liderando y haciendo un acompañamiento a las necesidades que puedan tener los uniformados; empero, pese a que el demandante denunció en el mes de octubre de 2018, que estaba siendo víctima de acoso laboral, el Teniente Coronel Gustavo

Adolfo Martínez Bustos, Comandante Operativo de Seguridad Ciudadana No. 04, no adelantó trámite alguno para corroborar la veracidad de esta denuncia y corregir las deficiencias que se estuviesen presentando.

Precisó que los uniformados en su gran mayoría son personas de escasos recursos, que han soportado las falencias de un Estado que no ha garantizado el mínimo vital de su población y que sin duda alguna, para ellos, haberse incorporado a la institución castrense mejoró su calidad de vida y la de su familia, situación de la que es participe el señor Edwar Cortés, quien cumplió con su deber durante su instancia en la entidad, orgulloso de hacer parte de ella y dispuesto hacerla crecer.

### **III. CONTESTACIÓN**

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito allegado el **9 de julio de 2020**, vía correo electrónico, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Indicó que la Policía Nacional cumplió a cabalidad lo establecido en la normatividad especial que la rige al momento de dar aplicación a la figura del retiro por voluntad del Gobierno Nacional, toda vez que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional se reunió el 6 de mayo 2019 y realizó un estudio juicioso de la trayectoria Institucional, de la evaluación del desempeño, de los informes y otras circunstancias del servicio del actor, evidenciando que contaba con diferentes situaciones que de manera directa afectaban el servicio, las cuales demostraban que no ostentaba las mejores cualidades ni calidades para ejercer la labor pública que requiere la comunidad.

Aludió que se acreditó que el demandante ingresó a la Policía Nacional como Cadete el 22/01/06, mediante la Resolución No. 000021 del 27/01/2006 y egresa como Subteniente de la Policía Nacional, para un total de servicio de 11 años, 6 meses y 2 días, figurándole 28 felicitaciones colectivas.

Sostuvo que en los Formularios de Seguimiento, se observa que durante el ejercicio profesional en la Institución, registra varias anotaciones en las

cuales demuestra niveles de ineficacia, ineficiencia e ineffectividad en la prestación integral del servicio de Policía, que le correspondía ejecutar al uniformado, acorde con el compromiso constitucional, las cuales quedaron plasmadas en el acta que recomendó el retiro y en la respectiva resolución de retiro del funcionario.

Manifestó que el demandante incumplió sus obligaciones como autoridad evaluadora de resolver dentro de los términos establecidos en el Decreto 1800 de 2000, las reclamaciones del personal que tenía bajo su cargo, presentando una conducta reiterada, omisión que conllevó a catalogar como inexistentes las anotaciones realizadas.

Esgrimió que en el Formulario de Seguimiento del mentado oficial, obran anotaciones por incumplimientos a órdenes impartidas por sus superiores, retardos a la formación, no aportar a la prevención de delitos, inasistencia a laborar, incumplimiento a las tareas concertadas, las cuales se notificaron en debida forma y contra las mismas no fueron interpuestos los recursos que dispone el Decreto 1800 de 2000, mostrando pasividad en su labor policial.

Adujo que los miembros de la Junta Asesora, de forma unánime, recomendaron al Ministro de Defensa Nacional, el retiro del servicio activo del actor, teniendo en cuenta que no reúne las exigencias de confiabilidad que implica el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, confianza que debe ser a toda prueba, garantizando el pleno cumplimiento de las funciones policiales, tanto en su vida personal como profesional, de comportamiento pulcro, fiel depositario de la confianza de la comunidad, las autoridades, superiores, compañeros y subalternos.

Señaló que el acto administrativo cuya nulidad se depreca en la presente controversia, se encuentra debidamente sustentado en razones objetivas y hechos ciertos, de lo cual da fe el Acta No. 003 –ADEHU-GRUAS-2.25 // APROP –GRURE-3.22 del 6 de mayo de 2019, de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, la historia laboral, el desempeño profesional y otros aspectos relevantes de la conducta del hoy actor, encontrando que, a pesar de su escasa trayectoria profesional, ostentaba diferentes cuestionamientos de tipo comportamental, profesional, laboral, ético, moral e Institucional, que afectaban de manera directa el servicio en

virtud a los postulados legales e institucionales, por lo tanto, la aplicación de la medida discrecional que lo desvinculó del servicio, no fue desproporcionada o desbordada, por el contrario, estuvo ajustada a la norma especial que rige este instrumento legal de retiro, apuntando siempre al mejoramiento del servicio y, por ende, no cabe duda que su configuración se ajusta al presupuesto señalado por la H. Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-053 de 2015.

Afirmó que los miembros que integran la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional son funcionarios que no tuvieron contacto directo con el actor en el desempeño de sus funciones y con la elaboración del formulario de seguimiento, quejas presentadas o investigaciones disciplinarias, de tal forma que, no se podría alegar una enemistad, persecución o arbitrariedad al momento de emitir el concepto previo que recomendó el retiro y, en consecuencia, no adolece de falsa motivación, amén que se cumplió con los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad al momento de optar por la facultad discrecional, decisión que se puso en conocimiento del actor.

Precisó que no existió desviación de poder por cuanto la finalidad de la aplicación de la causal de retiro cuestionada fue el mejoramiento del servicio público, así mismo quien estaba obligado a demostrar en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin distinto es la parte demandante, aspecto que no se encuentra acreditado.

De otro lado, el apoderado de la entidad demandada propuso las excepciones de:

**3.1. Innominada o genérica:** Solicitó que se declare probado de oficio el medio exceptivo que advierta el Despacho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 del C. G. del P., aplicable por remisión del artículo 306 del C. P. A. C. A.

**3.2. Objeción frente a los perjuicios morales:** Afirma que el H. Consejo de Estado ha reiterado su jurisprudencia en el sentido de indicar que el reconocimiento y tasación de los perjuicios materiales y morales, se desprende de la condición personal de damnificado con el daño sufrido por las víctimas y que el parentesco resulta ser tan solo un elemento probatorio que indica la existencia de una relación familiar consolidada.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

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

Mediante escrito allegado vía correo electrónico el **7 de octubre de 2021**, el apoderado del demandante solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en el concepto de violación del libelo demandatorio.

Aludió que en la hoja de vida del demandante, no se observa alguna sanción disciplinaria o penal, si bien compila algunas anotaciones por diferentes situaciones, lo cierto es que comprenden hechos leves que no son determinantes para su destitución.

Sostuvo que el actor fue retirado de la Policía Nacional por acto discrecional, el cual tiene el siguiente protocolo:

- a. El Comandante Villamizar le petición al General - comandante de la Policía de Bogotá, que se tuviese en cuenta al señor Cortés Silva para destituirlo por discrecional, enviando la solicitud motivada para que se fundamente la decisión.
- b. El comandante ordena presentar el escrito a la junta de retiros y al observar la hoja de vida del demandante, se llamó al comandante directo, es decir, al Comandante Villamizar quien sustenta verbalmente su solicitud.
- c. En vista de la motivación del comandante directo se aprueba en acta la decisión que se tomó en contra del actor y lo destituyen.

Manifestó que la institución no realizó ningún control ante esta solicitud, dando credibilidad al Comandante Villamizar, quien obró en retaliación contra el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva por las quejas, además de los testimonios recaudados por el Despacho, se puede evidenciar el trato inhumano al que era sometido y como este superior lo acosaba laboralmente hasta lograr retirarlo de la institución policial.

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

En la Audiencia de Testimonios llevada a cabo el **23 de septiembre de 2021**, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones

finales, decisión que fue notificada en estrados, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 202 del C. P. A. C. A., razón por la cual, tenía hasta el **7 de octubre del mismo año**, para dicho efecto, actuación que se presentó hasta el **8 de octubre de 2021**, a través de correo electrónico, esto es, de forma extemporánea, razón por la cual no se tendrá en cuenta el escrito de alegatos de conclusión presentado por la apoderada de la entidad demandada.

#### **4.3. Ministerio Público.**

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES**

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

Respecto a la excepción denominada **objeción frente a los perjuicios morales** propuesta por la entidad demandada, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que, además, tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero en ninguna manera impide resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada en el evento de determinar la nulidad del acto administrativo demandado, por falsa motivación o desviación de poder.

De otro lado, frente a la excepción **innominada o genérica**, se advierte que, tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 4 de mayo 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.**

De conformidad con los medios de prueba documentales allegados al expediente, quedaron demostrados los siguientes hechos:

##### **5.2.1. Pruebas documentales.**

**5.2.1.1.** Resoluciones Nos. 175 del 14 de julio de 2014 y 339 del 4 de noviembre de 2015, a través de las cuales la Alcaldesa Municipal de Solita Caquetá hace unos reconocimiento a la labor encomendada al Teniente

Edwar Stivers Cortés Silva, Comandante de la Estación de Policía del municipio.

**5.2.1.2.** Decreto Municipal No. 097 del 4 de noviembre de 2016, mediante el cual la Alcaldesa Municipal de Doncello Caquetá hace un reconocimiento a la labor encomendada, entre otros, al Teniente Edwar Stivers Cortés Silva, Comandante de la Estación de Policía del municipio.

**5.2.1.3.** Copia del extracto de la hoja de vida del señor Edwar Stivers Cortés Silva.

**5.2.1.4.** Formularios I de Evaluación del Desempeño Policial del actor, por los años 2018 y 2019.

**5.2.1.5.** Formularios II de seguimiento de la labor desempeñada por el demandante de los años 2018 y 2019.

**5.2.1.6.** Anotación (no se identifica el libro) del mes de junio de 2018, donde el aquí demandante informa la novedad que se presentó el 7 de dicho mes y año, frente a las situaciones de acoso laboral por parte del TC Aníbal Villamizar Serrano, las cuales serían informadas a las autoridades correspondientes y mandos superiores.

**5.2.1.7.** Documento de Word contentivo de las justificaciones a las anotaciones que se incorporan en el formulario de seguimiento del actor.

**5.2.1.8.** Imágenes de la aplicación WhatsApp del 26 y 28 de febrero de 2018, de las cuales no se puede establecer el remitente y remitido.

**5.2.1.9.** Captura de pantalla en la que se señala lo siguiente:

“(…)



Señor funcionario:

❗ No es posible responder a la reclamación por cuanto usted no tiene evaluador o jefe inmediato asignado, lo cual impide responder las reclamaciones toda vez que su evaluado no cuenta con revisor, tome contacto con Talento Humano de su unidad para que le asigne evaluador o jefe inmediato

✓ Aceptar

(...)"

**5.2.1.10.** Oficio del 7 de agosto de 2018, a traes del cual la Comisaria Permanente de Familia CAPIV le solicitó a la Estación Tercera de Policía, que preste protección a la señora Diana Carolina Martínez Serrano.

**5.2.1.11.** Oficio No. S-2018-258991 del 24 de agosto de 2018, a través del cual el Teniente Coronel Anibal Villamizar Serrano, Comandante de la Estación Tercera de Policía Santa Fe, le comunicó al Capitán Gabriel Mancera Bernal, Comandante del CAI las Cruces que debe tomar medidas preventivas de seguridad frente al ciudadano Oscar Gómez Motivar, en virtud de lo comunicado por la Comisaria Tercera de Familia.

**5.2.1.12.** Oficio No. S-2018-25949 del 26 de agosto de 2018, mediante el cual el Patrullero Yuber A. Rueda Rondón le informó al Capitán Gabriel Mancera Bernal Comandante del CAI Cruces (E), lo siguiente:

“(...)

De manera atenta me permito informar a mi Capitán, la novedad ocurrida el día de hoy en tercer turno con el binomio que salió cubriendo cuadrante 25 y 26 Jurisdicción de CAI Cruces, al cual solo le figura trazabilidad desde las 16:50 hrs a la PDA IMEI 357713085729579 con la que salieron al servicio, teniendo en cuenta que en la formación antes de salir al turno, precedida por mi Subteniente Lozano Andrey y en presencia de él se les manifestó verbalmente a todo el personal formado CAI por CAI que debían loguean por SIVICC 1 y trabajar las consultas de antecedentes por el mismo, también siendo las 15:17 horas se realiza verificación de las PDA en servicio en el visor y se reporta por el radio de comunicaciones a cuadrante 25 para que informara si tenía alguna novedad con la PDA o que reiniciara el dispositivo ya que no figura en el visor, a lo que respondieron que ya verificaban y reiniciaban el dispositivo, igual forma se reporto a los cuadrantes 10,21,22,53,25 y 35 manifestándoles lo mismo, y estos respondieron que ya reiniciaban el dispositivo. Lo anterior puede ser verificable en las grabaciones de la central de radio.

(...)"

**5.2.1.13.** Certificación expedida el 13 de septiembre de 2018, por el Intendente Edison Echeverry Moreno, Funcionario Inspección Delegada

Especial MEBOG, en la que hace constar que en la referida fecha se llevó a cabo la diligencia de ampliación y ratificación de informe del Mayor Álvaro Pabón Mora y diligencia de declaración del señor Adrián Alexis Ávila Mesa, en las cuales estuvo presente el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva, como disciplinado, ejerciendo el derecho de contradicción y defensa que le asistía dentro del proceso No. P-RESBO-2018-62. La última audiencia culminó a las 10:50 a.m. *“saliendo el señor Oficial disciplinado de las instalaciones... sin novedad”*.

**5.2.1.14.** Oficio No. S-2018-282712 del 14 de septiembre de 2018, por medio del cual el Mayor Álvaro Pabón Mora, Subcomandante Tercera Estación de Policía Santa Fe, le informó al Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano, Comandante de la referida estación, la novedad presentada el 13 de septiembre de 2018, por el señor el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva, así:

*“(...)*

*De manera atenta y respetuosa me permito informar a mi Coronel, la novedad presentada el día de hoy 13 de Septiembre del presente año con el señor Capitan EDWAR STIVERS CORTES SILVA identificado con cedula de ciudadanía N° 7321379 Comandante Cai Cruces, quien debía presentarse el día de hoy a las 14:00 horas, después de haber prestado primer turno como oficial de vigilancia de la unidad, siendo las 17:00 horas del día de hoy el señor oficial aún no se ha presentado, dejo constancia que a las 16:27 horas lo llamé de mi abonado celular, al Número de celular que tiene reportado en el SIATH, 3215428464, y no respondió la llamada. Se desconoce qué actividad está realizando, con autorización de quien se encuentra o qué novedad presenta al momento; se realiza la anotación en el libro de Población en los folios 137 y 138, de igual forma el despachador del Centro Automático de Despacho (CAD) deja constancia en el Folio No.234 de dicha novedad.*

*Así mismo pongo en conocimiento de mi Coronel; que el señor oficial en horas de la mañana se encontraba en la Estación de Chapinero en una diligencia disciplinaria, al término de la misma se retira, sin informar o comunicarse para realizar las coordinaciones de la hora de presentación para la planeación del servicio, saboteando, utilizado un comportamiento displicente y no acorde con los requerimientos, órdenes y consignas emanadas en referencia al servicio, incluso las relacionadas por el Comando de Estación. Demostrando con estas actitudes su falta de compromiso, responsabilidad yendo en contra vía de las constantes órdenes y consignas del mando institucional.*

*(...)”*

**5.2.1.15.** Oficios Nos. S-2018294274 del 25 de septiembre de 2018 y S-2018403090 del 25 de diciembre de la misma anualidad, a través del cual el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva, le comunicó al Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano, Comandante de la Estación de Policía Tercera Santa Fe, las actividades correspondientes a la concertación que se registra en su formulario de seguimiento.

**5.2.1.16.** Oficio No. S-2018-295265 del 26 de septiembre de 2018, mediante el cual el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva le solicitó al Mayor Álvaro Pabón Mora, Subcomandante de la Estación de Policía Santa Fe, corroborar el informe de novedad remitido al comando de la estación el 14

de septiembre de 2018, con radicación No. 282712, al señalar que los hechos narrados son falsos, en los siguientes términos:

*“(..)* Como mi Mayor lo menciona en el informe objeto de esta solicitud, terminé primer turno a las 07:30 horas del día 13-09-2018, posteriormente me dirijo a la estación (sic) de policía Chapinero teniendo en cuenta la citación por el señor IT EDISON ECHEVERRY MORENO funcionario comisionado ASUIN INDEL MEBOG, como consta el oficio adjunto de constancia donde termino diligencia a las 10:50 horas aproximadamente.

*De inmediato a esto me dirijo al polígono ubicado en la estación (sic) de chapinero para dar cumplimiento a la orden de mi Mayor la noche anterior el día 12-09-2018 actividad que termina aproximadamente a las 12:20 horas, esta información se puede verificar con los señores oficiales comandantes del CAI que realizaron el polígono.*

*Siendo las 16:25 horas del día 13-09-2018, recibo una llamada del abonado telefónico 3112978306 a mi número (sic) personal donde la señorita PT Shedril Lilian Mesa secretaria de mi TC Aníbal Villamizar Serrano Comandante Estación (sic) de Policía (sic) Santa Fe me indica que por orden de mi Coronel tengo que asistir a una reunión a las 17:00 horas en la calle 1F N 4-50 barrio Cruces donde van a tratar temas de seguridad. Lo que se puede verificar con el capture de whatsapp que se anexa a la solicitud. Inmediatamente me dirijo a la reunión en la dirección ordenada por mi Coronel.*

*Con lo anterior se puede evidenciar que me encontraba realizando funciones propias de mi cargo y ordenadas por el comando de estación”.*

**5.2.1.17.** Oficio No. S-2018-303681 del 3 de octubre de 2018, mediante el cual el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva le informó al Teniente Coronel Gustavo Adolfo Martínez Bustos, las novedades que se presentan con el Comandante de la Estación Tercera Santa Fe, en los siguientes términos:

“(..)

*Respetuosamente me permito informar a mi Coronel, las novedades que se vienen presentado con mi Teniente Coronel ANIBAL VILLAMIZAR SERRANO comandante Estación Tercera Santa Fe y mi mayor ALVARO PABON MORA Subcomandante Estación Tercera Santa Fe, donde se han presentado hechos que afectan mi desempeño laboral así como mi vida familiar teniendo en cuenta que estoy siendo objeto de acoso laboral por parte de los dos señores oficiales antes mencionados, por lo anterior solicito a mi coronel se realicen las coordinaciones necesarias con el fin de que estos hechos no se presente en la estación Tercera Santa Fe.*

(..)”

**5.2.1.18.** Oficio Nos. S-2018-364841 y S-2018-364845, ambos del 23 de noviembre de 2018, por medio del cual el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva le solicitó al Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano, Comandante de la Estación de Policía Tercera Santa Fe y al Mayor Álvaro Pabón Mora, Subcomandante de dicha estación, lo siguiente:

“(..)

De manera atenta y respetuosa me dirijo a mi Coronel para solicitarle un señor policial con el fin de realizar las actividades como gestor del Cai cruces teniendo en cuenta que se vienen presentando traumatismos en los cumplimientos que se deben realizar, siendo objeto de llamados de atención por el incumplimiento a las ordenes del Cai cruces. Es de anotar que me encuentro sin gestor del Cai desde el día 01-11-2018 cuando el señor policial que cumplía las funciones sale con plan vacacional.

Por lo anterior solicito el señor policial urgente con el fin de cumplir a cabalidad con las ordenes y cumplimientos por parte del Cai cruces .

(...)"

**5.2.1.19.** Certificación expedida el 6 de mayo de 2019, por el Analista de Reubicación Laboral, Retiros y Reintegros (E) de la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, en la que consta las novedades del CT Edwar Stivers Cortés Silva, así:

"(...)

**ERVICIOS PRESTADOS Y DEDUCCIONES**

| NOVEDAD                 | DISPOSICION | FECHAS    |           | TOTAL     |                    |
|-------------------------|-------------|-----------|-----------|-----------|--------------------|
|                         |             | DE        | A         |           |                    |
| ADETE Y ALFEREZ         | R 000021    | 27-JAN-06 | 22-JAN-06 | 30-NOV-08 | 02 - 00 - 00       |
| USPENSION DISCIPLINARIA | D 056       | 14-JAN-11 | 23-MAY-11 | 19-NOV-11 | 00 - 05 - 26       |
| USPENSION DISCIPLINARIA | D 1561      | 13-MAY-11 | 20-NOV-11 | 20-DEC-11 | 00 - 01 - 00       |
| FICIAL                  | R 5037      | 19-NOV-08 | 01-DEC-08 | 06-MAY-19 | 10 - 05 - 05       |
| <b>TOTAL</b>            |             |           |           |           | <b>11 - 10 - 9</b> |

(...)"

**5.2.1.20.** Oficio No. S-2019-196337 del 30 de mayo de 2019, por medio del cual el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva le solicitó al Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano, Comandante de la Estación de Policía Tercera Santa Fé el motivo por el que se realizaron las anotaciones en su formulario de seguimiento, así:

"(...)

En ejercicio del derecho de petición que consagra el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia y las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, de manera atenta y respetuosa me dirijo a mi coronel para solicitarle se informe el motivo por el cual realiza anotaciones en mi formulario de seguimiento, teniendo en cuenta que mediante polígama 0408 de fecha 25-04-2019 firmado por mi Coronel NAPOLEON RUSSI CARDENAS, Jefe Grupo Talento Humano Metropolitana de Bogotá y a su vez en cumplimiento al mismo mi My ALVARO PABON MORA comandante de Estación de Policía Santafé encargado, realiza oficio de presentación al área de Talento Humano de la Metropolitana de Bogotá el día 26-04-2019 a las 14:00, con el fin de cumplir traslado sin tener el tiempo necesario de hacer entrega de los elementos asignados al cai cruces y demás cargos asignados, desconociendo el motivo de la presentación; así mismo para su conocimiento desde el día 31-04-2019 hasta el día 19-05-2019 me encontraba en situación administrativa (vacaciones) autorizada por mi Mayor General HOOVER PINILLA, Comandante de la Metropolitana de Bogotá.

Las anotaciones que se han realizado en mi folio de vida posterior al oficio de presentación y traslado antes mencionado son las siguientes:

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior solicito de manera respetuosa se me informe:

1. Por qué realizó las anotaciones en mi formulario de seguimiento dejando registros que afectan mi buen nombre como oficial de la Policía Nacional, teniendo en cuenta que ya me había presentado al área de Talento Humano de la Metropolitana de Bogotá con el fin de cumplir traslado de unidad desde el día 26-04-2019 14:00 horas.
2. Se informe por qué no realizó el cierre y evaluación para la fecha de mi traslado y transcurrido ya más de un mes y estando en otra unidad me realiza anotaciones en mi formulario de seguimiento, incumpliendo con los parámetros institucionales Decreto 1800 de 2000 y Resolución 04089 de 2015.
3. Le solicito a mi coronel se corrija mi formulario de seguimiento ya que no pertenezco a la Estación de Policía Santafé desde el día 26-04-2019 14:00 horas y solicito que no realice más anotaciones. Por lo anterior y teniendo en cuenta la vulneración de mis derechos fundamentales se informará a la Procuraduría General de la Nación con el fin de poner en conocimiento las anomalías presentadas por mi coronel, ya que se ha respetado el conducto regular y he informado al comando de la Metropolitana de Bogotá el acoso laboral que presenta el señor comandante de Estación de Policía Santafé en mi contra.
4. Se informe por qué el incumplimiento al artículo 20 numeral 2 literal a del Decreto 1800 de 2000, teniendo en cuenta que salí trasladado de esa unidad policial.

ARTICULO 20. CLASES DE EVALUACION. Para efectos de evaluación, se consideran las siguientes clases: 1. Evaluación Total: Se realiza anualmente a todo el personal que por razón del cargo deba ser evaluado en el lapso establecido en este Decreto. **2. Evaluación Parcial: Se realiza en los siguientes casos: a. Al producirse el traslado del evaluador o del evaluado.** b. 60 días antes de la fecha de ascenso. c. Al ser convocado a curso para ascenso en la modalidad presencial. d. Al término de curso para ascenso. e. Cuando el evaluado deba cumplir comisión dentro o fuera del país por un término superior a 90 días. f. Cuando el evaluado se desvincule de su proceso operativo, administrativo o docente por un período superior a 60 días, motivado por vacaciones, licencias, hospitalizaciones, excusas de servicio, suspensiones, separaciones y retiros.

PARAGRAFO. La evaluación parcial procede para periodos superiores a sesenta (60) días.

(...)"

**5.2.1.21.** Acta No. 003-ADEHU-GRUAS-2.25//APROP-GRURE-2.33 del 6 de mayo de 2019, por medio de la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, consideró viable recomendar el retiro del actor por voluntad del Gobierno Nacional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 2 (numeral 5) y 4 de la Ley 857 del 26 de diciembre de 2003.

**5.2.1.22.** Oficio No. S-2019-E2019-067267 del 10 de junio de 2019, por medio del cual el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva le solicitó al Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano, Comandante de la Estación de Policía Tercera Santa Fe le informe la decisión adoptada frente a la reclamación que presentó contra la evaluación anual correspondiente al año 2018, en los siguientes términos:

“(...)

En ejercicio del derecho de petición que consagra el artículo 23 de la Constitución Política de Colombia y las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, de manera atenta y respetuosa me dirijo a mi coronel para solicitarle se informe el resultado del recurso interpuesto contra la evaluación anual correspondiente al año 2018, toda vez que el día 05 de enero de 2019 se interpuso recurso de reclamación dentro de los parámetros y términos establecidos por el Decreto 1800 de 2000 artículo 52, esta a su vez fue ratificada por mi coronel el día 08 de enero de 2019, desconociendo hasta la fecha si se dio el trámite siguiente a la autoridad revisora, puesto que el Portal de Servicios Internos PSI, no registra el trámite dado al revisor, con lo que se evidencia claramente la vulneración de mis derechos fundamentales y la trasgresión a la Constitución Política, leyes y específicamente Decreto 1800 de 2000 artículos 6, 22 y ss.

#### PETICIÓN

Teniendo en cuenta lo anterior solicito de manera respetuosa se me informe:

1. Se indique el trámite realizado una vez es ratificada por usted mi evaluación anual correspondiente al año 2018, cuya fecha indica el PSI 08 de enero de 2019.
2. Se indique el nombre, grado y cargo del superior a quien fue remitido el trámite como autoridad revisora de mi evaluación final del año 2018.
3. Se indique por qué hasta la fecha no se ha informado la notificación de mi evaluación final, una vez agotado la vía gubernativa, siendo usted mi autoridad evaluadora como lo contempla el artículo 21 del Decreto 1800 de 2000.
4. Se indique la gestión realizada como mi autoridad evaluadora, al observar que no fue resuelto el recurso de reclamación por la autoridad revisora en los términos señalados en el artículo 52 del Decreto 1800 de 2000, dentro de las atribuciones contempladas en el artículo 22 del Decreto 1800 de 2000, incumpliendo con el artículo 53 de la misma norma.

(...)”

**5.2.1.23.** Resolución No. 3674 del 14 de junio de 2019, por medio de la cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares al Capitán Edwar Stivers Cortes Silva, por voluntad del Gobierno Nacional, en virtud de lo establecido en los artículos 1, 2 (numeral 5) y 4 de la Ley 857 del 26 de diciembre de 2003, así como en el artículo 7 del Decreto 1338 del 18 de junio de 2015, modificado por el artículo 3 del Decreto 414 de 2016.

**5.2.1.24.** Copia de la cédula de ciudadanía del demandante.

**5.2.1.25.** Expediente disciplinario No. P-RESBO-2018-62, adelantado por la Inspección Delegada Especial MEBOG, contra el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva contentivo, entre otros, de:

- Informes de novedad.

- Actas Nos. 010/COSEC4 – ESTPO3 – 2.25 del 15 de marzo de 2018, “QUE TRATA DE LA REALIZACIÓN DEL COMITÉ DE VIGILANCIA SEMANA N° 010 RELACIONADO CON EL ANÁLISIS DE LAS PROBLEMÁTICAS DE SEGURIDAD Y CONVIVENCIA QUE SE PRESENTARON ENTRE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 04/03/2018 AL 10/03/2018 EN LA JURISDICCIÓN DE LA LOCALIDAD SANTA FE”.
- Orden del Día No. 071 del 12 de marzo de 2018, respecto del segundo turno, esto es, desde las 7:00 hasta las 14:00.
- Auto de apertura de indagación preliminar en contra del Capitán Edwar Stivers Cortés Silva, por la supuesta omisión a la entrega de informe de novedades de la localidad tercera de Santa Fe, para que fuera entregada al próximo Comité de Vigilancia.
- Oficio No. S-2018 del 25 de junio de 2018, por medio del cual el Capitán Edwar Stivers Cortes Silva, le comunicó al Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano, Comandante de la Estación de Policía Tercera Santa Fe, la gerencia aplicada al delito de hurto de celulares.
- Versión libre rendida por el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva.
- Auto del 23 de octubre de 2018, ordenando la práctica de medios probatorios.
- Acta de visita especial realizada el 30 de octubre de 2018, al aplicativo Gestor de Contenidos Policiales.
- Auto del 3 de diciembre de 2018, mediante el cual se dispuso la terminación de la indagación preliminar adelantada en contra del actor y el consecuencial archivo definitivo.

### **5.2.2. Testimoniales.**

**5.2.2.1.** Declaraciones rendidas por los señores Sebastián Salamanca Rodríguez, Jonathan Núñez Joya y Andrey Yesid Lozano García ante este Despacho el día 23 de septiembre de 2021, por medio de la plataforma Microsoft Teams.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la audiencia Inicial llevada a cabo el 4 de mayo de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer si con la expedición de la Resolución No. 3674 del 14 de junio de 2019, por medio de la cual se retiró del servicio activo de la Policía Nacional “*POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL*” al demandante, se incurrió en causal de nulidad que desvirtuó su legalidad y, en consecuencia, si hay o no lugar al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir, así como a la indemnización por lucro cesante y perjuicios morales reclamados.

#### **5.2.1 Normatividad que fundamenta la decisión de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional frente al caso concreto.**

Para desatar el debate, es preciso tener en cuenta que a la fecha de expedición de la Resolución No. 3674 del 14 de junio de 2019, se encontraba vigente la reglamentación sobre retiro del servicio prevista en el Decreto 1791 del 14 de septiembre de 2000, norma que se invoca como fundamento legal de la decisión cuestionada y que constituye el régimen que cubre a los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, modificada por la Ley 857 de 2003 y, por lo tanto, aplicable a la situación concreta del demandante.

El artículo 1° de la Ley 857 de 2003 “*Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones*”, señaló:

**“ARTÍCULO 1. RETIRO.** *El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio.*

***El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional.*** *El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel.*

*El retiro de los Suboficiales se efectuará a través de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional.*

*El retiro de los Oficiales deberá someterse al concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales. La excepción opera igualmente en los demás grados, en los eventos de destitución,*

incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte.” (Negrillas del Despacho).

Por su parte, el artículo 2º *ibídem*, sobre las causales de retiro, estableció:

**“ARTÍCULO 2. CAUSALES DE RETIRO.** Además de las causales contempladas en el Decreto-ley 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y los Suboficiales de la Policía Nacional, procederá en los siguientes eventos:

4. Por llamamiento a calificar servicios.

5. Por voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales.

6. Por incapacidad académica.” (Subrayado fuera del texto original).

Y el retiro por voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional se halla definido de la siguiente manera en el citado estatuto:

**ARTÍCULO 4º. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.** Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales.

El ejercicio de las facultades a que se refiere el presente artículo podrá ser delegado en el Ministro de Defensa Nacional, para el caso de los Oficiales hasta el grado de Teniente Coronel y en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación para el caso de los Suboficiales bajo su mando, observando el procedimiento que sobre el particular se señale en cuanto a composición y recomendaciones en el evento de tal delegación respecto de la Junta Asesora y de Evaluación y Clasificación de que trata el inciso anterior.

**PARÁGRAFO 1º.** La facultad delegada en los Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación a que se refiere el inciso anterior se aplicará para los casos de retiro del personal Nivel Ejecutivo y agentes bajo su mando, a que se refiere el artículo 62 del Decreto-ley 1791 de 2000.

**PARÁGRAFO 2º.** Los funcionarios competentes serán responsables por la decisión que adopten de conformidad con la Constitución y la ley”. (Subrayado ajeno al texto).

De la normativa transcrita se colige que, para efectuar el retiro del servicio de los miembros de la Policía Nacional, por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional, con cualquier tiempo de servicio,

se requiere recomendación previa de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales y personal del Nivel Ejecutivo.

### **5.2.2 Precedentes jurisprudenciales sobre el ejercicio de la facultad discrecional del Gobierno Nacional y de la Policía Nacional para el retiro de miembros del servicio activo.**

La Sala Plena de la H. Corte Constitucional en la Sentencia SU-053 del 12 de febrero de 2015, Magistrada Sustanciadora: Doctora Gloria Stela Ortiz Delgado, en cuanto a los límites de la facultad discrecional, señaló:

***“Motivo de unificación: el estándar de motivación de los actos de retiro discrecional de los miembros activos de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad discrecional, es mínimo pero plenamente exigible.***

65. De todo lo expuesto hasta el momento, puede concluirse que, si bien en principio no existió una posición unificada entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la motivación de los actos administrativos, los estándares de los dos altos Tribunales hoy en día son sustancialmente similares.

Lo anterior, debido a que ambos entienden que la facultad discrecional debe estar encaminada a cumplir proporcionalmente el fin propuesto, el mejoramiento del servicio, **por lo cual la Administración debe tener razones ciertas y objetivas que le permitan ejercerla y tales razones deben ser conocidas por el afectado.**

66. Esa interpretación que es la que han aplicado de forma mayoritaria los operadores jurídicos, no es la única, lo cual hace necesaria la intervención de los órganos de unificación de jurisprudencia, a fin de proteger el principio de igualdad y la coherencia del sistema jurídico, tal y como se explicó en acápite atrás.

Por ello, conjugando las tesis señaladas, la Sala Plena de esta Corporación, en ejercicio de tal función unificadora, pasa a proponer el estándar mínimo de motivación para que, en todo caso, prevalezca la interpretación que más se acompasa con los postulados del Estado Social de Derecho, el principio de legalidad y el respeto por los derechos fundamentales de los policías:

i. Se admite que los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible.

ii. La motivación se fundamenta en el concepto previo que emiten las juntas asesoras o los comités de evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.

iii. **El acto de retiro debe cumplir los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad**, que se expresan en la concordancia y coherencia entre acto discrecional y la finalidad perseguida por la Institución; esto es, el mejoramiento del servicio.

iv. El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional<sup>1</sup>. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

v. El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que se efectuó al recomendado. **En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.**

vi. Si los documentos en los cuales se basa la recomendación de retiro del policía, tienen carácter reservado, los mismos conservaran tal reserva, pero deben ser puestos en conocimiento del afectado. El carácter reservado de tales documentos se mantendrá, mientras el acto administrativo permanezca vigente.

vii. Si bien los informes o actas expedidos por los comités de evaluación o por las juntas asesoras no son enjuiciables ante la jurisdicción contenciosa, deben ser valorados por el juez para determinar la legalidad de los actos. Ello implica que se confronten las hojas de vida de los agentes, las evaluaciones de desempeño, las pruebas relevantes y los demás documentos que permitan esclarecer si hubo o no motivos para el retiro.

De esa manera, en caso de que los jueces de instancia ordinarios o constitucionales constaten la ausencia de motivación del acto de retiro, deben considerar la jurisprudencia de la Corte Constitucional para efectos de i) ordenar los eventuales reintegros a que tengan derecho los demandantes, y ii) determinar los límites a las indemnizaciones que les serán reconocidas. Específicamente deben observar la **Sentencia SU-556 de 2014**, como quiera que debe aplicarse el principio de igualdad entre los servidores públicos que han sido desvinculados de sus cargos en contravía de la Constitución”.

Por su parte, dicha Corporación en Sentencia **SU 091 del 25 de febrero de 2016**, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, reiteró frente a la causal denominada retiro discrecional o por voluntad del gobierno o de la dirección general, lo siguiente:

---

<sup>1</sup> Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia, la Policía Nacional cumple, entre otras, las funciones constitucionales de servir a la comunidad, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo y proteger a todas las personas residentes en Colombia

“3.8.1. Esta Corporación ha considerado que el retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General: **(i)** es una potestad que el mismo Legislador le ha otorgado al Ejecutivo, en cabeza del Gobierno o del Director General de la institución según el rango del policial a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar a los miembros de la Fuerza Pública; **(ii)** dicha facultad puede ser ejercida en cualquier tiempo y solo requiere de un concepto previo que emite la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional cuando se trata de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación para los suboficiales y personal del nivel ejecutivo; **(iii) el retiro del servicio se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple a cabalidad con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución de los fines que el constituyente les ha confiado;** **(iv)** esta facultad discrecional se encuentra justificada en razón a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento individual de cada uno de los funcionarios que pueden afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por tanto, del interés general; **(v)** el oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de eventos no alcanza a causar una asignación de retiro<sup>2</sup>”. (Negrilla fuera del texto original).

### **3.8.2. Del deber de motivar los actos administrativos de retiro del servicio, proferidos en virtud de una facultad discrecional.**

**3.8.2.1.** En atención a la facultad discrecional que otorgó la ley al Gobierno Nacional y al Director General de cada institución para llamar a calificar servicios y para retirar a los miembros de la Fuerza Pública, esta Corporación consideró, que a la luz del artículo 1º superior -el cual dispone que Colombia es un Estado Social de Derecho-, la administración debe respetar el derecho fundamental al debido proceso “-en sus tópicos de derecho de defensa, de contradicción, publicidad, notificación y motivación-” 4 al proferir actos administrativos discrecionales”.

Adicional a lo anterior, es importante destacar que el Consejo de Estado, en consonancia con la postura de la Corte Constitucional previamente relacionada, ha reconocido la necesidad de que los actos administrativos de retiro discrecional de los miembros de la Fuerza Pública estén sustentados en hechos y razones que soporten la decisión, los cuales deberán ser valorados por la correspondiente Junta Asesora o Comité de Evaluación y consignados en la respectiva acta que para esos efectos se suscriba, así:

“En síntesis, el estándar de motivación justificante al que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia en cita supone, en términos generales, que si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan al alto mando a tomar este tipo de decisiones, **los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que**

<sup>2</sup> Sentencia T-265 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

**justifiquen el retiro de un servidor de la Fuerza Pública.** Lo anterior, se traduce, de una parte, en la **proporcionalidad y razonabilidad que deben guiar el ejercicio de la facultad discrecional y, de otra, en la existencia de los conceptos previos emitidos por las juntas asesoras o los comités de evaluación que hagan evidente las razones del servicio invocadas para disponer el retiro del mismo.** Conceptos que tienen que ser puestos en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro, sin que para ello sea obstáculo la reserva legal a la cual pueden estar sujetos. Esto con el fin de que los oficiales o suboficiales de la Fuerza Pública cuenten con la posibilidad en sede judicial de controvertir las verdaderas razones que determinaron su retiro del servicio”. (Negrilla fuera del texto original).

### **5.3. CASO CONCRETO**

#### **5.3.1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

##### **5.3.1.1. De la solicitud de tacha de los testimonios de los señores Sebastián Salamanca Rodríguez y Andrey Yesid Lozano García.**

La apoderada de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonio llevada a cabo el 23 de septiembre de 2021, tachó de sospechosos los testimonios de los señores Sebastián Salamanca Rodríguez y Andrey Yesid Lozano García, al sostener que sus declaraciones se ven afectadas de credibilidad o imparcialidad, dado que les asiste un interés en la decisión que adopte el Despacho, por cuanto promovieron procesos orientados al reintegro en la institución.

Descorrido el traslado de tal solicitud, la apoderada de la parte demandante indicó que los testigos conocen los hechos objeto de debate y el fallo que profiera este Estrado Judicial no les incide, amén que son más de quince (15) personas las afectadas por el desvío de poder y abuso de autoridad del señor Aníbal Villamizar Serrano.

Sobre el particular, el artículo 211 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*.

A su vez, dicha normativa preceptúa que la tacha deberá formularse con la expresión de las razones en que se funda, sin que se especifique si la misma deba hacerse antes, durante o después de la deposición y prevé que dicha solicitud se resolverá en la sentencia de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de Procedimiento Civil<sup>3</sup>, señala en relación con la tacha de testigos, que dicha figura en momento alguno impide que se reciba la declaración del testigo, sino que lo que se pretende es que el juez en el momento del fallo o de resolver el incidente, aprecie con especial atención y mayor severidad la versión respectiva.

En ese sentido, se advierte que, en efecto, los señores Sebastián Salamanca Rodríguez y Andrey Yesid Lozano García, en las declaraciones que rindieron ante este Despacho, refirieron que habían promovido un proceso en contra de la entidad demandada, cuyo objeto se circunscribía a la declaración de nulidad de los actos administrativos que los retiraron del servicio; sin embargo, dicha circunstancia no le resta mérito probatorio a sus testimonios, toda vez que los deponentes eran subalternos del actor, de modo que podrían conocer de forma directa los hechos objeto de censura, además sus declaraciones fueron rendidas bajo la gravedad de juramento, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, las versiones rendidas por los testigos no resultan parcializadas ni afectan su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre los hechos que rodearon la labor prestada por el actor en servicio activo, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas, encontrando el Juzgado que las tachas formuladas, son infundadas y, en consecuencia, dichos testimonios serán valorado por este Estrado Judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

#### **5.4. CARGOS FORMULADOS**

El demandante pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado bajo dos cargos principales a saber: i) falsa motivación y ii) desviación de poder.

---

<sup>3</sup> Tomo 3 - Pruebas, Segunda Edición 2008, página 192

Sobre el particular y en atención a los lineamientos sentados por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación **SU-053 de 2015**, líneas atrás citada, procederá el Despacho a establecer si la facultad discrecional ejercida por el Gobierno Nacional para retirar del servicio activo al demandante fue: **i)** debidamente sustentada en razones objetivas y hechos ciertos, **ii)** se fundamentó en el concepto previo que emiten las Juntas Asesoras o los Comités de Evaluación y **iii)** si cumplió las exigencias de razonabilidad, proporcionalidad y proporcionalidad entre las consecuencias que generó y los fines constitucionales perseguidos.

#### **5.4.1. De la debida sustentación en razones objetivas y hechos ciertos**

En la Resolución No. 3674 del 14 de junio de 2019, el Ministro de Defensa Nacional se ocupó de verificar la instrucción académica y la trayectoria laboral del demandante consignando los motivos que dieron lugar al retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional, así:

“(…)

*4.11.1. Se hace exposición de la trayectoria del Capitán **EDWAR STIVERS CORTÉS SILVA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.321.379, quien fue dado de alta como Subteniente mediante Resolución Ministerial No. 0445 del 23 de enero de 2008, causando sucesivos ascensos en la jerarquía del nivel directivo institucional, en los grados de Teniente, mediante Decreto 02774 del 29-11-2013, y en el grado que actualmente ostenta a través de Dto. 1958 del 11-12-2017, acumulando a la fecha en la Institución un tiempo de servicio de **once (11) años, diez (10) meses y nueve (09) días**.*

*Luego de examinar las razones del servicio que imponen la naturaleza de la función constitucional asignada a la Policía Nacional, esto es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz, se ha evaluado el desempeño profesional del Capitán **EDWAR STIVERS CORTÉS SILVA**, quien se encuentra adscrito a la Policía Metropolitana de Bogotá (MEBOG), desempeñándose en la actualidad como Comandante del Centro de Atención Inmediata (CAI) Cruces de esa unidad policial, esto con el fin de analizar si existe afectación con su actuar al servicio que presta y a la confianza pública e institucional.*

*Una vez consultado el Sistema para la Administración del Talento Humano (SIATH), se observa que el uniformado durante su trasegar institucional ha recibido instrucción académica amplia y suficiente como;*

*Pregrado en Administración Policial, Seminario Granaderos, Seminario de Actuación Policial en el Proceso Electoral, Diplomado Justicia Transicional, Seminario Actualización Código Nacional de Policía y Convivencia, Diplomado Liderazgo para la Seguridad Pública y la Paz Territorial, Seminario Actualización Código Nacional de Policía y Convivencia, Seminario Taller En Seguridad Vial, Seminario Taller Funciones de los Comandantes de Estación Subestación y CAI en el Código Nacional de Policía, entre otros, todo lo anterior aunado a la preparación académica y personal exigida por la Escuela de Cadetes de Policía General Francisco de Paula Santander, para ser oficial de la Policía Nacional, donde le fue otorgado, como ya se indicó previamente el título como "Administrador Policial", lo anterior implica sin temor a dubitaciones, que el referido policial en su calidad de oficial conoce los derechos y deberes propios de los hombres y mujeres que integran la Policía Nacional, entidad a la que el constituyente le han encomendado la función cardinal de proteger la vida, honra y bienes de los habitantes de Colombia para que estos convivan en paz, tal y como se denotara de las normas que establecen los axiomas que regulan la actividad de policía, las cuales serán transcritas a continuación:*

(…)”.

Igualmente, luego de citar la Ley 62 de 1993, por medio de la cual se expedieron las normas sobre la Policía Nacional y las Resoluciones Nos.

03906 del 8 de septiembre de 2008 y 01550 del 28 de mayo de 2009, que definieron la estructura orgánica interna y las funciones de la Policía Metropolitana de Bogotá y Departamentos de Policía a Nivel Nacional, señaló:

“(…)

*En virtud de la misión asignada a la Policía Metropolitana de Bogotá (MEBOG), así como las funciones de los Comandantes de Centro de Atención Inmediata (CAI), el Capitán **EDWAR STIVERS CORTÉS SILVA**, ha logrado adquirir una experiencia en el desarrollo de su encargo realizado y dada su formación académica como Administrador Policial durante su permanencia en la Escuela de Cadetes de Policía "General Francisco de Paula Santander", así como en la unidad donde se encuentra desde el mes de mayo del año 2017, se puede concluir que el referido oficial cuenta con las competencias básicas y fundamentales para cumplir con el deber ineludible para todo policial de proteger la vida, honra y bienes de los habitantes del territorio colombiano, dispuesto en los artículos 2 y 218 de la Constitución Política, lo cual sin lugar a discusión permite no solo materializar el óptimo funcionamiento de la Policía Nacional y la buena prestación del servicio de policía, sino además generar lazos de estrecha fraternidad y confiabilidad con el conglomerado social, que siempre espera un **funcionario de policía intachable en todos los ámbitos en los que se desenvuelve.***

*Así mismo, de los compromisos en cita, se desprende una serie de directrices dirigidas al acatamiento estricto del ordenamiento jurídico, donde el uniformado como servidor público y miembro del nivel directivo, tiene la responsabilidad de conocer y ser un ejemplo en el cumplimiento de las normas que regulan el servicio de policía, para que de la misma manera sea quien oriente al personal bajo su mando, lo anterior con el fin de garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución y la ley, que se deben observar en el ejercicio de la función pública, ya que de no ser así **sufriría gran perjuicio la imagen y legitimidad de la Institución frente a la comunidad.***

(…)”.

En ese sentido, hizo alusión al oficio suscrito por el Coronel José Oscar Jaramillo Niño, Comandante Operativo de Seguridad Ciudadana No. 4 (E), para concluir lo siguiente:

“(…)

*De acuerdo a lo citado en los documentos expuestos, se resalta por parte del Mayor General HOOVER ALFREDO PENILLA ROMERO, Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá (MEBOG), que a su vez cita la solicitud de evaluación de trayectoria presentada por parte del Coronel JOSÉ ÓSCAR JARAMILLO NIÑO, Comandante Operativo de Seguridad Ciudadana No. 4 (E), el incumplimiento de las obligaciones que como oficial y comandante ha evidenciado el Capitán **EDWAR STIVERS CORTÉS SILVA**, resaltando entre otras el incumplimiento de las órdenes impartidas por sus superiores, los retardos injustificados al servicio e incumplimiento de las labores concertadas previamente con el aquí evaluado, esta afirmación se encuentra sustentada por el oficial a partir de las anotaciones registradas en el Formulario de Evaluación y seguimiento.*

*Dentro del oficio presentado por el Coronel JOSÉ ÓSCAR JARAMILLO NIÑO, indica que el Capitán **EDWAR STIVERS CORTÉS SILVA**, con su actuar y proceder "lesionó gravemente la confianza depositada por la sociedad Colombiana y la Institución como servidor público, características indispensables en la misión encomendada", por lo que pese a las labores de acompañamiento y orientación, el aquí evaluado no ha redireccionado su rendimiento profesional. Con lo anterior el Comandante Operativo de Seguridad Ciudadana No. 4 (E), de la Policía Metropolitana de Bogotá (MEBOG) considera que este oficial no es destinatario de la confianza necesaria para desarrollar un servicio adecuado, destacando la poca efectividad de este y dejando su rendimiento laboral al azar.*

(…)”.

Así las cosas, citó cada uno de los registros demeritorios insertados a los formularios de seguimiento y evaluación del señor Edwar Stivers Cortés Silva, así:

➤ **COMPORTAMIENTO- TRABAJO EN EQUIPO.**

Sobre el particular, se señaló que los miembros de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional advirtieron que el demandante había sido objeto en los últimos dos años (2018-2019) de anotaciones que dan cuenta de su deficiente capacidad de formar parte de un grupo, trabajar colectivamente y mejorar continuamente el servicio que presta, por las siguientes anotaciones:

- 1. 27 de abril de 2018.** No informó sobre la novedad presentada con el Patrullero Juan Pablo Ochoa Ledezma, integrante del CAI Colseguros, quien no se presentó a realizar segundo ni primer turno el día 18 de marzo de 2018.
- 2. 27 de abril de 2018.** No presentó recuperación de cocaína, de portes ilegales ni armas, de vehículos y de motocicletas (teniendo en cuenta el comparativo del mes de marzo de los años 2017-2018). Disminución de la actividad operativa y aumento de los índices delictivos especialmente de hurto de celulares y residencias.
- 3. 24 de septiembre de 2018.** El 13 de septiembre de 2018, no se presentó a las 14:00 horas a la estación, luego de realizar primer turno como Oficial de Vigilancia, desconociéndose las actividades que se encontraba realizando y si estaba autorizado.
- 4. 25 de septiembre de 2018.** No impartir las consignas claras y específicas a los cuadrantes que realizan primer turno del CAI Cruces, del cual era Comandante.
- 5. 12 de diciembre de 2018.** No cumplió de manera oportuna las órdenes orientadas a hacer entrega de las articulaciones en cumplimiento al plan de trabajo que deben reposar en las actas de los Comités de Vigilancia. Incumplimiento reiterado al no entregar la documentación durante las semanas 44, 45 y 46.
- 6. 11 de marzo de 2019.** Falta de preocupación en cuanto al cumplimiento de las constantes órdenes emanadas por el Comando de Estación, donde una de ellas trata que el personal el cual realiza proceso de judicialización en tercer y/o segundo turno, están llegando a reclamar armamento y elementos para el servicio, sin realizar su presentación a ningún oficial, ni colocando en conocimiento del

Comandante del CAI y del Oficial o Suboficial de Vigilancia, haciéndose constante la inasistencia de estos, quienes están afectando de forma notoria la planeación del servicio, sin que el actor en su calidad de Comandante realice control alguno.

7. **23 de marzo de 2019.** Incumplimiento a la orden impartida el 14 de marzo de 2019, durante el Comité de Vigilancia, relativa a realizar la formación de las tres secciones a los señores Suboficiales o Mandos del Nivel Ejecutivo que se encuentran como Jefe de Información y Seguridad a Instalaciones, así como a los patrulleros que cumplen funciones de control de ingreso y salida de parqueadero, aspecto que fue recordado el 21 del mismo mes y año, ordenándose también realizar el ejercicio de control durante la salida y llegada de los diferentes turnos de vigilancia, evitando que los policiales porten de forma inadecuada el uniforme, directrices que no fueron acatadas al 27 de marzo de 2019.
8. **31 de marzo de 2019.** No hizo entrega de la evidencia solicitada para el cumplimiento de la tarea orientada a que se verifique que se nombre de manera semanal el personal asignado a la seguridad de las instalaciones y la instrucción quincenal, referente a las actividades y funciones que deben cumplir.

Por lo anterior, se concluyó lo siguiente:

“(…)

*Las anteriores anotaciones registradas, evidencian que el Capitán **EDWAR STIVERS CORTÉS SILVA**, ha sido objeto de anotaciones **por no cumplir a cabalidad las órdenes impartidas para el correcto ejercicio de su cargo**, lo cual indica que el Oficial no se encuentra en la capacidad de adaptarse a la exigencia operacional que le exige su cargo, lo anterior bajo el entendido de no impartir las consignas claras y específicas a los cuadrantes que prestan su servicio en el CAI Cruces del cual funge el oficial evaluado como comandante, esto a fin de evitar hechos que ponen en riesgo la seguridad ciudadana su integridad y su vida, en particular las relacionadas con ausencia en el cumplimiento de sus deberes de supervisión en el correcto diligenciamiento de documentos públicos como las minutas de vigilancia, y de otra parte en su falta de control e iniciativa para implementar las actuaciones de vigilancia, disuasión y control de los delitos y contravenciones, con lo anterior se evidencia su falta de compromiso y profesionalismo ante las actividades ordenadas y relacionadas con el servicio de policía, ya que en su rol de Comandante de Centro de Atención Inmediata (CAI), se encuentra en el deber de atender y apoyar en forma oportuna la ejecución de planes, programas y motivos de Policía que sucedan, así como ejecutar los procedimientos de prevención o control de delitos y comportamientos contrarios a la convivencia en la jurisdicción, impactando los niveles de criminalidad que afectan la comunidad a la cual sirve.*

(…)

*Anotaciones como las citadas previamente resaltan como el Capitán EDWAR STIVERS CORTÉS SILVA, carece del liderazgo y profesionalismo exigible a todo funcionario de la Policía Nacional, ya que en la primera anotación de estas se evidencia como no coordina con el personal subalterno las formaciones ordenadas por sus superiores jerárquicos. Por otra parte el hecho de que el oficial no haga entrega oportuna de los requerimientos realizados, pone nuevamente en evidencia el actuar negligente y poco comprometido del señor CORTÉS SILVA.*

*Este Conjunto de anotaciones demuestran el reiterado incumplimiento de órdenes e instrucciones de cumplimiento cotidiano por parte del Capitán EDWAR STIVERS CORTÉS SILVA, en hechos de suma importancia para su desarrollo profesional, ha de considerarse que el cumplimiento de reportes es una responsabilidad directa del comandante de CAI dentro de los deberes asociados al Modelo Nacional de Vigilancia Comunitaria por Cuadrantes (MNVCC), toda vez que en su rol de Comandante de CAI debe entre otras cosas velar por Liderar la recolección de la información proveniente de las patrullas del para con ello realizar un diagnóstico exhaustivo de la problemática de la jurisdicción que está bajo su responsabilidad, para definir y orientar las actividades durante el servicio. Por tanto la ausencia en el cumplimiento de estas actividades permiten evidenciar que el funcionario pese a su capacitación como "administrador policial", ha sido renuente al cumplimiento de las actividades de su cargo como oficial de la Policía Nacional, afectando con ello el servicio para el cual ha sido nombrado.*

*Para concluir lo anterior, se evidencia con suficientes elementos que de acuerdo a las anotaciones insertadas por afectación al ítem COMPORTAMIENTO - TRABAJO EN EQUIPO, el Capitán EDWAR STIVERS CORTÉS SILVA, no ha cumplido estricta y satisfactoriamente las funciones encomendadas por sus superiores, ocasionando con ello la afectación al servicio de Policía para el cual fue designado.*

(...)"

➤ **INCUMPLIMIENTO A SUS DEBERES COMO EVALUADOR.**

Se evidenció que el actor incumplió los deberes que le cometían como autoridad evaluadora, dado que **no tramitó dentro de los términos establecidos en la norma, los recursos de reclamación interpuestos por el personal dispuesto a su cargo, contra las anotaciones que se incorporaron en sus folios de vida**, tal como se evidencia en los siguientes registros:

| REGISTROS REALIZADOS AL ACTOR (INASISTENCIA DE ANOTACIONES POR TÉRMINOS) | REGISTRO  |   |
|--|---|---|
|  | Reclamaciones realizadas por el personal a cargo del demandante | Fecha de las anotaciones realizadas al personal a cargo del actor |
| 22 de enero de 2018  | PT Jorge Alexander Flórez Martínez                              | 19 de enero de 2018   |
| 06 de marzo de 2018  | PT Beatriz Elena Hernández J.                                   | 04 de febrero de 2018   |
| 09 de marzo de 2018  | PT Jiovany Orlando López Vargas                                 | 01 de marzo de 2018   |
| 20 de mayo de 2018   | IT Alcibiades Rayran Mancera                                    | 18 de mayo de 2018  |
| 06 de junio de 2018  | PT Nilson Yovany Sánchez Rincón                                 | 28 de mayo de 2018  |
| 06 de agosto de 2018   | PT Diego Armando Sandoval Daza                                  | 23 de julio de 2018   |
| 16 de diciembre de 2018  | IT Hernán Yesid Rodríguez Hortua                                | 14 de diciembre de 2018   |
| 07 de marzo de 2019  | PT Alfred Jair Viloría Ayala                                    | 01 de marzo de 2019   |

La anterior situación que fue determinante para que la Junta Asesora estableciera lo siguiente:

"(...)

*Las anteriores anotaciones permiten a ilustrar a los miembros de esta Junta Asesora la falta por parte del oficial en la decisión oportuna de los recursos presentados por el personal subalterno, los cuales se encuentran relacionados con la evaluación efectiva del desempeño laboral de estos, toda vez que le fueron insertadas anotaciones, por no tramitar los recursos presentados por sus evaluados dentro de los términos establecidos en el artículo 52 del Decreto Ley 1800 de 2000, lo cual nos permite evidenciar la falta de idoneidad y liderazgo de este funcionario, frente a tareas que resultan sencillas en el quehacer administrativo pero que son fundamentales cuando se ostenta una calidad preponderante dentro del cuerpo policial, ya que con estas se determina el nivel de desempeño profesional y el comportamiento de los policiales que lidera, y por ende la calidad de servicio que se está prestando a la comunidad, del mismo modo, el incumplimiento de las funciones asignadas como evaluador genera afectaciones a la política de administración del talento humano fijada por la Policía Nacional, teniendo en cuenta que el formulario de evaluación y seguimiento, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 4 del de la norma en cita, constituye una herramienta fundamental para establecer y valorar los logros de la gestión desarrollada por el respectivo uniformado en un periodo determinado que le permite a la Institución formular perfiles ocupacionales y profesionales, establecer planes de capacitación, otorgar estímulos y ascensos, facilitar la reubicación laboral, asignar cargos y decidir sobre la permanencia en la Institución entre otros factores, por lo que la no observancia de las funciones que le corresponde como evaluador, afecta ostensiblemente el procedimiento enunciado cuando la Policía Nacional pretenda tomar acciones o decisiones en relación con el personal evaluado.*

(...)"

### ➤ **OTRAS ANOTACIONES QUE RESALTAN EL COMPORTAMIENTO DEL OFICIAL.**

Al respecto, se precisó que los miembros de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional dentro del formulario de evaluación del demandante evidenciaron registros relacionados a las actuaciones negligentes y poco profesionales, respecto de sus responsabilidades como Comandante del Centro de Atención Inmediata (CAI), así:

- 1. 13 de abril de 2018.** EL 12 de abril de 2018, fue objeto de llamado de atención por parte del señor Mayor Subcomandante de la Tercera Estación de Policía Santafé, por llegar retardado 15 minutos aproximadamente sin causa justificada al Comité de Vigilancia de Operaciones de la semana 14.
- 2. 21 de abril de 2018.** No llegó puntual al relevo de los servicios de la metropolitana de Bogotá, siendo notificado de la formación a las 06:30 horas, por parte del CT Julián Briceño, desde el día anterior a las 15:40 horas, presentándose con 5 minutos de retraso.

Las anteriores anotaciones, pese a que no generaban antecedentes disciplinarios o afectaciones en la evaluación del desempeño del oficial fueron relevantes para la Junta Asesora, al considerar:

"(...)

*Dentro de los registros realizados en su formulario de evaluación y seguimiento se destacan estos dos llamados de atención donde se resalta la actitud renuente del aquí evaluado para cumplir a cabalidad con aspectos sencillos del quehacer profesional de cualquier persona en los distintos ámbitos laborales, como es la puntualidad y la asistencia oportuna a reuniones de trabajo, ya que si bien en su condición de Comandante de Centro de Atención Inmediata (CAI), le es impuesta múltiples ocupaciones y responsabilidades, lo cierto es que dichos comités y reuniones son espacios de suma importancia que permiten abordar discusiones estratégicas sobre los fenómenos que afectan las condiciones de seguridad y convivencia ciudadana de cada unidad de policía, por ello dichos estamentos, deben contar con la participación activa de todos los actores internos de la Policía Nacional, ya que allí se transmiten las órdenes y consignas necesarias para atender las actividades necesarias para el mejoramiento continuo del servicio de Policía.*

(...)"

En ese orden de ideas, debe resaltarse que la motivación que fue tenida en cuenta por la entidad demandada para el retiro del demandante consistió en que este contaba con distintas anotaciones negativas en sus formularios de seguimiento para los años 2018 y 2019, mismas que, conforme lo sintetizó la Policía Nacional en lo relacionado en el acto administrativo atrás referido, se pueden resumir de la siguiente manera: i) Comportamiento – trabajo en equipo: incumplimiento de sus labores, frente al personal que tenía a su disposición y las órdenes impartidas por sus superiores, falta de compromiso y responsabilidad de las tareas asignadas, disminución de actividad operativa y aumento en la actividad delictiva a cargo del CAI asignado y falta de control del personal bajo su mando e ii) Incumplimiento a sus deberes como evaluador: no resolver dentro del término las reclamaciones elevadas por sus subalternos.

Aunado a lo anterior, se efectuó un análisis juicioso de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que el señor Edwar Stivers Cortés Silva no desempeñaba a cabalidad las ordenes impartidas por parte de sus superiores relacionadas con sus funciones y cargo, reiterándose los llamados de atención de los que fue objeto.

**5.4..2. Se fundamente en el concepto previo que emiten las Juntas Asesoras o los Comités de Evaluación, el cual debe ser suficiente y razonado.**

Mediante Acta No. 003-ADEHU-GRUAS-2.25//APROP-GRURE-2.33 del 6 de mayo de 2019, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, recomendó retirar del servicio activo al demandante por voluntad del Gobierno Nacional, teniendo en cuenta su trayectoria profesional, recomendación que se sustentó en las siguientes documentales:

- **Oficio No. S-2019/SUBCO-COSEC4-29.25 (sin fecha)**, suscrito por el Coronel José Oscar Jaramillo Niño, Comandante Operativo de Seguridad Ciudadana No. 4 (E), por medio del cual le solicitó al Mayor General Hoover Alfredo Penilla Romero, Comandante de Policía Metropolitana de Bogotá, que estudiara la posibilidad de evaluar la trayectoria profesional del demandante, así:

“(…)

El señor Capitán CORTES SILVA EDWAR STIVERS, incumplió sus obligaciones como autoridad evaluadora de resolver dentro de los términos establecidos en el Decreto 1800 de 2000, las reclamaciones con el personal que tiene bajo su cargo (PT TORO CARDONA EDWIN ALEXANDER, SI PEÑALOZA FLOREZ CRISTHIAN DAVID, PT PARRA PARADA FABIO HERNANDO, SI RODRIGUEZ HERRERA CARLOS FABIAN, PT FLOREZ MARTINEZ JORGE ALEXANDER, PT HERNANDEZ JARAMILLO BEATRIZ ELENA, PT MADRIGAL TIQUE ROBERTO, PT LOPEZ VARGAS GIOVANY ORLANDO, IT RAYRAN MANCERA ALCIBIADES, PT SANCHEZ RINCON NILSON YOVANY, PT SANDOVAL DAZA DIEGO ARMANDO, IT RODRIGUEZ HORTUA HERNAN YESID, PT VILORIA AYALA JAIR ALFRED ). En quince (15) oportunidades, es decir que presenta una conducta de forma reiterativa, pues dicha omisión conlleva que las anotaciones realizadas sean catalogadas como inexistentes.

De otra parte existen anotaciones y afectaciones en el formulario de seguimiento del mentado Oficial, por incumplimiento a las órdenes impartidas por sus superiores, retardos a la formación, no aportar a la prevención de delitos, inasistencia a laborar, incumplimiento a las tareas concertadas.

(…)”

- Formularios de seguimiento y evaluación del señor Edwar Stivers Cortés Silva, correspondientes a los años 2018 y 2019, contentivos de los llamados de atención, las evaluaciones y anotaciones de sus comportamientos de desempeño personal y profesional.

De acuerdo con lo anterior, la Resolución No. 3674 del 14 de junio de 2019 -acto demandado en la presente controversia-, se ciñó estrictamente a los hechos consignados en el Acta No. 003-ADEHU-GRUAS-2.25//APROP-GRURE-2.33 del 6 de mayo de 2019, mediante la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional recomendó al Gobierno Nacional el retiro del actor “*POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO NACIONAL*”.

#### **5.4.3. Cumplir las exigencias de razonabilidad, razonabilidad y proporcionalidad.**

Sobre el particular, es claro que el sustento de la decisión que nos ocupa obedece al ejercicio de la facultad discrecional, razón por la cual es pertinente determinar el sentido, alcance y límites dentro de los cuales debe ser ejercida dicha facultad.

##### **5.4.3.1. Límites y elementos de la discrecionalidad.**

A este propósito, el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone que *“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”*.

Dicha preceptiva indica que el legislador contempló expresamente motivación para el acto discrecional, entendida bajo dos aspectos principales:

a-Debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-525 del 16 de noviembre de 1995 señala al respecto: *“La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él”*.

b- Debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

En la sentencia referida dicha Corporación Judicial expresó: *“La proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico; de ahí que cobre sentido la afirmación de Kelsen, para quien la decisión en derecho asigna determinados efectos jurídicos a los supuestos de hecho”*.

c- Debe ser acorde a las razones del servicio.

En la misma sentencia la H. Corte Constitucional, dijo: *“En el caso de la Policía Nacional, las razones del servicio están básicamente señaladas en la propia Constitución Política (art. 218), a saber: el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. El Comité evaluador debe verificar si, dentro de estos parámetros, los oficiales, suboficiales y agentes están cumpliendo correctamente con su deber, si están en condiciones psíquicas, físicas y morales para prestar el servicio y en actitud para afrontar todas las situaciones que en razón de su actividad de salvaguardar el orden se presentan. Por otra parte, debe tener en cuenta que*

*el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia que implican que los altos mandos de la institución puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando. Es claro que el éxito del servicio guarda relación de proporcionalidad entre las aptitudes del personal que lo presta y el fin de la institución; en el caso de descoordinación entre el servidor y el fin de la institución debe primar éste, y por ende debe la institución estar habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto”.*

Concordante con lo anterior, el H. Consejo de Estado en sentencia del 10 de septiembre de 2015, Consejero Dr. Gerardo Arenas Monsalve, señaló<sup>4</sup>:

*“(…)*

*En síntesis, el estándar de motivación justificante al que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia en cita supone, en términos generales, que si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan al alto mando a tomar este tipo de decisiones, los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro de un servidor de la Fuerza Pública.*

*Lo anterior, se traduce, de una parte, **en la proporcionalidad y razonabilidad que deben guiar el ejercicio de la facultad discrecional** y, de otra, en la existencia de los conceptos previos emitidos por las juntas asesoras o los comités de evaluación que hagan evidente las razones del servicio invocadas para disponer el retiro del mismo.*

*Conceptos que, debe decirse, tienen que ser puestos en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro, sin que para ello sea obstáculo la reserva legal a la cual pueden estar sujetos. Esto con el fin de que los oficiales o suboficiales de la Fuerza Pública cuenten con la posibilidad en sede judicial de controvertir las verdaderas razones que determinaron su retiro del servicio.*

*(…)”. (Negrilla fuera del texto original).*

De lo anterior, se desprende que la discrecionalidad debe tener un mínimo de motivación justificante (adecuación y proporcionalidad) la cual queda implícita en la decisión y subsumida en la presunción de legalidad que reviste el acto administrativo, razón por la cual una vez expedido se entiende ajustado al ordenamiento jurídico, presunción que admite prueba en contrario, por lo que corresponde al censor evidenciar la lesión sufrida por el ordenamiento positivo a causa del acto enjuiciado.

---

<sup>4</sup> Expediente No. 050012331000199800554 01, actor: Wilmer Uriel García Mendoza, concluyó:

Así, se puede concluir que la potestad discrecional en nuestro sistema jurídico, tiene un límite fuerte en la prohibición de la arbitrariedad, que implica *“una garantía para el administrado y constituye, al propio tiempo, una pauta de control que ejercen los jueces para proteger los derechos en intereses de las personas con la mira puesta, fundamentalmente, en la defensa de sus libertades, y someter a la Administración al Derecho”*<sup>5</sup>.

Bajo el anterior criterio legal y jurisprudencial corresponde entonces verificar al Despacho las circunstancias que dieron origen al ejercicio de la facultad discrecional, de conformidad con las pruebas documentales obrantes en el expediente, así como en los testimonios recepcionados dentro de la presente actuación, así:

El apoderado del actor sostiene que el acto administrativo cuya nulidad se depreca en la presente controversia se encuentra viciado, toda vez que tuvo su génesis en la solicitud elevada por el Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano, a quien se le dio total credibilidad, por cuanto la institución no realizó ningún control frente a lo expuesto por dicho Comandante.

Ahora bien, de las pruebas obrantes en el expediente se observa que, a través del **Oficio No. S-2019/SUBCO-COSEC4-29.25 (sin fecha)**, el **Coronel José Oscar Jaramillo Niño, Comandante Operativo de Seguridad Ciudadana No. 4 (E)**, le solicitó al Mayor General Hoover Alfredo Penilla Romero, en su calidad de Comandante de Policía Metropolitana de Bogotá, la posibilidad de evaluar la trayectoria profesional del señor Edwar Stivers Cortés Silva, quien se desempeñaba en el cargo de comandante CAI Cruces al sostener que *“el uniformado con su actuar afecta el servicio que desarrolla la policía Nacional y la confianza depositada por el Mando Institucional...”*, relacionando el incumplimiento a sus obligaciones como autoridad evaluadora de resolver dentro de los términos establecidos en el Decreto 1800 de 2000, las reclamaciones realizadas por el personal a su cargo, en 15 oportunidades, lo que denota una conducta reiterada, omisión que las anotaciones efectuadas sean inexistentes.

Sobre el particular, advierte el Despacho que el referido oficio fue objeto de análisis por la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la

---

<sup>5</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, OP., Pagina 216.

Policía Nacional, a través del Acta No. 003-ADEHU-GRUAS-2.25//APROP-GRURE-2.33 del 6 de mayo de 2019, el cual sirvió de fundamento para recomendar el retiro del actor por Voluntad del Gobierno Nacional, pues precisamente, de conformidad con el criterio jurisprudencial expuesto, el Comité Evaluador debe verificar el cumplimiento del deber legal de cada policial, teniendo en cuenta que el mismo está soportado en las exigencias de eficiencia y disciplina que implican que los altos mandos de la institución puedan contar, en condiciones de absoluta confianza, con el personal bajo su mando, oficio que vale la pena resaltar, **no fue suscrito por el Teniente Coronel Aníbal Villamizar Niño.**

A su vez, en virtud de lo contemplado en la Decreto 1800 de 2000, la evaluación del personal uniformado de la Policía Nacional es un proceso continuo y permanente por medio del cual se determina el nivel de desempeño profesional y el comportamiento personal de un uniformado, con el objetivo de establecer y valorar los logros de la gestión desarrollada en un período determinado para: i) formular perfiles ocupacionales y profesionales, ii) establecer planes de capacitación, iii) otorgar estímulos y ascensos, iv) facilitar la reubicación laboral v) asignar cargos y vi) **decidir sobre la permanencia o retiro en la Institución**, la cual en ningún caso es un instrumento sancionatorio.

En ese sentido, era requisito *sine quanon* que la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional para recomendar el retiro del actor, evaluara su trayectoria profesional, la cual, por un lado, se ocupó de relacionar el Comandante Operativo de Seguridad Ciudadana No. 4 (E), en el oficio citado precedentemente, que a su vez coincide con lo consignado en sus formularios de seguimiento, así:

| AÑOS | ANOTACIONES REALIZADAS AL ACTOR   |  |   |
|------|---|--|---|
|      | COMPORTAMIENTO - TRABAJO EN EQUIPO  | INCUMPLIMIENTO DEBERES COMO EVALUADOR  | COMPORTAMIENTO DEL OFICIAL  |
| 2018 | En atención a la comunicación oficial No S-2018-087146, suscrita por el Mayor ÁLVARO PABÓN MORA, subcomandante de la unidad, se evidencia que no informó sobre la novedad presentada con el señor patrullero OCHOA LEDEZMA JUAN PABLO, integrante del CAI Colseguros, quien no se presentó a realizar segundo ni primer turno el día 18 de marzo de 2018. | No tramitó dentro de los términos establecidos en la norma el recurso de reclamación interpuesto por el señor IT RAYRAN MANCERA ALCIBÍADES, a la anotación de fecha 18/05/18 | El día 12/04/2018, fue objeto de llamado de atención por parte del Mayor Subcomandante de la Tercera Estación de Policía Santa Fe, por llegar retardado 15 minutos aproximadamente, sin causa justificada, al comité de vigilancia operaciones de la semana 14. |

|   |   |  |
|---|---|--|
| <p>En el mes de marzo del año 2018, no presentó casos de: homicidios; de hurto a comercio, a vehículos, a motocicletas y a bancos, ni de piratería; recuperación de base de coca, bazuco o cocaína, de portes ilegales ni armas, de vehículos y de motocicletas (teniendo en cuenta el comparativo del mes de marzo año 2017-2018), efecto para el cual se deja constancia de la disminución de la actividad operativa y el aumento de los índices delictivos especialmente del hurto de celulares y residencias.</p>   | <p>No tramitó dentro de los términos establecidos en la norma el recurso de reclamación interpuesto por el señor PT SÁNCHEZ RINCÓN NILSON YOVANY, a la anotación de fecha 28/05/18</p>  | <p>El señor oficial no llegó puntual al relevo de los servicios de la metropolitana de Bogotá, siendo notificado de la formación a las 06:30 horas por parte del señor Ct Julián Briceño desde el día anterior a las 15:40 horas, presentándose con cinco minutos de retardo</p> |
| <p>En atención a la comunicación oficial No S-2018-282712, suscrita por el señor Mayor ÁLVARO PABÓN MORA, subcomandante de la unidad, el 13 de septiembre de 2018, no se presentó a las 14:00 horas a la estación luego de realizar primer turno como oficial de vigilancia, desconociéndose las actividades que se encontraba realizando y si contaba con autorización.</p>  | <p>No tramitó dentro de los términos establecidos en la norma el recurso de reclamación interpuesto por el señor PT SANDOVAL DAZA DIEGO ARMANDO, a la anotación de fecha 23/07/18</p>   |  |
| <p>No impartir las consignas claras y específicas a los cuadrantes que realizan primer turno del CAI Cruces del cual es comandante, con el fin de evitar hechos que ponen en riesgo la seguridad ciudadana y más aún cuando se pone en peligro el derecho principal que tiene toda persona que es la vida, donde tampoco se evidencio la aplicación del plan ordenado con las propiedades horizontales, consistente en que el cuadrante debe dialogar con cada uno de los guardas de seguridad dando consignas sobre la función y la seguridad que deben brindar al interior de los conjuntos residenciales</p> | <p>No tramitó dentro de los términos establecidos en la norma el recurso de reclamación interpuesto por el señor IT RODRIGUEZ HORTUA HERNÁN YESID, a la anotación de fecha 14/12/18</p> |  |
| <p>En atención a la comunicación oficial No. S-2018-370616, suscrita por la señora Patrullera VIVIANA MARCELA PULIDO, Secretaria del Comando de Estación, se advirtió falta de compromiso y responsabilidad al no cumplir de manera oportuna las órdenes dadas en referencia a hacer entrega de las articulaciones en cumplimiento al plan de trabajo que deben reposar en las actas de los comités de vigilancia. Evidenciándose un incumplimiento reiterativo al no entregar esta documentación durante la semana 44, 45 y 46, desconociéndose los motivos por los cuales se generó su inobservancia.</p>     | <p>No tramitó dentro de los términos establecidos en la norma el recurso de reclamación interpuesto por el señor PT VILORIA AYALA JAIR ALFRED, a la anotación de fecha 01/03/19</p>     |  |

|             |   |  |  |
|-------------|---|--|--|
|             | <p>Falta de preocupación en cuanto al cumplimiento de las constantes órdenes emanadas por el Comando de Estación. Una de ellas trata que el personal que realiza proceso de judicialización en tercer turno y/o segundo turno, está llegando a reclamar armamento y elementos para el servicio sin realizar su presentación a ningún oficial, haciéndose constante la inasistencia de estos, quienes están afectando notoriamente la planeación del servicio.</p>   |  |  |
| <p>2019</p> | <p>Incumplimiento a la orden impartida durante el comité de vigilancia, referente a realizar la formación de las tres secciones a los señores Suboficiales o Mandos del Nivel Ejecutivo que se encuentran como Jefe de Información y Seguridad a Instalaciones, así mismo a los patrulleros que cumplen las funciones como control ingreso y salida de parqueadero, con el fin de impartir consignas sobre medidas de seguridad y la implementación de la nueva tarjeta expedida por este Comando de Estación para el control de motocicletas y vehículos, aspecto que fue recordado el 21 de marzo de 2019, en el comité de vigilancia de la semana Nro. 11, ordenándose también realizar el ejercicio de control durante la salida o llegada de los diferentes turnos de vigilancia como Jefe de Seguridad a Instalaciones y evitar que se sigan presentado los casos de mala imagen institucional con policiales que sale de la unidad haciendo mal uso del uniforme y después de 13 días no ha dado cumplimiento.</p> |  |  |
|             | <p>No hizo entrega de la evidencia solicitada para el cumplimiento de la tarea orientada a verificar que el personal asignado a la seguridad de las instalaciones este nombrado de manera semanal en la orden del día e impartir instrucción de manera quincenal.</p>   |  |  |

Como puede verse, el demandante fue objeto de varios llamados de atención por no cumplir con las órdenes impartidas, no comunicar las novedades del personal, la disminución de actividad operativa, el incumplimiento de funciones y no evaluar el desempeño laboral del personal bajo su mando, pues reiteradamente omitió resolver los recursos interpuestos por los evaluados dentro de los términos establecidos, obligaciones a las que se comprometió, de conformidad con las

concertaciones de la gestión correspondientes a los años 2018 y 2019, que reposan en el Formulario I de Evaluación del Desempeño Policial, obrantes en el plenario, debiendo entre otros, i) orientar a las patrullas que integraban los cuadrantes de su jurisdicción respecto de las actuaciones tendientes a mitigar los hechos delincuenciales, ii) verificar y controlar que el personal bajo su cargo las ejecutara de manera adecuada, iii) desarrollar los palanes establecidos por el Comandante de Estación, iv) efectuar al menos 2 registros mensuales en los formularios de seguimiento de los policiales, v) ejecutar acciones preventivas, disuasivas y de inspección, lo cual debía demostrar mediante informes ejecutivos, vi) informar por escrito cualquier situación de comportamiento que no esté acorde con la normatividad por parte de los policiales y vii) verificar que el personal no se movilice en motos que no correspondan a la institución y que no porten de forma adecuada el uniforme.

Aunado a lo anterior, de la hoja de servicios del demandante, expedida por el Grupo de Reubicación Laboral, Retiros, Reintegros DITAH de la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, se observa que el señor Edwar Stivers Cortés Silva ostentaba el grado de Capitán y tenía la siguiente formación académica:

“(…)

| Cursos Adelantados en el País y en el Exterior |             |  |   |
|--|-------------|--|---|
| Estudios                                       | Fecha fin   | Título obtenido  | Nombre del Establecimiento                |
| BÁSICA SECUNDARIA                              | 03 DIC 2004 | BACHILLER MILITAR  | COLEGIO MILITAR CORONEL FRAY JOSE IGNASIO |
| SEMINARIO                                      | 03 JUL 2008 | SEMINARIO ACTUALIZACION POLICIAL                                     | ESCUELA DE POLICIA RAFAEL REYES           |
| CURSO  | 15 MAY 2010 | MANEJO DE PISTOLA PARA EL SERVICIO CON ENFASIS EN EL MODELO SIG      | ESCUELA DE POLICIA RAFAEL REYES           |
| SEMINARIO                                      | 12 JUN 2010 | SEMINARIO MANEJO DE PISTOLA PARA EL SERVICIO POLICIAL CON ENFASIS EN | ESCUELA DE POLICIA RAFAEL REYES           |
| PREGRADO (UNIVERSI                             | 01 OCT 2013 | PREGRADO EN ADMINISTRACION POLICIAL                                  | ESCUELA DE CADETES DE POLICIA GENERAL     |
| CERTIFICACION                                  | 22 DIC 2011 | CERTIFICACION CIUDADANO DIGITAL                                      | POLICIA NACIONAL DE COLOMBIA              |
| SEMINARIO                                      | 23 JUN 2012 | SEMINARIO GRANADEROS   | ESCUELA NACIONAL DE OPERACIONES DE LA     |
| SEMINARIO                                      | 25 SEP 2015 | SEMINARIO DE ACTUACION POLICIAL EN EL PROCESO ELECTORAL              | DIRECCION NACIONAL DE ESCUELAS            |
| SEMINARIO                                      | 31 AGO 2016 | SEMINARIO SISTEMA DE GESTION DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO      | ESCUELA DE POLICIA GABRIEL GONZALEZ       |
| DIPLOMADO                                      | 30 SEP 2015 | DIPLOMADO JUSTICIA TRANSICIONAL                                      | ESCUELA DE POLICIA GABRIEL GONZALEZ       |
| SEMINARIO                                      | 12 DIC 2016 | SEMINARIO ACTUALIZACION CODIGO NACIONAL DE POLICIA Y CONVIVENCIA     | DIRECCION NACIONAL DE ESCUELAS            |
| DIPLOMADO                                      | 12 MAY 2017 | DIPLOMADO LIDERAZGO PARA LA SEGURIDAD PUBLICA Y LA PAZ TERRITORIAL   | ESCUELA DE POSTGRADOS DE POLICIA          |
| CURSO  | 12 ABR 2017 | CURSO ENGLISH VIRTUAL COURSE FOR THE NATIONAL POLICE                 | ESCUELA DE POSTGRADOS DE POLICIA          |
| SEMINARIO                                      | 31 MAR 2017 | SEMINARIO FUNDAMENTOS BASICOS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO     | DIRECCION NACIONAL DE ESCUELAS            |
| SEMINARIO                                      | 25 ABR 2017 | SEMINARIO CATEDRA DE PAZ   | ESCUELA DE POSTGRADOS DE POLICIA          |
| SEMINARIO                                      | 26 MAY 2017 | SEMINARIO ACTUALIZACION CODIGO NACIONAL DE POLICIA Y CONVIVENCIA     | ESCUELA DE POLICIA METROPOLITANA DE       |
| CERTIFICACION                                  | 09 JUN 2017 | PROGRAMA DE INDUCCION  | METROPOLITANA DE BOGOTA                   |
| SEMINARIO TALLER                               | 25 NOV 2017 | SEMINARIO TALLER EN SEGURIDAD VIAL                                   | ESCUELA DE SEGURIDAD VIAL                 |
| SEMINARIO TALLER                               | 13 DIC 2017 | SEMINARIO TALLER FUNCIONES DE LOS COMANDANTES DE ESTACION            | ESCUELA DE POLICIA METROPOLITANA DE       |
| SEMINARIO TALLER                               | 31 MAY 2018 | SEMINARIO TALLER PROGRAMA MEJOR POLICIA                              | ESCUELA DE POLICIA METROPOLITANA DE       |

(…)

En ese sentido, el actor durante su trasegar institucional recibió formación técnica y académica integral, que le exigía como Capitán de la Institución una posición garante en la prestación del servicio de Policial.

Ahora bien, aduce el apoderado del demandante, que este fue retirado, con fundamento en las anotaciones demeritorias que existían en su PSI, obviando que muchas de ellas se encontraban debidamente justificadas y, por su parte, el señor **Sebastián Salamanca Rodríguez**, quien rindió declaración ante este Despacho el 23 de septiembre de 2021, sostuvo que si bien el demandante promovió las reclamaciones contra los registros realizados en sus formularios de seguimiento por el Comandante de la Estación de Policía, lo cierto es que fueron confirmadas, actuación que efectuó la Patrullera que fungía como Secretaría, quien no se encontraba facultada para ello.

Al respecto, vale la pena señalar que, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1800 de 2000, el Formulario II de Seguimiento Policial, contiene los registros relevantes para dar inicio a la evaluación (art. 38), los cuales pueden ser objeto de reclamación por escrito presentado ante el evaluador y, en caso de mantener la decisión, se debe remitir lo actuado ante el revisor, con el objeto de que las decida en forma definitiva (arts. 51 y 52), procedimiento que se llevó a cabo conforme a dicha disposición legal, puesto que, en algunas oportunidades, el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva presentó reclamaciones contra las anotaciones demeritorias citadas anteriormente, las cuales fueron ratificadas por el Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano, en su calidad de Comandante de Estación de Policía y, posteriormente, por el Teniente Coronel Gustavo Adolfo Martínez Bustos, quien fungió como revisor, de modo que, los **registros contenidos en sus formularios de evaluación (2018-2019), se suscribieron por los oficiales competentes, amén que no fueron justificadas por el demandante.**

De otro lado, frente a las anotaciones que no fueron objeto de reclamación, se advierte que el actor aportó un documento de Word contentivo de las justificaciones, en los siguientes términos:

Se atribuye, que para el **7 de marzo de 2018**, el actor se encontraba incapacitado por dos (2) días, de forma que, no habría lugar a los registros

realizados los días **6 y 7 de marzo de dicha anualidad**; empero, dicho suceso no se encuentra acreditado en el expediente, pues no obra documento alguno que así lo demuestre, amén que los formularios de seguimientos incorporados al plenario corresponden a los comprendidos entre el 13 de abril de 2018 y el 31 de mayo de 2019.

En cuanto a la anotación realizada el **20 de mayo de 2018**, cabe resaltar que, pese a que se afirma que el actor para esa semana se encontraba en situación administrativa (franquicia), tal como se demostró en la investigación disciplinaria No. P-RESBO 2018-101, la cual fue archivada, se precisa que esta no fue allegada al plenario, para de allí colegir que el actor se encontraba relevado del deber a su cargo para esa fecha, respecto a tramitar el recurso de reclamación interpuesto por el IT Rayran Mancera Alcibiades, al registro realizado el 15/05/2018<sup>6</sup>.

Respecto al registro realizado el **6 de junio de 2018**, la cual se justifica en que el demandante se encontraba en orden de servicios No. 0008 Dispositivo acompañamiento Colegio Externado Camilo Torres, efecto para el cual, se incorporó un pantallazo de tal documento, cabe resaltar que, según el contenido de dicha orden, el Comando de Policía Metropolitana de Bogotá implementó las acciones preventivas a las manifestaciones del 06/06/2018, razón por la cual, se colige que el actor contó con el término dispuesto en la norma, para resolver el recurso de reclamación interpuesto por el PT Nilson Yovany Sánchez Rincón, a la anotación de fecha **28/05/2018**.

Frente a la anotación del **6 de agosto de 2018**, relativa a que el demandante no tramitó el recurso de reclamación promovido por el señor PT Diego Armando Sandoval Daza, al registro del **23 de julio de 2018**, pese a que le fueron concedidas vacaciones, según la **Orden Interna No. 189 del 9/08/2018**, tal como se colige de su formulario de seguimiento, no se puede establecer que para el día que le fue efectuada la anotación no se encontraba en servicio activo o que no contó con el término contenido en la norma para pronunciarse sobre la aludida reclamación.

---

<sup>6</sup> Decreto 1800 de 2000. "**ARTICULO 52. TÉRMINOS PARA RECLAMAR.** Las reclamaciones por desacuerdo con las anotaciones en los formularios dos (2) y tres (3), proceden por escrito ante el evaluador, dentro de las **veinticuatro (24) horas siguientes a su comunicación, quien las resuelve en un término igual.** En caso de mantener su decisión, remitirá lo actuado ante el revisor dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes, quien decide en forma definitiva en el término de cuarenta y ocho (48) horas" (negrita ajena al texto).

Sobre la anotación del **16 de diciembre de 2018**, orientada a que el actor no tramitó el recurso de reclamación promovido por el IT Hernán Yesid Rodríguez Hortúa, basta mencionar que, aunque el actor afirme que no fue ratificada, dicho aspecto no se observa en su formulario de seguimiento, pues no obra registro de ello, como tampoco de que se efectuara reclamación alguna.

Así las cosas, resulta claro que, los argumentos expuestos por el demandante no tienen la virtualidad necesaria para justificar las anotaciones demeritorias y tanto la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional al recomendar el retiro, como el Gobierno Nacional al definir el mismo, estudió la trayectoria profesional del oficial a efectos de establecer si sus actuaciones como Comandante de Atención Inmediata del CAI Colseguros, hasta el 12 de marzo de 2018 y del CAI Cruces, desde el día siguiente, afectaban el servicio policial o si sus comportamientos desconocían la **finalidad** de la institución, de acuerdo con la Constitución Política y la Ley.

Por otra parte, se advierte que el hecho de que la Resolución No. 3674 del 14 de junio de 2019, hiciera alusión a comportamientos desplegados por el actor, que estaban orientados a encausar la disciplina<sup>7</sup>, como son las anotaciones por llegadas tarde, tal aspecto, en nada afecta la legalidad de la misma, dado que la decisión que condujo al retiro del demandante, como se señaló líneas atrás, se fundamentó en el incumplimiento de las órdenes que le eran impartidas, no presentarse a los turnos, no comunicar las novedades del personal bajo su cargo, disminución de la actividad operativa y no evaluar el desempeño laboral de sus subalternos, en forma reiterada, lo que denota su falta de compromiso con la institución y su deficiente desempeño profesional, razón por la cual, en el caso *sub examine* **no se evidencia la desviación de poder de la entidad demandada o la falsa motivación** al proferir el acto administrativo enjuiciado.

Al respecto, el H. Consejo de Estado Sección Segunda – Subsección “F”, en sentencia del 26 de agosto de 2016, dentro del expediente 11001-33-31-

---

<sup>7</sup> Artículo 27 de la Ley 1015 de 2006.

012-2011-00442-01, Consejera Ponente: Dra. Beatriz Helena Escobar Rojas, señaló:

*“En relación con el desvío de poder alegado, es preciso señalar que es deber de quien lo alega allegar el material probatorio pertinente para demostrar el desmejoramiento del servicio o la incoherencia entre los antecedentes laborales del servidor retirado y la medida adoptada.*

*Ahora, dentro del sumario no se logra demostrar por parte del demandante que el Director General de la Policía Nacional profiriera la Resolución demandada con fines diferentes a los señalados en la misma, pues tal como se evidencia en el acto administrativo demandado, el retiro del servicio del señor LUIS FERNANDO VILLA PRECIADO obedeció a la afectación del servicio que este generaba en el cargo de patrullero de la Policía Nacional, dada la imposición de más de 5 sanciones disciplinarias en su contra, como también las anotaciones negativas registradas en el “formulario de evaluación de desempeño policial” durante el periodo 2009 y 2011 y que quedaron citadas en el acápite anterior.*

*Lo anterior significa que el acto demandado no resulta ilegal, pues se expidió cumpliéndose con los requisitos de ley para el ejercicio de la facultad discrecional y está probada la afectación del servicio”.*

Y en punto a la falsa motivación, dicha Corporación Judicial – Sección Segunda – Subsección “A”, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2018, C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, proferida dentro del proceso No. 05001-23-31-000-2003-02262-01(2809-13)<sup>8</sup>, indicó:

*«Es pertinente mencionar que la falsa motivación aludida debe ser probada por el actor, y que no le es dable establecer al demandante que fue por otro motivo, por un simple supuesto o parecer, cuestión que no se demostró en el plenario.*

(...)

*En cuanto a la falsa motivación, esta Subsección ya había analizado el asunto mediante providencia de 17 de agosto de 2017<sup>9</sup>, en donde expresó lo siguiente:*

***«De conformidad con el artículo 84 del CCA<sup>10</sup> la falsa motivación es una causal de nulidad de los actos administrativos que ha sido entendida como aquella razón que da la administración de manera engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad al adoptar una decisión. De igual forma la falsa motivación se configura cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para la emisión del acto administrativo respectivo, traducidas en la parte motiva del mismo, no tienen correspondencia con la decisión que se***

<sup>8</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “A”, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, actor: OSCAR ORLANDO DUQUE OLANO, demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

<sup>9</sup> Sentencia de 17 de agosto de 2017. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «A». M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-00341-01(2096-12). Actor: María Elena Díez Vargas. Demandado: Tecnológico de Antioquia.

<sup>10</sup> Hoy en día medio de control de nulidad, artículo 137 del CPACA.

**adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición.**

*En punto de la definición de esta causal, resulta pertinente acudir al análisis que ha realizado la doctrina sobre la figura en los siguientes términos<sup>11</sup>:*

*Según un concepto amplio de la falsa motivación, ésta es la causal de nulidad de los actos administrativos que agrupa los vicios de éstos consistentes en irregularidades que se refieren al elemento causal y a su expresión en el acto que implican un desconocimiento de principios esenciales del derecho Administrativo como lo son el de organización del Estado Democrático de Derecho, el principio de legalidad de la actividad administrativa, los principios derivados de los derechos y garantías sociales, y el de responsabilidad personal del funcionario.*

*Concretado lo anterior, toda función administrativa tiene origen en una norma superior, la cual prevé de manera general los motivos o antecedentes por los que puede aplicarse la consecuencia; los motivos en cada caso deben coincidir con esos previstos por la norma, respetando además otros principios generales del derecho Administrativo, y el funcionario los expresará en la declaración cuando la motivación sea necesaria. Cualquier irregularidad en los anteriores requisitos constituye un vicio de falsa motivación.*

***... el nombre falsa motivación no implica que para la ocurrencia de la causal se necesite la intención dolosa de falsear los motivos, pues basta la errónea motivación, la equivocación involuntaria, sin intención de encubrir o aparentar nada, para que de todas maneras haya una irregularidad que perjudica al Estado, a la Administración o a los particulares, y que por lo tanto justifica la declaración de nulidad del acto»*** (negrita del Despacho).

Ahora bien, la parte actora afirmó que el demandante fue víctima de acoso laboral, situación que no es ajena a la realidad que vive la institución y que se ha denunciado en varias oportunidades por sus integrantes, aduciendo que se les exigen resultados, so pena de perder días de descanso o muchas veces deben soportar eventos degradantes por mantener una buena imagen con sus superiores y no ser desvinculados de la institución de manera discrecional.

Al respecto, obra en el plenario la anotación (no se identifica el libro) del mes de junio de 2018, donde el aquí demandante informa la novedad que se presentó el 7 de dicho mes y año, a las 8:00 horas, frente a las situaciones de acoso laboral por parte del TC Aníbal Villamizar Serrano, las cuales serían informadas a las autoridades correspondientes y mandos superiores, en los siguientes términos:

---

<sup>11</sup> Largacha Martínez, Miguel y Posse Velásquez Daniel, Causales de anulación de los actos administrativos, Editorial «Doctrina y Ley», Bogotá, 1988, páginas 165 y 166

*“A esta hora y fecha se deja constancia siendo las 11:30 aproximadamente del día 06-06-2018 el señor PT Jimenez (sic) Cuellar Diego cuadrante 26 cai cruces se comunica a mi telefono (sic) personal ... informando la novedad presentada en el comite (sic) de veri (sic) realizado en el comando de la metropolitana de bogota (sic) precedida por mi Coronel Martin (sic) Gomez (sic) Javier quien le manifesto (sic) a mi TC. Anibal (sic) Villamizar Serrano comandante de Estacion (sic) de Policia (sic) santa fe, que como era el comandante titular del cai cruces Donde el señor TC Villamizar manifiesta que “MALO” ordenando que el (sic) era el comandante de estación (sic) y que solicite. De igual manera le ordeno al señor PT Jimenez (sic) Cuellar Diego realizar un informe dirigido a mi informando esa novedad. Es de anotar que se vienen presentando situaciones de Acoso Laboral por parte de mi TC. Anibal (sic) Villamizar Serrano que van a ser informadas a las autoridades correspondientes y mandos superiores”.*

Igualmente, se incorporó el Oficio No. S-2018-303681 del 3 de octubre de 2018, mediante el cual el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva le informó al Teniente Coronel Gustavo Adolfo Martínez Bustos, las novedades que se presentaban con el Comandante de la Estación, en los siguientes términos:

“(…)

Respetuosamente me permito informar a mi Coronel, las novedades que se vienen presentado con mi Teniente Coronel ANIBAL VILLAMIZAR SERRANO comandante Estación Tercera Santa Fe y mi mayor ALVARO PABON MORA Subcomandante Estación Tercera Santa Fe, donde se han presentado hechos que afectan mi desempeño laboral así como mi vida familiar teniendo en cuenta que estoy siendo objeto de acoso laboral por parte de los dos señores oficiales antes mencionados, por lo anterior solicito a mi coronel se realicen las coordinaciones necesarias con el fin de que estos hechos no se presente en la estación Tercera Santa Fe.

(…)”

A su vez, el declarante **Sebastián Salamanca Rodríguez**, afirmó que el Comandante de Estación Aníbal Villamizar Serrano tenía conformado un grupo de trabajo, impidiendo que otra persona ingresara al núcleo y cuando estaban en formación, delante del personal, por teléfono o por WhatsApp menospreciaba al actor, diciéndole palabras soeces, refiriendo que era un inútil y quitándole el mando, situación que se presentaba de forma constante.

A su turno, el testigo **Jonathan Núñez Joya**, en la audiencia llevada a cabo el 23 de septiembre de 2021, quien prestó sus servicios como conductor asignado al actor, precisó que el Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano era muy drástico con todos los oficiales e impartía órdenes toscas al personal, puesto que en la forma militar no pide el favor, da órdenes. Igualmente, señaló que según lo que le manifestaba el demandante, dicho Comandante, vía telefónica, le decía que no servía para nada y por radio le hablaba tosco.

Así mismo, aludió que existía acoso laboral por los turnos o jornadas que le asignaba al actor, pues en algunos casos eran desgastantes, formaba todos los días de 7:00 de la mañana hasta 12:00 de la noche o 1:00 de la mañana y sin hora de almuerzo o cena, pues *“tocaba sobre la marcha”* y si sucedía algo no podía almorzar.

Por su parte, el deponente **Andrey Yesid Lozano García**, manifestó que el Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano, se aprovechaba de su mando y ejercía malos tratos al demandante hasta el punto psicológico, ya que utilizaba palabras que menospreciaba las labores que desarrollaba, diciéndole que no era lo suyo, que lo iba hacer echar, tratos que eran permanentes, en formación, en reuniones, en comités de vigilancia o frente a cualquier persona. Igualmente, afirmó que se excedía en el horario asignado al actor.

Como puede verse los testigos son coincidentes en señalar que el Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano como Comandante de Policía de la Estación Santa Fe, creaba un ambiente laboral fuerte, tenía un trato irreverente tanto con el demandante como con el resto del personal a su cargo, dirigiéndose con palabras *“soeces”* en las reuniones, en las formaciones e incluso por radio; sin embargo, el señor Jonathan Núñez Joya, resaltó que no escuchó que le dijera palabras vulgares, pues la información que conoce al respecto, obedece a lo narrado por el demandante.

Ahora bien, de lo expuesto por el señor Núñez Joya se desprende que no percibió de manera directa las circunstancias que según lo manifestado por el actor rodearon el trato deshonroso, vía telefónica y si bien los testigos concuerdan en señalar que le eran asignados turnos al demandante de forma excesiva, lo cierto es que no hacen alusión a los aspectos puntuales del acoso laboral; además el citado testigo fue contundente al sostener que *“en las formaciones manifestaba que si no hacían el trabajo serían destituidos de la institución, el acosaba a los señores oficiales para que hicieran artículo 27 y negativas a los uniformados y habían policías que les ponían tres anotaciones y los hacían destituir, en ocasiones no ameritaban que colocaran anotaciones 27”*, sin hacer mención a las circunstancias de

modo, tiempo y lugar, según las cuales, el Comandante de la Estación hostigaba al señor Edwar Stivers Cortés Silva.

Al respecto, vale la pena resaltar que el señor Andrey Yesid Lozano García precisó que el Comandante de la Estación de Policía *“no medía las órdenes, tocaba cumplir o de lo contrario realizaba anotaciones al folio de vida, daba órdenes de difícil cumplimiento e ilógicas, como cumplir cierta cantidad de capturas por estupefacientes, cierre de establecimiento e incautación de armas, cosas que son relativamente imposibles, las patrullas de vigilancia salen hacer un recorrido y puede ser que se dé la captura o no, pero lo obligaban a realizar captura, so pena de realizar anotaciones, era imposible cumplir con la estadística”*, afirmación que se contrapone a lo expuesto por el declarante Jonathan Núñez Joya, quien afirmó que *“las órdenes eran las que correspondían al trabajo, no había órdenes ilógicas, correspondían a su función”*.

En ese sentido, no obstante la coincidencia de los testigos frente a que el Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano era una persona que al expresarse siempre usaba palabras despectivas, infundiendo temor cuando se dirigía a sus subalternos, circunstancias que condujeron a que éstos se sintieran intimidados, atemorizados, amenazados y, particularmente, el demandante, que lo mantenía doblando turnos, cuestionado por su responsabilidad en el mando, haciéndolo formar muy temprano y entregando turno a altas horas de la noche, lo cierto es que a ninguno de los testigos le consta que indiscutiblemente dichas circunstancias conllevaron al retiro del demandante por voluntad del Gobierno Nacional.

En consecuencia, las pruebas obrantes en el expediente y las declaraciones de los mencionados testigos no conllevan a esta juzgadora a la certeza de que las anotaciones negativas que reposan en los formularios del seguimiento del actor en los años 2018 y 2019, carezcan de veracidad o que obedezcan a una persecución laboral, como lo pretende demostrar su apoderado.

Así las cosas, no es dable concluir que exista un nexo de causalidad entre las actuaciones realizadas por el Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano como Comandante de la Estación Santa Fe y el retiro del actor por

voluntad del Gobierno Nacional, pues si bien de los testimonios recaudados se advierten comportamientos dignos de reproche por parte del citado oficial, lo cierto es que los mismos no ofrecen el grado de convicción suficiente para concluir que dicho retiro obedeció a las conductas que este desplegaba en contra del demandante, pues como quedó visto, este incumplía con claros deberes que le eran exigidos en el ejercicio de su cargo.

De otro lado, respecto al proceso disciplinario No. P-RESBO-2018-62, adelantado por la Inspección Delegada Especial MEBOG, contra el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva, se advierte que este tuvo su origen en el Oficio No. S-2018-191644 del 22 de junio de 2018, suscrito por el **Mayor Álvaro Pabón Mora, Subcomandante de la Tercera Estación de Policía Santa Fe**, por medio del cual le comunicó al Teniente Coronel Aníbal Villamizar Serrano, las supuestas eventualidades presentadas con el ahora demandante, relativas a la omisión en la entrega del informe de actividades como dinamizadores de delitos y/o gerentes de estrategia de dicha localidad, actuación que fue archivada, mediante auto del 3 de diciembre de 2018, proferido por el Inspector Delegado Especial MEBOG (E).

Sobre el particular, cabe resaltar que la decisión adoptada por el Juzgador Disciplinario, obedeció al análisis de las pruebas recaudadas, por cuanto se arribó a la conclusión que la referida orden debió impartirse en el Comité de Vigilancia, del cual obraba como antecedente el Acta No. 010/COSEC4 – ESTPO3 – 2.25 del 15 de marzo de 2018, *“QUE TRATA DE LA REALIZACIÓN DEL COMITÉ DE VIGILANCIA SEMANA N° 010 RELACIONADO CON EL ANÁLISIS DE LAS PROBLEMÁTICAS DE SEGURIDAD Y CONVIVENCIA QUE SE PRESENTARON ENTRE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 04/03/2018 AL 10/03/2018 EN LA JURISDICCIÓN DE LA LOCALIDAD SANTA FE”*; sin embargo, existían dos documentos contentivos de dicha acta, los cuales diferían uno del otro, específicamente en el aparte relativo a la orden impartida al Comandante Edwar Stivers Cortés Silva, consistente en elaborar un informe de actividades de hurto a celulares, como Comandante del CAI Las Cruces, circunstancia que conllevó a la terminación de la indagación preliminar en contra de este, al sostener:

“(…)

El señor Teniente Coronel ANIBAL VILLAMIZAR SERRANO y el señor Mayor ALVARO PABON MORA, en diligencia de declaración le indicaron al despacho que mediante el acta 010 de fecha 15 de marzo de 2018, se la había emitido la orden al señor Capitán EDWAR STIVERS CORTES SILVA, consistente en elaborar un informe de Actividades Hurto a Celulares como Comandante del CAI Cruces, además de lo anterior el señor Teniente Coronel ANIBAL VILLAMIZAR SERRANO, Comandante de la Estación de Policía Santa fe en diligencia de declaración día 16 de octubre de 2018 siendo las 09:42 horas, le indicó al despacho puntualmente el folio y el párrafo en el cual se le emitió la orden al señor Capitán EDWAR STIVERS CORTES SILVA, procediendo el despacho a darle lectura a citado párrafo y preguntando nuevamente al señor Oficial declarante que si esa era la orden que se le había emitido al señor Oficial, el cual asintió que sí.

Información que no concuerda con la que fue allegada por el señor Capitán EDWAR STIVERS CORTES SILVA, en diligencia de versión libre la cual fue corroborada con la que emitió la señora Teniente Coronel ALBA LUZ BUITRAGO SANCHEZ, Responsable del equipo de Direccionamiento Local MNVCC-MEBOG, en respuesta

a la comunicación oficial S-2018-303438-MEBOG frente al Acta No.010 de fecha 15 de marzo de 2018, donde deben obrar todas las actas que se realizan de los comités de vigilancia que realiza la Policía Metropolitana de Bogotá, y de haberse realizado algún tipo de modificación en el acta en referencia debió haberse enviado a la dirección del MNVCC-MEBOG.

Con fundamento en lo anterior este despacho disciplinario llega a la conclusión el acta No. 010/COSEC4-ESTPO3 2.25, **"QUE TRATA DE LA REALIZACIÓN DEL COMITÉ DE VIGILANCIA SEMANA N° 010 RELACIONADO CON EL ANÁLISIS LAS PROBLEMÁTICAS DE SEGURIDAD Y CONVIVENCIA QUE SE PRESENTARON ENTRE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 04/03/2018 AL 10/03/2018 EN LA JURISDICCIÓN DE LA LOCALIDAD SANTA FÉ"** las cuales tienen como fecha 15 de marzo de 2018, hora de inicio 07:30 horas, hora de finalización 10:00 horas, lugar: Aula 1 Estación de Policía Santa fe Carrera 5 No. 29-46, presentó una modificación y/o alteración en el folio 18 de 25, en el lugar específico donde se le dio la orden al señor Capitán EDWAR STIVERS CORTES SILVA, disciplinado, consistente en elaborar un informe de Actividades Hurto a Celulares como Comandante del CAI Cruces.

Concluye el despacho que el señor Capitán EDWAR STIVERS CORTES SILVA no pudo haber cometido falta disciplinara, pues no recibió la orden y para que haya un incumplimiento a una a una orden, la misma debe haberse materializado bien sea por escrito o verbal, y el señor oficial aquí investigado no recibió la orden consistente en elaborar un informe de Actividades Hurto a Celulares como Comandante del CAI Cruces.

Además de lo anterior, pese a no recibir la orden el señor Capitán EDWAR STIVERS CORTES SILVA, mediante comunicación oficial radicada con el número S-2018-194538-MEBOG, y con fecha 25/06/2018, presentó un informe de actividades en tres (03) folios dirigido al señor Teniente Coronel ANIBAL VILLAMIZAR SERRANO, esto quiere decir que a pesar que la orden no la hubiera recibido del señor Oficial este de alguna manera se enteró y entregó dicho informe en la fecha indicada, pues según lo informado al despacho por el señor Intendente ADRIAN ALEXIS AVILA MESA, Responsable de la Oficina de Planeación de la Estación Tercera de Policía Santa fe mediante comunicación oficial S-2018-283489-MEBOG, el cumplimiento lo debía dar el día con fecha 20/06/2018, lo que nos permite indicar que el cumplimiento a la tarea se dio con retardo, pues como se tiene en líneas que anteceden que motivaron el informe de novedad la orden no fue emitida al señor Oficial en el Acta 010 del 15 de marzo de 2018.

En suma lo sucedido en este asunto se resume de la siguiente manera; resulta ser que se originó la investigación porque en principio el señor oficial Mayor PABON MORA presenta informe en donde pone al tanto del incumplimiento de la orden por parte del señor capitán CORTES de no realizar informe de actividades, en contraste el investigado aduce que la mencionada orden de la que enuncia el señor mayor no existe, toda vez que afirma que el acta con la cual le dieron esta supuesta orden fue alterada, para demostrar su tesis presenta una copia de aquella acta que reposa en la oficina principal del modelo de vigilancia comunitaria por cuadrantes MEBOG, por lo que para desatar esta contradicción probatoria dispone esta delegada realizar visita especial al aplicativo gestor de contenidos policiales cuyo objetivo era verificar si la orden que le entregaron al oficial era real, y tenía mismidad con la orden que aportó al proceso, lo que arrojó que efectivamente se trataba de la misma acta, pero al ser verificadas se logró identificar que la copia del acta inicialmente presentada

como prueba contra el oficial resulta estar alterada frente a la que reposa en los archivos de la oficina del Modelo Nacional de Vigilancia Comunitaria por Cuadrantes.

Por todo lo anterior, esta instancia dará aplicación a lo establecido en la Ley 734 de 2002 artículo 73 que reza: "En cualquier etapa de la actuación disciplinaria en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarará y ordenará el archivo definitivo de las diligencias" (subrayado y negrilla del despacho), por ende, se dará aplicación al artículo citado archivando las diligencias, tal y como quedará establecido en la parte resolutoria.

(...)"

Como consecuencia de tal decisión, se ordenó compulsar copias, con el fin de que se investigara disciplinariamente la presunta responsabilidad que le podría asistir al funcionario que ejecutó o permitió la modificación o alteración del acta, de modo que, no es cierto, como lo afirma la parte actora, en los hechos de la demanda, que se comprobó que el Teniente Coronel Aníbal Villamizar Niño y el Mayor Álvaro Pabón Mora, incurrieran en falsedad de documento y fraude procesal, pues no obra decisión que así lo disponga, como tampoco se encuentra acreditado, que dicho proceso disciplinario fuera decisivo para el retiro del demandante, pues no se hace alusión a dicho aspecto en el acto administrativo objeto de controversia.

Así las cosas, no se demostró que la Resolución No. 3674 del 14 de junio de 2019, fuera expedida con un fin distinto y ajeno a la potestad del Ministerio de Defensa Nacional de realizar renovación generacional dentro de la línea jerárquica institucional por el mejoramiento del servicio y los argumentos expuestos en el libelo demandatorio no sustentan por sí solos que fue proferida contrariando el espíritu de la Ley y el ordenamiento jurídico, incurriendo en un vicio que amerite declarar su nulidad.

Sobre dicho aspecto, el H. Consejo de Estado<sup>12</sup>, discurrió:

*“El actor pretende demostrar esta censura con suposiciones y pareceres personales, sin allegar prueba fehaciente que demuestre el fin torcido de la administración, cuestión que no es posible tratándose de la censura por desvío de poder, como quiera que la carga de la prueba le incumbe al demandante que alega el fin contrario al buen servicio y en este aspecto, la prueba ha de ser contundente, con el fin de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la administración.”.*

Finalmente, cabe resaltar que si bien el apoderado del actor manifestó que en el acto administrativo objeto de controversia solo se tuvo en cuenta los aspectos que podrían tomarse como lesivos hacia el Capitán Edwar Stivers Cortés Silva, sin realizar una ponderación de los reconocimientos recibidos por su buen accionar y las excelentes calificaciones de desempeño, lo cierto es que estos no se traducen en una estabilidad laboral absoluta<sup>13</sup>, que impida a la institución acudir a la figura de retiro por facultad discrecional, pues se torna evidente que las anotaciones negativas que reposan en los formularios de seguimiento del actor afectan el servicio y el hecho de que sean menores a los registros positivos, no conllevan a desvirtuar el acto acusado<sup>14</sup>.

Expuesto lo anterior, de conformidad con las reglas de la sana crítica, para el Despacho, la parte actora no acreditó que la administración actuara con un fin alejado del buen servicio o de manera engañosa, simulada, alejada de ley o de realidad al momento de expedir la Resolución No. 3674 del 14 de junio de 2019, por cuanto, podía disponer del retiro del oficial, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, como en efecto ocurrió, razón por la cual, la desvinculación del señor Edwar Stivers Cortés Silva *“por voluntad del Gobierno Nacional”*, se efectuó bajo los requisitos de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad exigidos, sin que se observe violación de las disposiciones invocadas en el libelo y sin que se haya desvirtuado la

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 9 de marzo de 2000, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Radicado 815-99, Actor: Wilson Ortiz Díaz.

<sup>13</sup> SU – 172 de 2015, Magistrada Ponente Dr.: Gloria Stella Ortiz Delgado, Referencia: Expediente T-4.076.348, acción de tutela instaurada por Fernando Cristancho Ariza contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado, procedencia: Sección Quinta del Consejo de Estado, Asunto: Facultad discrecional del Gobierno Nacional para el retiro de miembros de la Policía Nacional, en servicio activo.

<sup>14</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “D”, Magistrada Ponente: Dra. Alba Lucía Becerra Avella, sentencia del cuatro (4) de mayo de dos mil veintiuno (2021), expediente No. 11001-33-35-018-2018-00230-01, demandante Miguel Ángel Villamarín Triana, demandada Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional, tema: retiro del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional

presunción de legalidad que reviste el acto demandado, razón por la cual, se denegarán las súplicas de la demanda y, en se sentido, por sustracción de materia no hay lugar a realizar pronunciamiento alguno, frente a la indemnización por lucro cesante y los perjuicios morales deprecados en el escrito demandatorio y a la objeción formulada por el extremo pasivo.

#### **5.5. COSTAS.**

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

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO.- DENEGAR** las súplicas de la demanda por las consideraciones señaladas en esta providencia.

**SEGUNDO.-** Sin costas a cargo de la parte demandante.

**TERCERO.-** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al demandante excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y cúmplase

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

|  |
|--|
| JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE<br>BOGOTÁ D.C.<br>Notificación por estado  |
| La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 001,<br>de hoy 28 de enero de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.              |
| <br>LAURA MARCELA HOLÓN CAMACHO<br>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:

**9d0ee2a2221b36c1d422bc6716256553d6bc377bcf8054d65eca91dbd4  
c9c282**

Documento generado en 21/01/2022 03:21:37 PM

**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., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2020-00023-00**  
**Demandante: MARCO ANTONIO PÉREZ JAIMES**  
Demandados: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA  
NACIONAL – CASUR  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **MARCO ANTONIO PÉREZ JAIMES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 88.200.620, actuando en causa propia, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL – CASUR, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1 PRETENSIONES**

**1.1.1.** Declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 6013 del 25 de junio de 2019, por medio de la cual se reconoció y ordenó pagar la asignación mensual de retiro al actor, en cuantía equivalente al 83% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables.

**1.1.2.** Declarar la nulidad de la Resolución No. 12785 del 25 de septiembre de 2019, a través de la cual la entidad demandada negó el incremento de la asignación mensual de retiro al demandante.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó que se condene a la entidad demandada a:

**1.1.3.** Pagar la asignación mensual de retiro al actor, en cuantía equivalente al 85% de los haberes de actividad, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 y en la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "B", el 3 de septiembre del 2018, dentro del proceso No. 11001-03-25-000-2013-00543-00, Consejero Ponente Dr. César Palomino Cortés, mediante la cual se declaró la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012.

**1.1.4.** Pagar de forma indexada los dineros dejados de cancelar, por los anteriores conceptos, a partir del 25 de junio de 2019, hasta la fecha en que se reconozca el derecho, de acuerdo a la fórmula matemática financiera adoptada por el H. Consejo de Estado, así:

| INTENDENTE JEFE 83% AÑO 2019  |                        | INTENDENTE JEFE 85% AÑO 2019  |                        |
|-------------------------------|------------------------|-------------------------------|------------------------|
| CONCEPTO DEVENGADOS           |                        | CONCEPTO A DEVENGAR           |                        |
| SUELDO BASICO                 | 2.667.135              | SUEELDO BASICO                | 2.667.135              |
| PRIM. RETORNO EXPERIENCIA     | 186.699                | PRIM. RETORNO EXPERIENCIA     | 186.699                |
| PRIM. NAVIDAD N.E.            | 307.869                | PRIM. NAVIDAD N.E             | 307.869                |
| PRIM. SERVICIOS N.E.          | 121.382                | PRIM. SERVICIOS N.E.          | 121.382                |
| PRIM. VACACIONES N.E.         | 126.440                | PRIM. VACACIONES N.E.         | 126.440                |
| SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN N.E. | 59.342                 | SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN N.E. | 59.342                 |
| TOTAL<br>83 % ASIGNACIÓN      | 3.468.868<br>2.879.160 | TOTAL<br>85 % ASIGNACIÓN      | 3.468.868<br>2.948.537 |

**1.1.5.** Pagar los intereses moratorios, sobre los dineros provenientes y correspondientes al 85 % de la asignación mensual de retiro.

**1.1.6.** Pagar los gastos, costas procesales y agencias en derecho.

**1.1.7.** Dar cumplimiento de la sentencia que ponga fin al presente medio de control, de conformidad con lo previsto en los artículos 187, 188, y 189 de la Ley 1437 de 2012 y demás normas positivas vigentes concordantes y complementarias.

## **1.2. HECHOS**

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

**1.2.1.** El 3 de octubre de 1994, ingresó al Centro de Estudios Superiores de la Policía Nacional, en la ciudad de Cúcuta, como alumno del Nivel

Ejecutivo, terminando dicho curso el 30 de septiembre de 1995, con una duración de 11 meses y 27 días.

**1.2.2.** Mediante la Resolución No. 015328 del 1 de octubre de 1995, fue dado de alta como Patrullero, siendo ascendido en diferentes grados y el último que ostentó fue de Intendente Jefe.

**1.2.3.** A través de la Resolución No. 6013 del 25 de junio de 2019, la Caja de Sueldos y retiro de la Policía Nacional, le reconoció y ordenó el pago de la asignación mensual de retiro, en cuantía equivalente al 83% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas computables, por haber cumplido un total de 24 años, 11 meses y “10 días” laborados en la Policía Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 754 del 30 de abril de 2019, el cual fija el régimen de asignación mensual de retiro del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que ingresó al escalafón por incorporación directa hasta el 31 de diciembre del año 2004.

**1.2.4.** El 24 de julio de 2019, interpuso recurso de reposición en contra del citado acto administrativo, solicitando el reconocimiento de la prestación en cuantía equivalente al 85% de los haberes en actividad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

**1.2.5.** Por medio de la Resolución No. 12785 del 25 de septiembre de 2019, notificada el 3 de octubre de la misma anualidad, la entidad demandada resolvió el recurso promovido, confirmando en su integridad la Resolución No. 6013 del 25 de junio de 2019, al ratificar que se debe dar aplicación al Decreto 754 de 2019.

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

La parte actora estima desconocidos el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 48, 53, 83, 121, 150 y 220 de la Constitución Política; 144 del decreto 1212 de 1990, 1, 2 y 10 de la Ley 4 de 1992; 1 y 7 Parágrafo 1 de la Ley 180 de 1995; 3º numeral 3.1. de la Ley 923 de 2004; 21 del Código Sustantivo del Trabajo y 237 de la ley 1437 de 2011, así como la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, el 3 de septiembre del 2018, dentro del proceso No. 11001-03-25-000-2013-00543-00, Consejero

Ponente Dr. César Palomino Cortés, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Sostiene que los actos administrativos cuya nulidad se depreca en la presente controversia se expidieron con infracción de las normas en que debían fundarse, toda vez que vulneran los principios, valores y fines esenciales del Estado.

Manifestó que se presentó un desbordamiento en la facultad reglamentaria, por cuanto el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, indico: *“El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años”*.

Adujo que los actos administrativos enjuiciados omiten el cumplimiento de la sentencia señalada anteriormente, por medio de la cual se declaró la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 y, en ese sentido, para el reconocimiento de la asignación de retiro del actor, la entidad demandada debió dar aplicación a lo contemplado en artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, por cuanto ingresó a la institución antes del 31 de diciembre de 2004.

Afirmó que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 754 de 2019, está desconociendo lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 4 de 1992, la Ley 180 de 1995 y el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 (ley marco), que consagra como principios fundamentales del sistema salarial, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado y **“el no desmejoramiento de sus salarios y prestaciones sociales”**.

Precisó que en el caso bajo estudio la entidad demandada debió dar aplicación a lo contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, frente a duda de la norma que debió aplicar y, en consecuencia, debió tener en cuenta la más favorable, esto es, el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

### **III. CONTESTACIÓN**

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **24 de agosto de 2021**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Refirió que el régimen de pensiones o asignaciones de retiro de la Fuerza Pública es de naturaleza especial, tal como lo preceptúa los artículos 217 y 218 de la Constitución Política, régimen prestacional que debe ser regulado por el Gobierno Nacional, acorde con la facultad otorgada por el numeral 11 del artículo 189 del referido mandato.

Indicó que el Nivel Ejecutivo se creó con la Ley 62 del 12 de agosto de 1993, desarrollada por el Decreto 041 del 10 de enero de 1994, el cual fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional en sentencia C-417 de 22 de septiembre de 1994, razón por la cual se expidió la Ley 180 de 1995, donde se otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar la carrera policial, de modo que, se expidió el Decreto 132 de 1995.

Aludió que el demandante ingresó a la Policía Nacional de manera directa a la jerarquía del Nivel Ejecutivo, pues inició curso de formación como alumno el 3 de octubre de 1994 y fue escalafonado el 1 de octubre de 1995.

Sostuvo que el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4 de 1992, expidió el Decreto 1091 de 1995 y en su artículo 51 estableció el tiempo de servicio necesario para acceder a la asignación de retiro, pero dicho decreto fue anulado por el Consejo de Estado en sentencia del 4 de febrero de 2007. Seguidamente, el Gobierno en uso de la facultad otorgada por la Ley 797 de 2003, expidió el Decreto 2070 de 2003, el cual fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional en sentencia del 6 de mayo de 2004.

Manifestó que el Gobierno expidió la Ley Marco 923 de 2004, contentiva de las normas, objetivos y criterios que debían observarse para la fijación del régimen pensional y de asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, la cual fue desarrollada por el Decreto 4433 de 2004, normatividad que en el canon 25 parágrafo 2 estableció las condiciones

para que el personal del Nivel Ejecutivo fuera beneficiario de la asignación de retiro, párrafo que fue declarado nulo por el Consejo de Estado, mediante fallo del 12 de abril del año 2012, al considerar que excedía las facultades que se le habían otorgado al Gobierno Nacional en la citada ley marco, especialmente por no haberse respetado los derechos adquiridos del personal homologado, como son los agentes y suboficiales, indicando la necesidad de diferenciar entre quienes ingresaron por incorporación directa y los que se habían homologado.

Adujo que se expidió el Decreto 1858 de 2012 y en su artículo 2 estableció el régimen común para el personal que ingreso al nivel ejecutivo por incorporación directa, norma que fue suspendida por el H. Consejo de Estado en providencia del 14 de julio de 2014 y mediante fallos del 28 de mayo de 2015 y 8 de octubre de 2015, dicha Corporación Judicial revocó la medida de suspensión provisional, quedando en firme lo establecido en dicho artículo.

Afirmó que el citado Decreto 1858 de 2012, señaló que al personal de Agentes y Suboficiales de la Policía Nacional que se homologaran al Nivel Ejecutivo antes del 1° de enero de 2005, se les reconocería el derecho al goce de asignación mensual de retiro cuando cumplieran 15 años de servicio por llamamiento a calificar servicios, voluntad de la dirección general o disminución de la capacidad psicofísica o 20 años de servicio cuando se retiren a solicitud propia, separación absoluta y destitución, en virtud del régimen de transición, mientras que los miembros del Nivel Ejecutivo que ingresaron en forma directa a dicho escalafón antes o después de la expedición de la Ley 923 de 2004, se les reconocería el derecho a devengar la prestación al cumplir 20 o 25 años de servicio, según la causal de retiro.

Precisó que el H. Consejo de Estado, mediante providencia del 3 de septiembre de 2018, declaró la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, al considerar que los preceptos normativos contemplados en la norma se encuentran en abierta contradicción con lo previsto a manera de límites materiales por el ordenamiento jurídico superior; sin embargo, como lo señaló el Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo, el único condicionamiento que la Ley 923 de 2004, para ser beneficiario de

la transición, el ex policial debía encontrarse en servicio activo al momento de la entrada en vigencia.

Refirió que la exigencia del término señalado a los miembros activos, se limitó a respetar los mínimos y máximos señalados en los Decretos 1212 y 1213 de 1990, para el reconocimiento de la asignación de retiro, sin que ello sea óbice para indicar que la prestación se debe reconocer en los porcentajes establecidos en las mentadas normas.

Indicó que en el caso particular del actor, debe tenerse en cuenta que fue retirado de la Policía Nacional el 11 de febrero de 2019, que su hoja de servicios fue elaborada el 12 de mayo de la misma anualidad (documento base para el reconocimiento de la prestación por parte de la hoy demandada) y que los efectos fiscales del reconocimiento de la asignación mensual de retiro se generaron el 11 de mayo de 2019, en vigencia del Decreto 754 de 2019, ya que este fue expedido el 30 de abril de dicho año, normatividad que se debe aplicar por tratarse de un miembro del Nivel Ejecutivo.

Aludió que la entidad demandada reconoció la prestación al demandante, en virtud de la disposición señalada precedentemente, desde el 11 de mayo de 2019, en cuantía del 83%, porcentaje que corresponde a 24 años 11 meses y “10 días” de servicio, así:

| <b>AÑOS<br/>SERVIDOS</b> | <b>PORCENTAJE<br/>A RECONOCER</b> |
|--------------------------|-----------------------------------|
| 15                       | 50%                               |
| 16                       | 54%                               |
| 17                       | 58%                               |
| 18                       | 62%                               |
| 19                       | 66%                               |
| 20                       | 75%                               |
| 21                       | 77%                               |
| 22                       | 79%                               |
| 23                       | 81%                               |
| 24                       | 83%                               |

Concluyó que no le asiste razón al actor al solicitar la aplicación del Decreto 1212 de 1990, por cuanto se trasgrediría el principio de inescindibilidad de la norma.

Manifestó que, en virtud de lo señalado en la sentencia proferida el 30 de mayo de 2019, por el H. Consejo de Estado dentro del proceso No. 2602-16 CE-SUJ-01619, no se evidencia que existan varias normas que regulen la misma situación que aquí se debate, pues al actor le resulta aplicable el Decreto 754 de 2019, razón por la cual, los actos acusados no se encuentran incursos en causal de nulidad alguna.

De otro lado, propuso la excepción denominada **“INEXISTENCIA DEL DERECHO”**, al sostener que el retiro del demandante se produjo bajo la vigencia de los Decretos 1091 de 1995, 4433 de 2004, 1858 de 2012 y 754 de 2019, por lo tanto, no le asiste el derecho a lo reclamado en la presente controversia.

#### **IV. ALEGATOS**

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

El demandante, mediante escrito radicado vía correo electrónico el **21 de octubre de la presente anualidad**, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la fecha en que ingresó a la institución, ii) el tiempo que prestó servicio, iii) el porcentaje sobre el cual se le reconoció la asignación de retiro, así la fecha de efectividad de la prestación y iv) que los actos administrativos demandados se expidieron con infracción de las normas en que debían fundarse.

Afirmó que para realizar el cómputo del porcentaje con el cual se debe pagar la asignación mensual de retiro, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR, debió tener en cuenta lo normado en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, esto es, 50% por los primeros 15 años y 4% más, por cada año laborado.

Precisó que por trabajar 24 años, 11 meses y 10 días, le asiste el derecho a que por los primeros 15 años, se le pague 50% y por los 9 años restantes se le debe reconocer el 4% más, por cada año laborado, de modo que, al realizar la correspondiente multiplicación (9 x 4), da como resultado 36%, para un total del 86%, correspondiente a la asignación de retiro, pero

teniendo en cuenta que el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, en su parte final expresa que el total de la asignación mensual no debe sobrepasar 85% de los haberes de actividad, sobre dicho porcentaje se debe reajustar la prestación.

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

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial allegado vía correo electrónico el **21 de octubre de 2021**<sup>1</sup>, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda, exponiendo los mismos argumentos contenidos en la contestación de la demanda, por cuanto al actor le resulta aplicable el Decreto 754 de 2019, el cual regula la situación legal y reglamentaria de servicio público con vinculación en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, de modo que, de accederse a lo deprecado en la demanda se violaría el principio de inescindibilidad de la norma.

### **V. CONSIDERACIONES**

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

Frente a la excepción de **inexistencia del derecho**, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impide resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada 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. Copia de la cédula de ciudadanía del demandante.**

---

<sup>1</sup> Se tiene en cuenta el día siguiente, dado que fue enviado por correo electrónico el “miércoles, 20 de octubre de 2021 **5:13 p. m.**” – negrita fuera del texto-

**5.2.2.** Copia del carné del actor, expedido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR.

**5.2.3.** Certificación expedida el 8 de marzo de 2019, por el Jefe del Grupo Administración Historias Laborales, en la cual se hace constar que el IJ Marco Antonio Pérez Jaimes, ingresó a prestar sus servicios en la Policía Nacional desde el 3 de octubre de 1994 y para el momento del retiro contaba con un tiempo de servicio de 24 años, 7 meses y 7 días.

**5.2.4.** Resolución No. 6013 del 25 de junio de 2019, a través de la cual CASUR le reconoció la asignación de retiro al actor, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 754 de 2019, equivalente al 83% del sueldo básico en actividad para el grado y partidas legalmente computables, a partir del 11 de mayo de 2019.

**5.2.5.** Liquidación de las partidas que forman parte de la asignación de retiro reconocida al demandante, expedida por CASUR.

**5.2.6.** Recurso de reposición interpuesto por el demandante el 24 de julio de 2019, contra la resolución No. 6013 del 25 de junio de 2019.

**5.2.7.** Resolución No. 12785 del 25 de septiembre de 2019, por medio de la cual la entidad demandada no repuso la resolución No. 6013 del 25 de junio de 2019, al sostener que el actor pertenece al Nivel Ejecutivo y prestó sus servicios en la Policía Nacional por espacio de 24 años, 11 meses y “10 días”, retirándose por solicitud propia el 11 de mayo de 2019, de forma que, se rige por las disposiciones contenidas en el Decreto 754 de 2019.

**5.2.8.** Certificación expedida por la Jefe del Grupo de Talento Humano de la Dirección de Protección y Servicios Especiales, mediante la cual se hace constar que el último lugar donde el actor prestó sus servicios fue en la Dirección de Protección y Servicios Especiales, en el Grupo Protección Rama Judicial y Organismos de Control de la ciudad de Bogotá.

**5.2.9.** Expediente administrativo del actor, aportado por la apoderada de la entidad demandada al momento de alegar de conclusión, contentivo de la hoja de servicios del demandante y de la documental referida precedentemente.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó en la providencia del 14 de octubre de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si el demandante tiene o no derecho a la reliquidación de su asignación de retiro, en cuantía equivalente al 85% de los haberes devengados en actividad, de conformidad con lo dispuesto en artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

#### **5.3.1. DEL RÉGIMEN PRESTACIONAL APLICABLE A LOS MIEMBROS DEL NIVEL EJECUTIVO.**

El Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989, expidió el Decreto 1212 de 1990 “*Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional*”, en cuyo artículo 144, respecto a los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro, dispuso:

**“ARTICULO 144. Asignación de retiro.** *Durante la vigencia del presente Estatuto, los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 140 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad.*

**PARÁGRAFO 1o.** *La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este Estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, será equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 140, liquidadas en la forma prevista en este Decreto.*

**PARÁGRAFO 2o.** *Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968 con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación” (subrayado del Despacho).*

Posteriormente, en vigencia de la Constitución Política de 1991, a través del artículo 150, numeral 19, se asignó competencia especial al Congreso de la República para fijar las pautas y lineamientos que debería tener en cuenta el Presidente de la República al momento de desarrollar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Por su parte, el artículo 218 de dicha normatividad, señaló que la ley determinará el régimen de carrera, **prestacional** y disciplinario de la Policía Nacional.

Por lo anterior, el Gobierno Nacional con fundamento en la Ley 62 del 12 de agosto de 1993<sup>2</sup>, expidió el **Decreto 41 del 10 de enero de 1994**, "*Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones*", consagrando el Nivel Ejecutivo con los grados de comisario, subcomisario, intendente, subintendente, patrullero, carabinero e investigador, según la especialidad.

No obstante, la Corte Constitucional en Sentencia C-417 del 22 de septiembre de 1994<sup>3</sup>, declaró inexequibles las expresiones "*nivel ejecutivo*", "*personal del nivel ejecutivo*" y "*miembro del nivel ejecutivo*" empleadas en un gran número de artículos del Decreto 41 de 1994, por exceder el límite material fijado en la Ley de facultades extraordinarias (ley 62 de 1993), en la medida que con ellas se creaba una nueva categoría de cargos en la Institución Policial no autorizada legalmente.

Ahora bien, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, se expidió el Decreto reglamentario **1029 del 20 de mayo de 1994** "*Por el cual se emite el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*" sin hacer distinción entre el personal incorporado directamente y el homologado, el cual estableció como requisito para acceder a la asignación de retiro, un tiempo de servicio de 20 años, cuando este se produjere por llamamiento a calificar servicios, voluntad de la

---

<sup>2</sup> "*Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y Bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República.*"

<sup>3</sup> Magistrado Ponente. Doctor Carlos Gaviria Díaz.

dirección general, disminución de la capacidad psicofísica, destitución o haber sido condenado con pena principal de arresto; y un tiempo mínimo de 25 años de servicio cuando la desvinculación se produjere por solicitud propia, incapacidad profesional, inasistencia injustificada al servicio por más de 10 días, haber cumplido 65 años los hombres y 60 las mujeres y por conducta deficiente o destitución.

Sin embargo, la Corte Constitucional en Sentencia C-613 de 1996, consideró que resultaba jurídicamente imposible dar aplicación a dicha normatividad, toda vez que su sustento adolecía del vicio de inconstitucionalidad, por cuanto contenía fundamentos de derecho del Decreto Ley 41 de 1994.

Así las cosas, el Congreso de la República expidió **Ley 180 del 13 de enero de 1995** y a través del artículo 1° de la Ley 180 de 1995, modificó el artículo 6° de la Ley 62 de 1993 *“Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un establecimiento público de seguridad social y Bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República”*, consagrando el Nivel Ejecutivo como parte de la estructura de la Policía Nacional, así:

**“ARTÍCULO 1o.** *El artículo 6o. de la Ley 62 de 1993, quedará así:*

*La Policía Nacional está integrada por Oficiales, personal del Nivel Ejecutivo, Suboficiales, Agentes, Alumnos y por quienes presten el servicio militar obligatorio en la Institución, así como por los servidores públicos no uniformados, pertenecientes a ella, unos y otros sujetos a normas propias de carrera y disciplina en la forma que en todo tiempo establezca la ley”* (subrayado del Despacho).

Por su parte, el artículo 7 de la Ley 180 de 1995, revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias, para desarrollar la carrera profesional del Nivel Ejecutivo, razón por la cual, expidió el Decreto 132 de 1995 y en cuanto al ingreso el artículo 12, contempló:

**“Artículo 12.** *Ingreso de suboficiales al Nivel Ejecutivo. Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los suboficiales en servicio activo que lo soliciten, de acuerdo con las siguientes equivalencias:*  
(...)”

A su turno, el artículo 13 *ibídem*, indicó:

**“Artículo 13.** *Ingreso de agentes al Nivel Ejecutivo. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:*

*(...)*”.

A su vez, el artículo 14 *ejusdem*, señaló:

**“Artículo 14. Ingreso auxiliares de Policía Bachilleres.** *El personal de bachilleres que presten el servicio militar obligatorio en la Policía Nacional, podrán ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en el grado de Patrullero de conformidad con la reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional”.*

Así mismo, el artículo 15 de dicha disposición legal, refirió:

**“Artículo 15. Régimen salarial y prestacional del personal del Nivel Ejecutivo.** *El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional*” (subrayado del Despacho).

Finalmente, el artículo 82 *ibídem*, dispuso:

**“Artículo 82°.- Ingreso al Nivel Ejecutivo.** *El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional”.*

De la normatividad trascrita, se concluye que los Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional pueden ingresar por homologación al Nivel Ejecutivo, a quienes no se les podría desmejorar el régimen salarial y prestacional que venían disfrutando en la institución castrense; por otro lado, se encuentran los uniformados que ingresaron por **incorporación directa, quienes se someterán a los regímenes salariales y prestacionales que determine el Gobierno Nacional.**

Ahora bien, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, el Presidente de la República expidió el Decreto 1091 de 1995 “*por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995*” y respecto a la asignación de retiro para el personal del Nivel Ejecutivo, el artículo 51, previó:

**“Artículo 51. Asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo.** El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional, se le pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 49 de este Decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas, en las siguientes condiciones:

a) Al cumplir veinte (20) años de servicio y ser retirado por cualquiera de las siguientes causas:

1. Llamamiento a calificar servicio.
2. Voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional.
3. Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad policial.
4. Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los hombres y sesenta (60) años de edad las mujeres.

b) Al cumplir veinticinco (25) años de servicio y ser retirado o separado por cualquiera de las siguientes causas:

1. Por solicitud propia.
2. Por incapacidad profesional.
3. Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.
4. Por conducta deficiente.
5. Por destitución.
6. Por detención preventiva que exceda de ciento ochenta (180) días.
7. Por separación absoluta en las condiciones establecidas en el artículo 68 del Decreto 132 de 1995.

Parágrafo. También tendrá derecho al pago de asignación mensual de retiro el personal del nivel ejecutivo de que trata el literal b) de este artículo, cuando cumpla los siguientes requisitos:

1. Veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y
2. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres”.

Cabe resaltar que, mediante sentencia del 14 de febrero de 2007, proferida por el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Consejero Ponente Dr. Alberto Arango Mantilla, dentro del proceso No. 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04), se declaró la nulidad del citado articulado, al sostener:

“Adicionalmente, dirá esta Sala que al regularse nuevas disposiciones en materia prestacional, sin entrar a diferenciar entre quienes ingresaron al Nivel Ejecutivo desde el momento de su creación respecto de los que se vincularon con posterioridad y de quienes permanecieron como suboficiales o agentes en la Institución Policial, esto es, sin consagrarse un régimen de transición, se estarían desconociendo, asimismo, unos postulados constitucionales (arts. 13, 48 y 53) y legales (art. 7º - párrafo - de la Ley 180 de 1995), que amparan y protegen de manera especial los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, los que, de no tenerse en cuenta, violarían el principio de la buena fe y de la confianza legítima.

**Si bien no existe derecho a un régimen prestacional inmodificable o que no pueda variarse, el ejercicio de un derecho adquirido sólo es dable exigirlo en la medida en que el mismo se haya causado, esto es, que haya ingresado al patrimonio de la persona exhibiendo un justo título.** Pero, lo cierto es que en este particular caso el Gobierno Nacional no podía variar ni modificar el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública en tanto - se repite - era una materia que se hallaba reservada a la ley y, de otra parte, existía una clara protección especial para quienes se habían acogido a la carrera del nivel ejecutivo.” (Negrilla fuera de texto original)”

Posteriormente, el artículo 17 de la Ley 797 de 2003, otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República, entre otras, para “expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía”, facultad en virtud de la cual el Gobierno expidió el Decreto Ley 2070 del 25 de julio de 2003, “por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares”, incluidos los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en cuyo artículo 25, señaló:

**“Artículo 25.** Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. Los Oficiales **y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional** que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro...” (Negrilla fuera del texto original).

Por su parte, el artículo 45, *ibídem* señaló la vigencia y derogatorias del aludido Decreto, así:

**“Artículo 45.** Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, **deroga las demás**

**disposiciones que le sean contrarias** y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000”. (Negrilla fuera del texto original).

Sin embargo, el Decreto Ley 2070 de 2003, fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional, a través de Sentencia C-432 de 2004, argumentando que de conformidad con los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 de la Constitución Política, el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública está reservado a las leyes marco, lo cual impide su expedición a través de un decreto con fuerza de Ley.

Luego, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 923 del 30 de diciembre de 2004, “mediante la cual se señalan normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública...” y el artículo 3° reguló lo relacionado con la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, incluidos los del Nivel Ejecutivo, de la siguiente manera:

**“Artículo 3°. Elementos mínimos.** *El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:*

**3.1.** *El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.*

*A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal” (Subraya el Despacho).*

En ese sentido, en desarrollo de la Ley Marco 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, el cual, en torno al tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, en su artículo 25, señaló:

“ (...)”

*Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de 20 años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro, así:*

(...)

**Parágrafo 2°.** *El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con 20 años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 25 años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un 75% del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros 20 años de servicio y un 2% más, por cada año que exceda de los 20, sin que en ningún caso sobrepase el 100% de tales partidas”.*

Sin embargo, el parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, que regulaba lo relacionado con la asignación de retiro para los miembros del Nivel Ejecutivo, fue anulado por el Consejo de Estado, a través de sentencia del 12 de abril de 2012<sup>4</sup>, al estimar que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria, incrementando la edad para que dicho personal acceda a la asignación de retiro.

Posteriormente, se expidió el Decreto Reglamentario 1858 de 2012, “*por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional*”, el cual reguló lo relacionado con la asignación de retiro del personal homologado y **los que ingresaron al escalafón por incorporación directa**, señalando en el artículo 1, lo siguiente:

**“ARTICULO 1. Régimen de transición para el personal homologado del Nivel Ejecutivo.** *Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó voluntariamente al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional antes del 01 de Enero de 2005, siendo Suboficiales o Agentes, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la Institución después de quince (15) años de*

<sup>4</sup> Expediente: 0290-06(1074-0)7 radicación: 110010325000200600016-00, Actor: Juan Carlos Beltrán Bedoya, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

*servicio por llamamiento a calificar servicios, por voluntad de la Dirección General o por disminución de la capacidad psicofísica y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de los veinte (20) años de servicio, a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3 del presente decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta cumplir los diecinueve (19) años y un nueve por ciento (9%) al cumplir los veinte (20) años de servicio. Así mismo se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el cien por ciento (100%) de tales partidas”.*

A su turno, el artículo 2º de dicha disposición, preceptuó:

**ARTICULO 2. Régimen común para el personal del Nivel Ejecutivo que ingresó al escalafón por incorporación directa.** *Fijase el régimen pensional y de asignación de retiro para el personal que ingresó al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la Institución con veinte (20) años o más de Servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el cien por ciento (100%) de tales partidas”.*

Ahora bien, el H. Consejo de Estado a través de sentencia el 3 de septiembre de 2018<sup>5</sup>, declaró la nulidad del artículo 2º del Decreto 1858 de 2012, al sostener que el Gobierno Nacional desconoció las previsiones normativas contenidas en la Ley marco 923 de 2003, al exigirle al personal vinculado al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional incorporado directamente y en servicio activo al 31 de diciembre de 2004, requisitos más gravosos para acceder al derecho a la asignación de retiro, toda vez que al establecer como tiempos mínimos y máximos de retiro entre 20 y 25 años, según la causal, contravino los términos establecidos en la normativa superior que se restringe a los mínimos y máximos de 15 a 20 años de servicio.

---

<sup>5</sup> Expediente: 11001-03-25-000-2013-00543-00, actor: Julio Cesar Morales Salazar y otros, demandado: Ministerio de Defensa Nacional

Así las cosas, se advierte que para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros del Nivele Ejecutivo **la disposición normativa que se encontraba vigente era la contenida en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1992**; no obstante, el Presidente de la República en uso de las facultades legales contenidas en la Ley 923 de 2004, **expidió el Decreto 754 de 2019**, “Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro de personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que ingresó al escalafón por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004”, en cuyo artículo 1, señaló:

**“Artículo 1°. Régimen de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que ingresó al escalafón por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004. Fijase el régimen de asignación de retiro para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó al escalafón por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados de la institución con quince (15) años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Director General de la Policía, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, por los primeros quince (15) años de servicio, un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15) hasta cumplir los diecinueve (19) años, y un nueve por ciento (9%) al cumplir los veinte (20) años de servicio. Así mismo se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas.**

*Parágrafo. Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, diferentes a las establecidas en el artículo 3° del Decreto 1858 de 2012, serán computables para efectos de la asignación de retiro” (subrayado ajeno al texto).*

De la normatividad en cita, se advierte que se diferenciaron dos categorías de causales de retiro frente a la exigencia de tiempos de servicio para el reconocimiento de la asignación a los miembros del Nivel Ejecutivo **incorporados de manera directa antes del 31 de diciembre de 2004**<sup>6</sup>, a saber:

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda – Subsección A Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia del veintiuno (21) de enero de 2021, expediente No. 63001-23-33-000-2017-00469-01 (2349-2019), demandante: Juan Diego García Lozano, demandado: Nación - Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

- a. Para quienes sean retirados de la institución con quince (15) años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, voluntad del Director General de la Policía o disminución de la capacidad psicofísica.
- b. Los que se retiren por **solicitud propia**, sean retirados o separados en forma absoluta o destituidos después de veinte (20) años de servicio.

En ese sentido, el personal del Nivel Ejecutivo que sea beneficiario de dicha prestación, tendrá derecho al 50% del monto de las partidas computables por los primeros 15 años de servicio, porcentaje que se incrementara en: i) 4% por cada año que exceda dicho tiempo, hasta cumplir los 19 años; ii) 9% al cumplir 20 años de servicio y iii) 2% por cada año que exceda de los 20, sin que en ningún caso sobrepase el 100% de tales partidas.

Ahora bien, vale la pena resaltar que el **Decreto 754 de 2019**, se **encuentra vigente a la fecha**, pues si bien ante el H. Consejo de Estado se ejerció el medio de control consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, con el objeto de obtener la declaratoria de nulidad de dicha disposición legal<sup>7</sup>, lo cierto es que, mediante providencia del 26 de julio de 2021, se negó la suspensión provisional deprecada y a la fecha no obra decisión que dirima la controversia, de manera que se **conserva incólume su presunción de legalidad**.

#### **5.4. CASO CONCRETO.**

En el caso que nos ocupa el señor Marco Antonio Pérez Jaimes pretende que se ordene a la entidad demandada que se reliquide su asignación de retiro, en cuantía equivalente al 85% de los haberes devengados en actividad, de conformidad con lo dispuesto en artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, Consejero Ponente Dr. Gabriel Valbuena Hernández, expediente No. 11001032500020190039400 (2750–2019), demandante José Fernando Hoyos García, demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional

Ahora bien, de las pruebas obrantes en el plenario, se advierte que el actor laboró en la Policía Nacional, siendo retirado por **solicitud propia el 11 de mayo de 2019**, según lo contenido en la Hoja de Servicios No. 88200620 y en el acápite de **“SERVICIOS PRESTADOS Y DEDUCCIONES”**, se consignó:

“(…)

| NOVEDAD   | DISPOSICION  | F.INICIO    | F.TERMINO   | TOTAL     |            |            |             |
|---|--|-------------|-------------|-----------|------------|------------|-------------|
|   |  |             |             | A         | M          | D          |             |
| ALUMNO NIVEL EJECUTIVO                          | R 0287   | 10 Oct 1994 | 03 Oct 1994 | 30        | Sep        | 1995       | 0 - 11 - 27 |
| NIVEL EJECUTIVO                                 | R 015328   | 29 Sep 1995 | 01 Oct 1995 | 11        | Feb        | 2019       | 23 - 4 - 10 |
| ALTA TRES MESES                                 | R 00352  | 06 Feb 2019 | 11 Feb 2019 | 11        | May        | 2019       | 0 - 03 - 0  |
| DIFERENCIA AÑO LABORAL DECRETO 1091 27 Jun 1995 |  |             |             | 0         | 4          | 9          |             |
| <b>TOTAL</b>                                    | <b>VEINTICUATRO AÑOS ONCE MESES DIECISEIS DIAS</b> |             |             | <b>24</b> | <b>-11</b> | <b>-16</b> |             |

(…)”

En ese sentido, se colige que el demandante ingresó a la Policía Nacional el 3 de octubre de 1994, como alumno, **incorporándose directamente al Nivel Ejecutivo**, desde el **1 de octubre de 1995** hasta el 11 de febrero de 2019 y dado de alta por tres (3) meses el 11 de mayo de la misma anualidad, prestando sus servicios por espacio de 24 años, 11 meses y 16 días.

Por lo anterior, a través de la Resolución No. 6013 del 25 de junio de 2019, CASUR le reconoció la asignación de retiro al actor, de conformidad con lo preceptuado en el **Decreto 754 de 2019, equivalente al 83% del sueldo básico en actividad para el grado y partidas legalmente computables**, a partir del 11 de mayo de 2019.

Así mismo, se observa de la liquidación aportada al expediente, que al actor en su asignación de retiro se le reconocieron las siguientes partidas computables:

“(…)”

| Descripción                | PARTIDAS LIQUIDABLES     |                  |
|----------------------------|--------------------------|------------------|
|                            | Valor                    | Total            |
| SUELDO BASICO              | .00                      | 2,667,135        |
| PRIM. RETORNO EXPERIENCIA  | 7.00 ✓                   | 186,699          |
| PRIM. NAVIDAD N.E.         | .00                      | 307,869          |
| PRIM. SERVICIOS N.E.       | .00                      | 121,382          |
| PRIM. VACACIONES N.E.      | .00                      | 126,440          |
| SUBSIDIO ALIMENTACION N.E. | .00                      | 59,342           |
| PRIMA NIVEL EJECUTIVO      | 20.00 ✓                  |                  |
|                            | <b>TOTAL:</b>            | <b>3,468,868</b> |
|                            | <b>% ASIGNACIÓN:</b>     | <b>83%</b>       |
|                            | <b>VALOR ASIGNACIÓN:</b> | <b>2,879,160</b> |

(...)

Inconforme con la decisión adoptada por la entidad, mediante escrito del 24 de julio de 2019, el demandante interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 6013 del 25 de junio de 2019, por considerar que le resulta aplicable el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990 y, por lo tanto, la prestación debió ser reconocida en un 85% de los haberes de actividad, teniendo en cuenta lo dispuesto por el por el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en la sentencia proferida el 3 de septiembre del 2018, dentro del proceso No. 11001-03-25-000-2013-00543-00, Consejero Ponente Dr. César Palomino Cortés, mediante la cual se declaró la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012.

En virtud de lo anterior, la entidad demandada expidió la Resolución No. 12785 del 25 de septiembre de 2019, manteniendo la decisión adoptada en el acto administrativo recurrido, al señalar que el Decreto 1212 de 1990, rige únicamente a los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, por lo tanto, no le resulta aplicable al actor, dado que pertenece al Nivel Ejecutivo, tal como se acredita en la Hoja de Servicios No. 88200620 del 23 de mayo de 2019, retirándose por solicitud propia el 11 de mayo de 2019, razón por la cual lo **cobija el Decreto 754 de 2019**, de forma que, para determinar el porcentaje de liquidación, se tuvo en cuenta lo señalado en el artículo 1º, así:

“(…)

Que como se indicó en el acto recurrido, la norma aplicable para el Nivel Ejecutivo es el Decreto 754 del 30 de abril del 2019 el cual estableció, que por los primeros quince (15) años de servicio se reconoce el 50% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables y un 4% más por cada año hasta cumplir los (19) años y un 9% al cumplir los (20) años, sin que en ningún caso sobrepase el 100%, tal como se ilustra en el siguiente cuadro:

|         |     |         |     |
|---------|-----|---------|-----|
| 15 años | 50% | 20 años | 75% |
| 16 años | 54% | 21 años | 77% |
| 17 años | 58% | 22 años | 79% |
| 18 años | 62% | 23 años | 81% |
| 19 años | 66% | 24 años | 83% |

(...)”.

Por consiguiente, se concluye que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR acertadamente aplicó la disposición legal que regía el reconociendo de la asignación de retiro del actor, determinando que la cuantía equivalía al 83% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables, dado que prestó sus servicios por espacio de 24 años, 11 meses y 16 días, pues si bien el artículo 51 del Decreto 1091 de 1995, el Decreto 2070 de 2003, el parágrafo 2º del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, fueron expulsados del ordenamiento jurídico, tal como se señaló en el marco normativo y jurisprudencial citado líneas atrás, lo cierto es que para la fecha en que el señor Marco Antonio Pérez Jaimes se retiró de la institución, esto es, el **11 de mayo de 2019**, estaba vigente el **Decreto 754 del 30 de abril 2019**, norma que compila el régimen de asignación de retiro para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó al escalafón por incorporación directa hasta el **31 de diciembre de 2004**, el cual le resulta aplicable en su integridad, por cuanto su vinculación en la Policía Nacional data del **1 de octubre de 1995**.

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “A”, en providencia del 13 de agosto de 2020<sup>8</sup>, señaló:

*«Así las cosas, teniendo en cuenta que, conforme a lo analizado en el fundamento normativo de esta providencia, el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 fue declarado nulo por el Consejo de Estado, y el demandante ingresó al escalafón del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional de manera directa el 1 de agosto de 1997, es decir, estaba*

<sup>8</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda – Subsección “A”, fallo del 13 de agosto de 2020, Magistrado Ponente: Dr. Néstor Javier Calvo Chaves, expediente N° 25000-23-42-000-2018-01688-00, demandante: Gustavo Angarita Rivas, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

en servicio activo a la entrada en vigencia de la Ley Marco 923 de 2004 (31 de diciembre de 2004), su situación jurídica, concerniente al tiempo de servicio para el reconocimiento de la asignación de retiro, en principio se encuentra determinada por el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990.

**No obstante lo anterior advierte la Sala que posteriormente fue proferido el Decreto 754 del 30 de abril de 2019, “Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro de personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, que ingresó al escalafón por incorporación directa hasta el 31 de diciembre de 2004”, respecto del cual debe destacarse que, en atención al efecto útil de la norma, debe ser aplicado en su totalidad al sub judice, el cual exige un tiempo mínimo de servicios de 20 años a efectos de otorgar derecho a la asignación de retiro a un miembro del Nivel Ejecutivo incorporado a dicho escalafón en forma directa y que se haya sido retirado del servicio por la causal denominada destitución, exigencia que cumple el demandante puesto que acredita 21 años, 4 meses y 23 días.**

**Ahora bien, respecto de los porcentajes de liquidación, se deben tomar en cuenta los establecidos en el artículo 1 del Decreto 754 de 2019 y en cuanto a las partidas computables, considera la Sala que son las descritas en el artículo 3 del Decreto 1858 de 2012<sup>9</sup>, por ser la norma vigente que consagra las partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional. **Disposición normativa respecto de la cual cabe destacar, que hasta la fecha conserva incólume su presunción de legalidad**» (negrita del Despacho).**

Así las cosas, no le asiste razón al actor al señalar que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR al momento de expedir los actos administrativos enjuiciados se apartó del precedente contenido en la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, el 3 de septiembre del 2018, dentro del proceso No. 11001-03-25-000-2013-00543-00, Consejero Ponente Dr. César Palomino Cortés, toda vez que ésta sentó su análisis en el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, razón por la cual, no se pronunció sobre la legalidad del Decreto 754 de 2019, pues dicha providencia se expidió con anterioridad a la promulgación de la norma<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Artículo 3º. Fijanse como partidas computables de liquidación dentro del régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresó a la institución antes del 1º de enero de 2005, previsto en el presente decreto, las siguientes:

1. Sueldo básico.
2. Prima de retorno a la experiencia.
3. Subsidio de alimentación.
4. Duodécima parte de la prima de servicio.
5. Duodécima parte de la prima de vacaciones.
6. Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. Ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, que devengue el personal a que se refiere este decreto, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones o las sustituciones pensionales.

<sup>10</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera - Consejera Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón,

Ahora bien, es menester precisar que el hecho de que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional - CASUR no le reconociera la prestación al señor Marco Antonio Pérez Jaimes con sujeción a lo contenido en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, contravenga el principio de favorabilidad, pues este en materia laboral, surge cuando existe duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones normativas, situación que no se presenta en el *sub júdice*, puesto que al actor le es aplicable en su integridad el Decreto 754 de 2019.

En consideración a lo anteriormente expuesto, se denegarán las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos demandados.

#### **5.5. COSTAS**

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

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

#### **RESUELVE:**

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

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

---

sentencia del veinticinco (25) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), expediente No. 11001-03-15-000-2019-04658-00(AC), actor: Jesús Hernando Titistar Rosero, demandado: Tribunal Administrativo Del Valle del Cauca.

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

Notifíquese y cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ  
JUEZ**

|   |
|---|
| JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE<br>BOGOTÁ D.C.<br>Notificación por estado   |
| La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 001, de<br>hoy 28 de enero de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.               |
| <br>LAURA MARCELA BOLÓN CARACHO<br>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:

**3688891378a40c7d030927036d5fbaf08d2d2745dfed5d81264b6a061  
4968963**

Documento generado en 24/01/2022 10:27:35 AM

**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., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2020-00209-00**  
**Demandante: GRACIELA QUIROGA MUÑOZ**  
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO  
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL  
MAGISTERIO  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **GRACIELA QUIROGA MUÑOZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.588.702, 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**

**1.1.1.** Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 22 de noviembre de 2019, frente a la petición elevada el 22 de agosto de la misma anualidad, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

**1.1.2.** Declarar que la actora tiene derecho a que se 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.

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

**1.1.3.** Reconocer y pagar 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 la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

**1.1.4.** Dar cumplimiento al fallo en el término de 30 días, contados desde la comunicación éste, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**1.1.5.** Reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

**1.1.6.** Reconocer y pagar los intereses moratorios, a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

**1.1.7.** Condenar en costas a la parte demandada, conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A., el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

## **1.2. HECHOS**

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

**1.2.1.** El 6 de marzo de 2018, le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, por prestar sus servicios como docente.

**1.2.2.** Por medio de la Resolución No. 10424 del 10 de octubre de 2018, la entidad demandada le reconoció la cesantía solicitada, la cual fue cancelada el 6 de marzo de 2019, por intermedio de entidad bancaria, por lo que transcurrieron 258 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para realizar el pago hasta el momento en que efectivamente se realizó.

**1.2.3.** El 22 de agosto de 2019, le solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, petición que fue resuelta negativamente, en forma ficta, razón por la cual, acudió ante la Procuraduría General de la Nación, con el objeto de que se fijara audiencia de conciliación prejudicial y, de esta forma, llegar a un acuerdo sobre las pretensiones, 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, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Sostiene que la entidad demandada al hacer 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.

Manifiesta 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, establecieron 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 65 días hábiles, después de haber radicado la solicitud.

Refiere que la demandante tiene la calidad de docente nacional o nacionalizado, razón por la cual la prestación fue reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y, por ende, la sanción moratoria solicitada está a cargo de la entidad demandada.

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer un término perentorio para el reconocimiento y pago de la cesantía de la actora, está siendo burlado 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.

Aduce que la contabilización adicional de los 5 días, a los 60 días que contempla la Ley señalada anteriormente, con el con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la Ley.

### **III. CONTESTACIÓN**

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito radicado vía correo electrónico el **13 de mayo de 2021**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

**3.1. 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.

**3.2. 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.

**IV. ALEGATOS**

**4.1. Parte Demandante**

La apoderada de la parte actora, a través de 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, iii) el acto mediante el cual se reconoció al actor la cesantía definitiva, 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, señaló que estos proceden desde el 6 de marzo de 2019 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. **20211182525991 del 21 de septiembre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico, el mismo día, se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia; sin embargo, consultado el aplicativo “Fomag 1” se evidenció, que la mora generada por el pago tardío de la cesantía reconocida a la actora, mediante la Resolución 10424 del 10 de octubre de 2018, fue cancelada el 9 de diciembre de 2020, así:

The image shows a screenshot of the 'Fomag 1' application interface. On the left is a consultation form for 'FONDOS DE LA PREVISORA S.A.' with the following data:

|   |  |                    |               |                 |            |
|---|--|--------------------|---------------|-----------------|------------|
| Formulador  | CONSULTA_F   |                    |               |                 |            |
| Usuario   | I AMOLINA  |                    |               |                 |            |
| Fecha   | 2021-09-21   |                    |               |                 |            |
| Forma   | Vista  |                    |               |                 |            |
| FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAESTRO |  |                    |               |                 |            |
| Consulta de Prestaciones:                           |  |                    |               |                 |            |
| Tipo Documento                                      | 1 CEDULA DE CIUDADANIA   | Documento Docarbit | 51,580,702    |                 |            |
| Nombre Docente                                      | GRACIELA   | Apellidos          | QUIROGA MUÑOZ |                 |            |
| Fecha Nacimiento                                    | 1958-04-29   | Fallecimiento      |               | Identificador   | 1877456    |
| Fecha Sistema                                       | 2020-12-09   | Nro Resolución     | VADMSXMD4     | Fecha Orden     | 2020-12-09 |
| Enlace Negada                                       |  | Fec Resolución     | 2018-10-10    | Oficio Orden    | VADMSXMI   |
| En. Principal                                       |  | Fecha de Pago      | 2020-12-09    | Fec. Devolut.   |            |
| En. Recursivo                                       |  | Clase Nómina       | N ORMAL       | Nro. Devolut.   |            |
| Formulario  |  | Fecha Carta        |               | Pago Neto       | 12,146,103 |
| Observaciones                                       | CONFORME AL OFICIO 2020-EE-120934 DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y LAS BENSAS |                    |               |                 |            |
| Fecha Pago desligado                                |  |                    |               |                 |            |
| Estatus Prestación                                  | PAGA   | PRGADA             |               | Fecha           | 2020-12-09 |
| Fec. Creen. Reg                                     |  | Item Arch. Reg     |               | Item. Token Reg |            |

On the right is a message box with the following text:

CONFORME AL OFICIO 2020-EE-120934 DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y LAS BENSAS DE SEGUIMIENTO CON DICHA ENTIDAD, SE PROCEDE AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA RANCIÓN POR MORA POR VIA ADMINISTRATIVA POR PAGO EXTEMPORANEO DE LAS CESANTIAS DEFINITIVAS RECONOCIDAS MEDIANTE RESOLUCIÓN No. 10424 DEL 10 DE OCTUBRE DE 2018 PARA LA LIQUIDACION SE TOMO LA SIGUIENTE INFORMACION: 206 DIAS DE MORA COMPRENDIDOS ENTRE EL 26/08/2019 Y EL 17/01/2019 Y UN SALARIO MENSUAL DE \$ 1.769.950. EN CONSECUENCIA EL VALOR A PAGAR CORRESPONDE A LA SUMA DE \$ 12.146.103. QUE SE CANCELARAN CON CARGO A LOS RECURSOS TES DE QUE TRATA EL ARTICULO 57 DE LA LEY 1955 DE 2019 Y EL DECRETO 2020 DE 2019. RAD ORFEO. # 20180323306032\_APRUEBA\_SUSTANCIADORL SE APRUEBA EL PAGO, SE REALIZA EL ESTUDIO CON BASE A LOS DOCUMENTOS ENCONTRADOS EN EL RADICADO

#### 4.3. Ministerio Público.

Se advierte que la señora Procuradora Delegada ante el Despacho 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 impide al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

En relación con la **improcedencia de la 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.** Resolución No. 10424 del 10 de octubre de 2018, mediante la cual la Secretaría de Educación del Distrito reconoce y ordena el pago de una cesantía definitiva a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 6 de marzo de 2018.

**5.2.2.** Derecho de petición radicado bajo el No. E-2019-135620 del 22 de agosto de 2019, 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.

**5.2.3.** Desprendible del Banco BBVA, donde consta el pago de la cesantía por valor de \$7.048.876,00 m/cte.

**5.2.4.** Certificación expedida por la Fiduprevisora S. A., donde hace constar que el pago de las cesantías definitivas quedó a disposición de la demandante, a partir del 17 de enero de 2019, el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el 20 de febrero de la misma anualidad.

**5.2.5.** Certificados de Historia Laboral y de salarios de la demandante, expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá, en el que se evidencia que para el año 2017, devengó como asignación básica la suma de \$1.768.850,00 m/cte.

**5.2.6.** Desprendible del Banco BBVA, donde consta el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía por valor de \$12.146.103,00 m/cte.

### **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 22 de agosto de 2019, ii) si 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 al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

### **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 **22 de agosto de 2019**, 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 22 de agosto de 2019, 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 2017<sup>1</sup>, 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*

<sup>1</sup> 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.

*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.*

***(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 Graciela Quiroga Muñoz, ostentó la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación del Distrito y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital- Sistema General de Participaciones, 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. 10424 del 10 de octubre de 2018, la demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **6 de marzo de 2018**, razón por la cual la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es, hasta el **28 de marzo del mismo año**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **10 de octubre 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 **7 de marzo de 2018**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías definitivas debió realizarse a más tardar el **21 de junio de 2018**, suma quedó a disposición de la actora desde el **17 de enero de 2019**, como consta en el oficio expedido por la Fiduprevisora S.A., incurriéndose en mora desde el **22 de junio de 2018 hasta el 16 de enero de 2019**.

Al respecto, es menester aclarar que, si bien en el desprendible del Banco BBVA, en la Observación No. 2, se señala que el pago ingresó el 6 de marzo de 2019, lo cierto es que, el Despacho tomó el día incorporado en la certificación expedida por la Fiduprevisora S. A., para determinar la fecha a partir de la cual, quedó a disposición de la señora Graciela Quiroga Muñoz, en la entidad bancaria, el valor de las cesantías que le fueron reconocidas, toda vez que allí se hizo constar que el valor por el cual le fue reconocida la cesantía definitiva a la demandante no fue cobrado, lo que conllevó a que fuera reprogramado.

### **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 **definitiva**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se produjo el retiro definitivo del servicio.

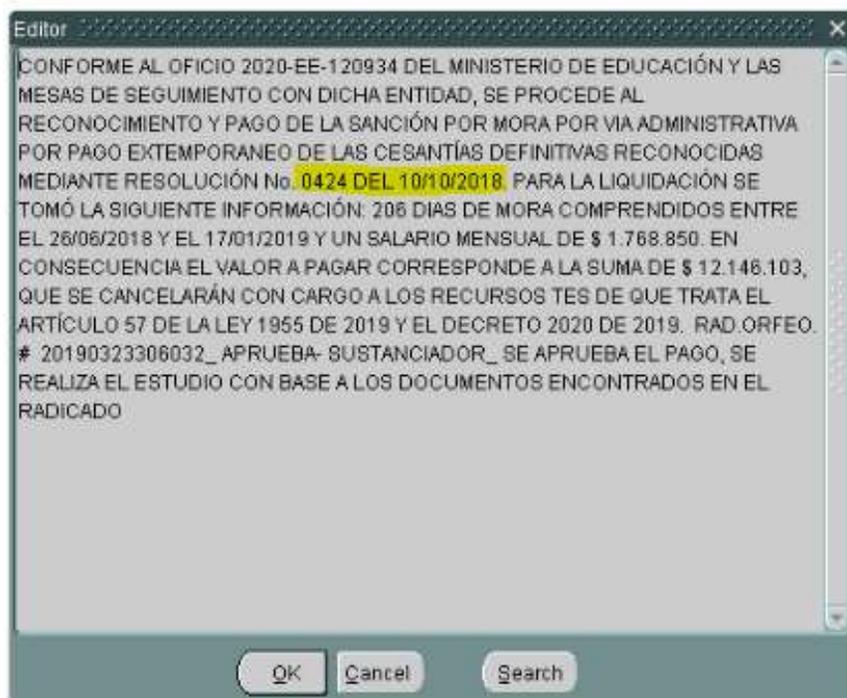
Así las cosas, se lee en la Resolución No. 10424 del 10 de octubre de 2018 y del certificado de historia laboral, que la actora se desvinculó del servicio a partir del **31 de diciembre de 2017**, razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la demandante en dicha fecha.

Ahora bien, según el desprendible del Banco BBVA aportado por la apoderada del extremo actor, la entidad demandada el **10 de diciembre de 2020**, realizó un pago por la suma de **\$12.146.103,00 m/cte.**, por concepto del pago tardío de las cesantías definitivas reconocidas a la

demandante, monto que, afirma, no corresponde a la totalidad de lo adeudado por dicho concepto.

Sobre el particular, se advierte que, del certificado de salarios de la demandante, expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá, se evidencia que para el **año 2017**, anualidad para la cual la demandante se retiró del servicio por invalidez, devengaba por concepto de asignación básica la suma de **\$1.768.850,00 m/cte.**

Igualmente, se observa del pantallazo del aplicativo “Fomag 1”, incorporado por la apoderada de la entidad demandada en el escrito de alegatos de conclusión, que para realizar el cálculo de lo adeudado por concepto del pago tardío de la cesantía se tuvo en cuenta **206 días de mora, comprendidos entre el 26 de junio de 2018 y el 17 de enero de 2019 y un salario mensual de \$1.768.850,00 m/cte.**, lo que arrojó la suma de **\$12.146.103, m/cte.**, así:



Como puede verse, la entidad demandada tomó correctamente la asignación básica salarial para liquidar el valor adeudado a la señora Graciela Quiroga Muñoz, por el incumplimiento en el pago de las cesantías definitivas reconocidas, a través de la Resolución No. 10424 del 10 de octubre de 2018, que no es otro, que el devengado para la época en que se produjo el retiro definitivo del servicio; sin embargo,

para calcular los días en que incurrió en mora, tuvo en cuenta el lapso comprendido entre el **26 de junio de 2018 y el 17 de enero de 2019**, que comprenden **206 días**, cuando lo correcto era del **22 de junio de 2018 al 16 de enero de 2019**, tal como se señaló líneas atrás, que corresponden a **209 días**.

Así las cosas, se concluye que le asiste razón a la apoderada del extremo actor al sostener que la entidad demandada no canceló en su integridad la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías definitivas, dado que no sufragó lo adeudado por dicho concepto, por el periodo comprendido entre el **22 de junio de 2018 y el 25 del mismo mes y año**; no obstante, realizó el pago hasta el **17 de enero de 2019**, día en que cesó la mora, según el oficio expedido por la Fiduprevisora S.A., de modo que, para esa data no se causó sanción alguna y, en consecuencia, debió ser calculada hasta el **16 de enero de dicho año**.

Expuesto lo anterior, para el Despacho se generó un retardo en el pago de las cesantías definitivas de la actora de **209 días**, del cual, la entidad demandada solamente canceló **206 días**, de forma que, a título de sanción moratoria deberá sufragar **3 días**, esto es, por el periodo comprendido entre el **22 de junio de 2018 y el 24 del mismo mes y año**.

#### **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**<sup>2</sup>, 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 para aplicar

---

<sup>2</sup> 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.

*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 **18 de enero de 2019** 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 Graciela Quiroga Muñoz el 22 de agosto de 2019, 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 párrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **22 de junio de 2018 y el 24 del mismo mes y año.**

El valor del salario es el vigente para el **31 de diciembre de 2017**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes 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”*<sup>3</sup>; en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*<sup>4</sup>; así como en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral<sup>5</sup>.

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 definitiva, 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 definitiva, se hizo exigible a partir del **22 de junio de 2018** y la señora Graciela Quiroga Muñoz formuló reclamación administrativa el **22 de agosto de 2019**, en tanto la demanda se presentó el **27 de agosto de 2020**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

## 5.7. COSTAS

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

<sup>4</sup> **ARTÍCULO 102.** PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

<sup>5</sup> **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 entidad demandada en el curso del proceso haya incurrido en una conducta dilatoria o de mala fe.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta respecto de la petición elevada el **22 de agosto de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2019-135620.

**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-2019-135620 del 22 de agosto de 2019**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías definitivas.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **GRACIELA QUIROGA MUÑOZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.588.702, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **22 de junio de 2018 y el 24 del mismo mes y año**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el **31 de diciembre de 2017**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes 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 **18 de enero de 2019 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 del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

**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 *ibidem*.

**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**

|  |
|--|
| <b>JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE<br/>BOGOTÁ D.C.</b><br>Notificación por estado                                    |
| La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 001, de hoy 28 de enero de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.                 |
| <br>LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO<br>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:

**c2d17d1579e521c60d1428a9ad330e77e022e5df1e0405c5551c97381803**

**6810**

Documento generado en 24/01/2022 04:24:40 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., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 110013335018**2021-00115-00**  
**Demandante: GABRIEL NICÓMEDES PORTILLA CÓRDOBA**  
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **GABRIEL NICÓMEDES PORTILLA CÓRDOBA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 87.531.638, 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 - POLICÍA NACIONAL, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1.1. PRETENSIONES**

**i)** Pretende el demandante que se inaplique por inconstitucional el artículo 17 del Decreto 1091 de 1995, al no incluir como beneficiaria del subsidio familiar a su cónyuge y/o compañera permanente, pese a que los artículos 110 y 111 del Decreto 1029 de 1994, se encuentran vigentes y respecto de los cuales se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado a través de providencia 886 del 24 de octubre de 1996, definiendo los conceptos de familia, su conformación y el subsidio familiar.

**ii)** Que se declare la nulidad del oficio No. S-2020-038479-DITAH-ANOPA-1.10 del 02 de septiembre de 2020 y de la Resolución No. 02930 del 13 de noviembre de 2020, mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar del actor, en un 39% del salario básico.

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

**i)** Reconocer y pagar al demandante la reliquidación del salario, donde se incluya la partida del subsidio familiar en un 39% del sueldo básico con retroactividad a partir del 05 de agosto de 2016, aplicando la prescripción cuatrienal, toda vez, que el día 05 de agosto de 2020, se interrumpió la prescripción de las mesadas.

**ii)** Pagar todas las sumas de dinero por concepto de la relación laboral que tuvo con la entidad demandada, tales como salarios y partidas salariales, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado año a año, debidamente indexados hasta la fecha en que se realice el pago al demandante.

**iii)** Pagar al demandante las sumas de dinero que sean liquidadas, de conformidad con el artículo 192 del C.P.A.C.A., los intereses moratorios legales, liquidados desde la fecha en que se hicieron exigibles y hasta la fecha en que se produzca el pago real y efectivo de cada una de las mismas.

## **1.2. HECHOS**

Para sustentar las pretensiones el apoderado de la parte actora alude a los siguientes hechos:

**1.2.1.** El demandante ingresó a la Policía Nacional en el año de 1997, y actualmente devenga asignación de retiro.

**1.2.2.** El actor convive en unión marital de hecho, protocolizada desde el 13 de agosto de 2008, con la señora Mónica Patricia Rojas Chilatra, con quien procreó a las menores Melany Gabriela y Nicole Alejandra Portilla Rojas, lo cual consta en la hoja de servicios.

**1.2.3.** Que el artículo 16 del Decreto 1091 de 1995, ordena el pago en dinero del subsidio familiar al personal del nivel ejecutivo de la Policía

Nacional en servicio activo, pese a ello, ordena al Gobierno Nacional determinar la cuantía del subsidio.

**1.2.4.** Que la Junta Directiva del Instituto para la Seguridad y Bienestar de la Policía Nacional no ha reglamentado el reconocimiento y pago del subsidio familiar al Nivel Ejecutivo, tal como lo dispone el artículo 18 del Decreto 1091 de 1995.

**1.2.5.** Que el personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional percibe en dinero el subsidio familiar en un 30% del sueldo básico para los casados, o viudos con hijos habidos en el matrimonio, de conformidad con el artículo 82 del Decreto 1212 del 8 de junio de 1990 y el artículo 46 del Decreto 1213 del 8 de junio de 1990.

**1.2.6.** Que durante el tiempo que estuvo vinculado a la Policía Nacional nunca se le pagó el subsidio familiar teniendo en cuenta que tiene cónyuge y dos hijas.

**1.2.7.** Que el demandante se encuentra en una situación de desigualdad, frente al personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes que componen la Policía Nacional de Colombia, al no pagársele el subsidio familiar, toda vez, que cumplen la misma misión.

**1.2.8.** Que la última unidad laborada del actor fue el Grupo de Talento Humano de la DIJIN, con sede en Bogotá D.C, como consta en la hoja de servicios.

**1.2.9.** Que el 27 de abril de 2021, fue notificada el acta por parte de la Procuraduría Judicial a través de la cual, consta que no fue posible llegar a un acuerdo conciliatorio.

**1.2.10.** Que el salario que devenga el personal del Nivel Ejecutivo en comparación con el que devengan los oficiales de la Policía Nacional regidos por el Decreto 1212 de 1990, es desfavorable para los primeros, máxime que actualmente la Policía Nacional, solo cuenta con dos escalafones: el nivel Directivo y nivel Ejecutivo, ya que los Suboficiales y agentes dejaron de incorporarse a la Policía Nacional hace más de veinte años, tal como consta en el Oficio S-2020-009850- DINCO del 16 de diciembre de 2020.

## II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 1, 4, 13, 29, 42, 48, 53, 85 y 93 Constitucionales; la Convención Americana de Derechos Humanos; el artículo 8 de la Ley 153 de 1987, la Ley 4ª del 18 de mayo de 1992; los artículos 1º, 2º y 7º de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, y los Decretos 1212 de 1990, 1029 de 1994 y 1091 de 1995, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Sostuvo que el artículo 42 de la Constitución Política, establece que el concepto de familia es el núcleo fundamental de la sociedad, por lo cual, no es factible que ninguna norma excluya a la esposa o compañera permanente como miembro de la familia, tal como lo hace el artículo 17 del Decreto 1091 de 1995, ya que desnaturaliza dicho concepto.

Señaló que el Consejo de Estado, a través del Concepto del 24 de octubre de 1996, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, instruyó al Gobierno Nacional – Ministerio de Defensa – Policía Nacional frente al régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo indicando que procede la remisión a los decretos leyes 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, en el sentido de que los derechos allí consagrados para el cónyuge y los hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se reconocerán y pagarán a la familia del miembro del nivel ejecutivo.

Manifestó que en el presente asunto se dan los elementos para la aplicación de la analogía por las siguientes razones:

- a) Ausencia de reglamentación del artículo 16 del Decreto 1091 de 1995, por incumplimiento a la obligación consagrada en el artículo 18 *ibídem*, por el cual se reconoce el derecho a percibir el subsidio familiar al personal del nivel ejecutivo.
- b) El artículo 82 del Decreto 1212 de 1990 y el artículo 46 del Decreto 1213 de 1990, reglamente el reconocimiento del subsidio familiar al personal de agente, oficial y suboficial de la Policía Nacional.

- c) El reconocimiento del subsidio familiar para los trabajadores de la Policía Nacional tiene la misma razón, motivo y fundamento.

Concluyó que para el presente caso, es incuestionable que el valor recibido por el actor por concepto de salario para el grado que ostenta como integrante de la Policía Nacional, está por debajo de lo ordenado por el principio de legalidad de los Decretos 1029 de 1994, 1212 de 1990 y 1213 de 1990, y demás normas concordantes que disponen el reconocimiento y pago del subsidio familiar, debido a la omisión de la Policía Nacional en reglamentar y en consecuencia determinar la cuantía del derecho al subsidio familiar establecido en el artículo 16 del Decreto 1091 de 1995, para el nivel ejecutivo, siendo evidente una flagrante vulneración al derecho fundamental a la igualdad y al principio superior de favorabilidad en material laboral.

### **III. CONTESTACIÓN**

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del 04 de agosto de 2021, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Manifestó que el cuerpo policial es uno solo y que se encuentra conformado en la actualidad por dos escalafones profesionales: el Nivel Ejecutivo, al cual pertenece el accionante, y la Oficialidad; precisando que si bien aún existen policiales en los grados de Agentes y Suboficiales, los mismos constituyen jerarquías en desuso, es decir, desde hace más de veinte (20) años no se efectúan incorporaciones a estos grados, en tanto que, con la creación del Nivel Ejecutivo en el año de 1995, se pretendió extinguirlos y mantener únicamente el nuevo escalafón junto con el de Oficiales.

Indicó que a lo largo de la carrera policial del accionante, sólo ha hecho parte del Nivel Ejecutivo, de modo que nunca hizo parte del escalafón de Agente, cobijado por el Decreto 1213 del 08 de junio de 1990, y tampoco, por el Decreto 1212 del 08 de junio de 1990, toda vez que cuando ingresó al Nivel Ejecutivo se encontraban vigentes los Decretos Nos. 1091 del 27 junio 1995, y 4433 del 31 de diciembre de 2004, último en el cual causó el

derecho a reconocimiento y pago del subsidio familiar que en la actualidad percibe, y afirmó que no se desmejoró su salario, por cuanto nunca tuvo derecho a lo que hoy pretende se le reconozca y pague.

Afirmó que en el marco de la Carrera de Oficiales, Agentes, Suboficiales y el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, no se está frente a regímenes salariales y prestacionales idénticos, sino diferentes, sobre todo en lo que atañe a sueldos básicos, primas, bonificaciones y subsidios, para lo cual citó la normativa particular que regula el tema del subsidio familiar en la Policía Nacional, para cada uno de ellos.

Coligió de lo anterior que la normativa aplicable al demandante no contempla el subsidio familiar por la esposa, sino únicamente frente a los hijos, de modo que la entidad que representa ha realizado lo estipulado en los decretos anuales de sueldo, por lo que no se encuentra facultada para realizar reconocimiento de salarios y/o prestaciones que no están contempladas en las disposiciones legales que rigen la materia.

Indicó que el subsidio familiar para el Nivel Ejecutivo fue reglamentado en los artículos 15 a 21 del Decreto 1091 de 1995, donde se reconoce como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, estableciendo en el artículo 16 que el Gobierno Nacional determinaría la cuantía del subsidio por persona a cargo, que en lo sucesivo se fijó año a año, invocando como ejemplos: el Decreto 50 de 1996 (\$7.840.00 por persona a cargo), el Decreto 122 de 1997 (\$8.899 por persona a cargo), y el Decreto 58 de 1998 (\$10.323 por persona a cargo).

Así las cosas, coligió que no se eliminó este factor para el Nivel Ejecutivo, y el mismo se le está pagando al actor, teniendo en cuenta la reglamentación que regula su vinculación, como se puede evidenciar en las constancias salariales de octubre, noviembre y diciembre 2018 “SUBSIDIO FAMILIAR NIVEL EJECUTIVO \$125,276.00”.

Sostuvo que el accionante decidió de manera libre y voluntaria hacer parte, bajo la modalidad de incorporación directa, del escalafón de la carrera del nivel ejecutivo, conociendo las normas que lo iban a cobijar, el cual tiene un régimen de carrera reglado por la ley, sus salarios y prestaciones se rigen por las normas correspondientes a la especialidad policial y, sin embargo, completó 22 años perteneciendo a ese escalafón.

Indicó que verificado el Sistema de Administración del Talento Humano (SIATH) y la hoja de servicios del actor, se evidenció que el señor GABRIEL NICÓMEDES PORTILLA CÓRDOBA, realizó curso ingresando como miembro del Nivel Ejecutivo desde el año 1997, lo que a todas luces lo desliga de la posibilidad que le sean aplicables otras normas diferentes a las estipuladas para su escalafón.

De otro lado, propuso las siguientes excepciones:

i) **Acto administrativo ajustado a la constitución y a la ley:** Afirma que los actos administrativos mediante los cuales se negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar, fueron estructurados atendiendo los presupuestos procesales de existencia, validez y eficacia procesal, que debe tener todo acto emanado de la administración.

En ese sentido, refirió que dichos actos fueron expedidos por el funcionario y la autoridad competente, por lo cual tal actuación no fue desproporcional, ni trasgredió derecho fundamental alguno, como lo considera el demandante, sino que se observaron las garantías constitucionales, legales y jurisprudenciales vigentes para el caso en litigio y, por ende, gozan del principio de legalidad y transparencia.

ii) **Inexistencia del derecho y la obligación reclamada:** Precisa que la entidad demandada dio cumplimiento estricto a lo establecido en los Decretos Nos. 1091 de 1995, y 4433 de 2004, normatividad aplicable para los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, razón por la cual el derecho pretendido por el demandante es inexistente para el caso en litigio.

iii) **Cobro de lo no debido:** Afirmó que no es procedente conceder lo pretendido por el demandante, ya que de accederse en tal sentido se crearía un tercer régimen relacionado con lo favorable de los Decretos Nos. 1212 y 1213 de 1990, que aplican para los Oficiales y Agentes, y los Decretos Nos. 1091 de 1995 y 4433 de 2004, para los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, cuando se debe tener en cuenta el principio de inescindibilidad de la Ley.

iv) **Genérica:** Solicitó que se declaren las excepciones que resulten probadas dentro del proceso y que constituyan una excepción que favorezca a la entidad demandada, y que no hayan sido alegadas expresamente en la contestación de la demanda.

#### **IV. ALEGATOS**

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

Mediante escrito del **20 de septiembre de 2021**, el apoderado del actor dentro de la oportunidad legal presentó alegatos de conclusión, ratificándose en los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, en el sentido de indicar que, el subsidio familiar consagrado para los miembros de la Policía Nacional tiene como finalidad proteger la familia, ayudando a solventar las cargas económicas, pero dicha finalidad se ve atacada de manera flagrante cuando el estado reconoce una protección especial a todos los miembros de la institución, y excluye a un sector determinado.

Reiteró que el Honorable Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil, a través del Concepto 886 del 24 de octubre de 1996, definió el concepto de familia, señalando que procede la remisión a los decretos leyes 1212 de 1990 y 1213 de 1990, para el cónyuge y los hijos de los miembros del Nivel Ejecutivo de la entidad.

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

A través de memorial del **1° de octubre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico, la apoderada de la entidad demandada presentó alegatos de conclusión, solicitando que se nieguen las súplicas de la

demanda, toda vez que no le asiste derecho al demandante a la reliquidación y pago de la partida de subsidio familiar.

Afirmó que a lo largo de la carrera policial del demandante éste solo ha hecho parte del Nivel Ejecutivo y no perteneció al escalafón de Agentes cobijado por el Decreto 1213 del 8 de junio de 1990, como tampoco del Decreto 1212 de 1990, ya que cuando ingresó se encontraban vigentes los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

Finalmente, manifestó que el demandante decidió de manera libre y voluntaria hacer parte de la carrera del Nivel Ejecutivo, conociendo las normas que lo iban a regir respecto a salario y prestaciones, esto es, las contempladas en los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004.

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

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

### **V. CONSIDERACIONES**

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

Frente a las excepciones de **acto administrativo ajustado a la constitución y a la ley, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, y cobro de lo no debido**, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

Frente a la excepción **genérica**, no se encontraron excepciones que deban ser declaradas de oficio en este momento procesal.

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

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

**5.2.1.** Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 27 de abril del 2021, en la Procuraduría 144 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida, cuyas pretensiones están relacionadas con el señor Genis Francisco Vargas Sánchez.

**5.2.2.** Derecho de petición elevado ante la entidad demandada el 04 de agosto de 2020, a través del cual el actor solicitó el reconocimiento y pago del subsidio familiar en un 39% de su salario básico.

**5.2.3.** Oficio No. S-2020-038479-DITAH ANOPA-1.10 del 02 de septiembre de 2020 , a través del cual la Policía Nacional negó la anterior solicitud del actor, teniendo en cuenta que el Nivel Ejecutivo al cual pertenece el demandante se rige por el Decreto 1091 de 1995, en consecuencia, el reconocimiento y pago del subsidio familiar se realiza conforme a lo previsto en los artículos 16 y 17 *ibidem*, así mismo que los valores a pagar se encuentran previstos en los decretos anuales de sueldo.

**5.2.4.** Recurso de apelación radicado el 09 de septiembre de 2020, en contra del anterior oficio.

**5.2.5.** Resolución No. 02930 del 13 de noviembre de 2020, por medio de la cual, la entidad demandada resolvió el recurso de apelación contra el oficio del 02 de septiembre de 2020, confirmando en su integridad la decisión.

**5.2.6.** Correo electrónico del 07 de diciembre de 2020 mediante el cual la entidad demandada envió copia de la anterior resolución al apoderado del actor.

**5.2.7.** Hoja de servicios No. 87531638 donde se relacionan los haberes que percibe el demandante y el tiempo de servicios en la institución.

**5.2.8.** Constancia del 03 de marzo de 2021, expedida por el Jefe del Grupo de Retiros y Reintegros de la Policía Nacional, de conformidad con la cual al demandante le figura como última unidad laborada la Dirección de Investigación Criminal e Interpol – DIPOL.

**5.2.9.** Copia del registro Civil de Nacimiento con indicativo serial No. 41604827 del 17 de febrero de 2009, de Melany Gabriela Portilla Rojas.

**5.2.10.** Copia del registro Civil de Nacimiento con indicativo serial No. 41604828 del 17 de febrero de 2009, de Nicole Alejandra Portilla Rojas.

**5.2.11.** Copia del acta de conciliación No. 512 del 13 de agosto de 2008, celebrada entre el actor y la señora Mónica Patricia Rojas Chilatra, mediante la cual declararon que conviven en unión marital de hecho desde el 02 de julio de 2006.

**5.2.12.** Declaración extraprocesal de unión marital de hecho, rendida por el actor y la señora Mónica Patricia Rojas Chilatra ante la Notaría 67 del Círculo de Bogotá el 06 de agosto de 2008.

**5.2.13.** Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Mónica Patricia Rojas Chilatra.

**5.2.14.** Copia de la cédula de ciudadanía del actor.

**5.2.15.** Resolución No. 00208 del 28 de enero de 2019 *“[p]or la cual se retira del servicio activo a un personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”*, entre ellos, al demandante.

**5.2.16.** Oficio No. 446914 de fecha 2019-06-18, mediante el cual la Coordinadora del Grupo de Notificaciones de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional comunicó al actor la Resolución No. 4840 del 06 de junio de 2019, por la cual se reconoció y ordenó el pago de la asignación mensual de retiro.

**5.2.17.** Resolución No. 4840 del 06 de junio de 2019, mediante la cual la entidad demandada le reconoció la asignación mensual de retiro al actor, a partir del 30 de abril de 2019, en cuantía equivalente al 79%.

**5.2.18.** Liquidación expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en la que constan las partidas computables reconocidas al actor en su asignación de retiro.

**5.2.19.** Copia del concepto del 24 de octubre de 1996 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

**5.2.20.** Copia de la Circular 003/OFPLA-UDES0-175 del 03 de enero de 1997, emitida por la entidad demandada, en la cual se señala que es procedente aplicar los artículos 110 y 111 del Decreto 1029 de 1994, referentes a la definición del concepto de familia.

**5.2.21.** Copia de la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca del 29 de enero de 2020, bajo radicado No.76-001-33-33-003-2015-00174-01.

**5.2.22.** Oficio S-2020-009850- DINCO del 16 de diciembre de 2020, por medio del cual la entidad demandada le indicó al apoderado del demandante que el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional surgió en el año de 1995 a partir del Decreto 132 de 1995, en el cual se establecieron los grados y tiempos mínimos, derogado a su vez, por el Decreto 1791 de 2000; y frente al numeral 6 de su petición, precisó que la Policía Nacional no cuenta en la actualidad con convocatorias abiertas para el grado de Cabo Segundo, toda vez que dicha categoría policial desde el año 1995, fue suprimida.

**5.2.23.** Certificación expedida por el Tesorero General de la Policía Nacional, en la que consta el sueldo del actor para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2018, incluyendo el subsidio familiar nivel ejecutivo.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer: **i)** si hay lugar a la inaplicación por vía de excepción de inconstitucionalidad del artículo 17 del Decreto 1091 de 1995; y **ii)** si el demandante tiene o no derecho a la reliquidación de su asignación salarial, con la inclusión del subsidio familiar contenida en los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

### **5.4. Del Régimen salarial y prestacional aplicable a los Miembros del Nivel Ejecutivo. Antecedentes normativos.**

En vigencia de la Constitución Política de 1991, a través del artículo 150, numeral 19, se asignó competencia especial al Congreso de la República para fijar las pautas y lineamientos que debería tener en cuenta el Presidente de la República al momento de desarrollar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Por su parte, el artículo 218 de dicha normatividad, señaló que la ley determinará el régimen de carrera, **prestacional** y disciplinario de la Policía Nacional.

Así las cosas, el Congreso de la República expidió la **Ley 180 del 13 de enero de 1995**, por medio de la cual se modificaron y expidieron algunas disposiciones sobre la Policía Nacional y del Estatuto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se revistió al Presidente de la República de facultades para desarrollar la Carrera profesional denominada Nivel Ejecutivo, consagrando en su artículo 7, lo siguiente:

*“Artículo 7º.- De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de noventa (90) días, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, para los siguientes efectos:*

*1. Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo a que se refiere el artículo 1º de la presente Ley, a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa. Esta nueva carrera comprenderá los siguientes aspectos:*

*(...)*

*- **Asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales***

*(...)*

*PARÁGRAFO. La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo” (subrayado fuera del texto original).*

Por lo anterior, se expidió el **Decreto 132 del 13 de enero de 1995**, a través del cual se desarrolló la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y en cuanto al ingreso el artículo 12, contempló:

*“Artículo 12. Ingreso de suboficiales al Nivel Ejecutivo. Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo de la Policía*

Nacional, los suboficiales en servicio activo que lo soliciten, de acuerdo con las siguientes equivalencias:

(...)”

Por su parte, el artículo 13 *ibidem*, indicó:

**“Artículo 13.** *Ingreso de agentes al Nivel Ejecutivo. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo siempre y cuando reúnan los siguientes requisitos:*

(...)”.

A su vez, el artículo 14 *ejusdem*, señaló:

**“Artículo 14.** *Ingreso auxiliares de Policía Bachilleres. El personal de bachilleres que presten el servicio militar obligatorio en la Policía Nacional, podrán ingresar al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en el grado de Patrullero de conformidad con la reglamentación que expida la Dirección General de la Policía Nacional”.*

A su turno, el artículo 15 de dicha disposición legal, refirió:

**“Artículo 15. Régimen salarial y prestacional del personal del Nivel Ejecutivo. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional”.** (Negrita del Despacho).

Finalmente, el artículo 82 *ibidem*, dispuso:

**“Artículo 82°.- INGRESO AL NIVEL EJECUTIVO. El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional”.** (Negrillas fuera del texto original).

De la normatividad transcrita, se concluye que los Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional pueden ingresar por homologación al Nivel Ejecutivo, a quienes no se les podría desmejorar el régimen salarial y prestacional que venían disfrutando en la institución castrense; por otro lado, se encuentran los uniformados que ingresaron por **incorporación directa, quienes se someterán a los regímenes que determine el Gobierno Nacional.**

Ahora bien, en desarrollo de las normas generales contenidas en la Ley 4<sup>a</sup> de 1992, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1091 del 27 de junio de 1995** “por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para

el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995” y en el artículo 15, dispuso:

**“Artículo 15. Definición.** *El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, en proporción al número de personas a cargo y de acuerdo a su remuneración mensual, con el fin de disminuir las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia. Esta prestación estará a cargo del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional.*

**Parágrafo.** *El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso”.*

En cuanto a su remuneración, el artículo 16 de dicha disposición, contempló:

**“Artículo 16. Pago en dinero del subsidio familiar.** *El subsidio familiar se pagará al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo. El Gobierno Nacional determinará la cuantía del subsidio por persona a cargo.”* (Negrita y subrayado del Despacho).

A su vez, el artículo 17 *ejusdem*, indicó:

**“Artículo 17.** *De las personas a cargo. Tendrá derecho al subsidio familiar las personas a cargo del personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo, que a continuación se enumeran:*

- a. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros menores de doce (12) años.*
- b. Los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos e hijastros mayores de doce (12) años y menores de veintitrés (23) años, que acrediten estar adelantando estudios primarios, secundarios y post-secundarios en establecimientos docentes oficialmente aprobados.*
- c. Los hermanos huérfanos de padre menores de dieciocho (18) años.*
- d. Los hijos y hermanos huérfanos de padre que sean inválidos o de capacidad física disminuida, que hayan perdido más del 60% de su capacidad normal de trabajo.*
- e. Los padres mayores de sesenta (60) años, siempre y cuando no reciban salario, renta o pensión alguna.*

*Para efecto del pago del subsidio se consideran personas a cargo las enumeradas, cuando convivan y dependan económicamente del personal del nivel ejecutivo y se hallen dentro de las condiciones aquí estipuladas”.*

De otro lado, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 578 de 2000, para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, emitió el

Decreto 1791 de 2000 “*por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional*”, norma que derogó el Decreto 132 del 13 de enero de 1995 y en cuanto al ingreso de los miembros del Nivel Ejecutivo, replicó lo contenido en los artículos 12 y 13 de dicha disposición legal; sin embargo, en el párrafo del artículo 10 del referido Decreto 1791, se señaló que “*El personal de Suboficiales y de Agentes ... se someterán al régimen salarial y prestacional establecido para la carrera del Nivel Ejecutivo*”.

En ese sentido, tal como lo señaló la H. Corte Constitucional en la sentencia C- 691 del 12 de agosto de 2003<sup>1</sup>, al momento de estudiar la constitucionalidad del referido párrafo, los Suboficiales y Agentes que voluntariamente ingresen al Nivel Ejecutivo, esto es, el personal homologado, al tener un cambio de un nivel jerárquico a otro, se someten a las condiciones de remuneración establecidas para dicho personal, en las mismas circunstancias que los miembros de **incorporación directa**.

#### **5.5. CASO CONCRETO.**

En el caso que nos ocupa el señor GABRIEL NICÓMEDES PORTILLA CÓRDOBA pretende que se ordene a la entidad demandada que le reliquide el subsidio familiar que devengaba en actividad, en un 30% del salario básico, correspondiente a su compañera permanente, Mónica Patricia Rojas Chilatra y un 9%, por concepto de sus hijas, Melany Gabriela y Nicole Alejandra Portilla Rojas, de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1212 de 1990 “*Por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional*” y 1213 de 1990 “*Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional*”, efecto para el cual, solicita se inaplique por vía de excepción de inconstitucionalidad el artículo 17 del Decreto 1091 de 1995 “*por el cual se expide el Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995*”.

---

<sup>1</sup> Sentencia C-691 de 2003, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández Referencia, expediente D-4447, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 (parcial) del Decreto 1791 de 2000, "por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional", demandante: Luis Eduardo Castro Galindo.

Ahora bien, de la hoja de servicios del demandante que obra en el plenario, se advierte que el demandante laboró en la Policía Nacional, siendo retirado del servicio por solicitud propia y en el acápite de “**IV SERVICIOS PRESTADOS Y DEDUCCIONES**”, se consignó:

| <b>NOVEDAD</b>   | <b>F. INICIO</b>         | <b>F. TÉRMINO</b> | <b>TOTAL<br/>A M D</b> |
|--|--------------------------|-------------------|------------------------|
| <b>ALUMNO NIVEL EJECUTIVO</b>                                      | 17 Feb 1997              | 19 Feb 1998       | 1-0-2                  |
| <b>SUSPENSIÓN DISCIPLINARIA</b>                                    | 01 Ago 2016              | 28 Ene 2017       | 0-5-27                 |
| <b>NIVEL EJECUTIVO</b>   | 20 Feb 1998              | 31 Ene 2019       | 20-11-11               |
| <b>ALTA TRES MESES</b>   | 31 Ene 2019              | 30 Abr 2019       | 0-03-0                 |
| <b>DEDUCCIÓN TIEMPO</b>  | SUSPENSIÓN DISCIPLINARIA |                   | 0-5-27                 |
| <b>DIFERENCIA AÑO LABORAL DECRETO 1091 DEL 27 DE JUNIO DE 1995</b> |                          |                   | 0-3-25                 |
| <b>TOTAL: VEINTIDÓS AÑOS CERO MESES NUEVE DÍAS</b>                 |                          |                   | <b>22-0-9</b>          |

En ese sentido, se desprende que el actor ingresó a la Policía Nacional el 17 de febrero de 1997, como alumno, **incorporándose directamente al Nivel Ejecutivo** desde el 20 de febrero de 1998 al 31 de enero de 2019, con una suspensión del 01 de agosto de 2016 al 28 de enero de 2017 y dado de alta por tres meses hasta el 30 de abril de 2019.

Así las cosas, el actor se sometió al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre tales aspectos expidió el Gobierno Nacional, que para el caso bajo estudio comprende el Decreto 1091 del 27 de junio de 1995, normatividad que contempla con claridad el reconocimiento y pago del subsidio familiar para el personal en servicio activo, en proporción al número de personas que tenga a su cargo.

Ahora bien, pese a que el artículo 16 de dicha disposición no contempló un porcentaje para el reconocimiento del subsidio por cada miembro de la familia que dependa económicamente del personal del Nivel Ejecutivo, lo cierto es que señaló que el Gobierno Nacional determinará la cuantía en que será remunerada la prestación, razón por la cual, a través de los

decretos que anualmente se expiden, se establece el monto que debe ser cancelado por este concepto.

En este sentido, se encuentra acreditado que el demandante declaró la unión marital de hecho entre él y la señora Mónica Patricia Rojas Chilatra desde el 02 de julio de 2006, tal como se desprende del acta de conciliación No. 512 del 13 de agosto de 2008 que obra en el expediente; igualmente, está demostrado que de dicho vínculo nacieron Melany Gabriela y Nicole Alejandra Portilla Rojas, el 04 de febrero de 2009, según lo contenido en los Registros Civiles de Nacimiento Nos. 41604827 y 41604828.

Así mismo, de los desprendibles de pago expedidos por el Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2018, se advierte que al actor se le reconoció mensualmente el “*SUBSIDIO FAMILIAR NIVEL EJECUTIVO*”.

Ahora bien, resulta importante resaltar que el valor preceptuado en el artículo 28 del Decreto 324 de 2018 obedece a la suma de \$31.319,00 m/cte., sin perjuicio de lo cual, se observa de los señalados desprendibles que la suma reconocida al actor en tales meses fue de \$125.276,00 pesos m/te., de lo que se infiere que las personas a su cargo eran cuatro y que por ellas le fue reconocida dicha suma. Sin embargo, ello no fue objeto de discusión por las partes, razón por la cual no es dable que esta juzgadora se pronuncie al respecto.

Por consiguiente, se observa que dicha entidad aplicó al demandante el régimen previsto para el personal del Nivel Ejecutivo, que no es otro, que el contemplado en el artículo 16 del Decreto 1091 de 1995, reconociendo el subsidio familiar, en los montos que anualmente regulaba el Gobierno Nacional y, en consecuencia, no le asiste el derecho al pago del subsidio familiar en los porcentajes deprecados, toda vez que estos no se encuentran reconocidos para el personal del Nivel Ejecutivo.

Ahora bien, afirma el apoderado del actor que dicha prestación la devengan los demás miembros de las fuerzas militares, Policía Nacional y empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional en porcentajes superiores a los

dispuestos para los miembros del Nivel Ejecutivo, circunstancia que conlleva a una evidente y clara vulneración del principio de igualdad.

Sobre el particular, el artículo 13 de la Constitución Política establece que *“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”* y, a su vez, el artículo 53 señaló que la remuneración mínima vital y móvil, será proporcional a la cantidad y calidad de trabajo y, en ese sentido, en materia laboral no es posible otorgar el mismo trato a quienes no se encuentren en situaciones semejantes.

Ahora bien, en desarrollo de la Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional fijó el régimen prestacional de la Fuerza Pública, efecto para el cual realizó una ponderación respecto al grado de responsabilidad, las funciones que desempeñan, la experiencia y requisitos exigidos para ejercer cada grado en la Institución, distinción que no se torna arbitraria o caprichosa, pues se trata de un cuerpo jerarquizado donde se exigen calidades y requisitos acordes con la carrera oficial, lo que justifica una distinción salarial, aspecto que ha sido objeto de múltiples pronunciamientos en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Sobre el particular, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en sentencia del 25 de noviembre de 2019, dentro de los expedientes acumulados Nos. 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014), al estudiar la demanda de nulidad contra los artículos 7, 15 y 49 del **Decreto 1091 de 1995**, respecto a la diferenciación realizada por el legislador en cuanto al personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares frente a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y a los empleados públicos del Ministerio de Defensa<sup>2</sup>, indicó:

“(…)

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia del 25 de noviembre de 2019, Expedientes: 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014), demandantes: Juan Carlos Coronel García, Hans Alexander Villalobos Díaz y Roberto Barrera González y demandadas: Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público / Ministerio de Defensa Nacional

96. En el mismo sentido, la Sección Segunda de esta Corporación mediante la Sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019[131], al estudiar un caso de similar naturaleza, en el que se buscaba ubicar en un plano de igualdad fáctica a los soldados profesionales, a los oficiales y suboficiales del Ejército frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, bajo el argumento de que ambos son miembros de las Fuerzas Militares. La Sala de decisión indicó que a los soldados profesionales que causaran su derecho a la prestación periódica a partir de julio de 2014, se les incluiría el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, mientras que quienes adquirieron el derecho previamente, no les asiste derecho a su cómputo, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal[132].

97. Por ende, la diferencia de trato se encontraba justificada, debido a que la norma superior no elimina la posibilidad de que «**el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales**», como en este caso lo era el hecho de que la asignación de retiro no abarcó desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que finalmente llegaron a conformarla, sin que ello desconociera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que lograran consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

**98. Es así como para el caso objeto de estudio, el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional fue creado por la Ley 180 de 1995[133] como un nuevo nivel en la institución, diferente al de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, con un sistema de ingreso y ascenso, así como unas funciones, responsabilidades y régimen salarial y prestacional propios; a diferencia del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que, a la fecha de creación de este nuevo nivel, se regían por el Decreto 1212 de 1990,[134] posteriormente derogado por el Decreto 41 de 1994.[135]**

**99. En tal sentido, es incongruente con un verdadero estatuto de carrera que el personal del Nivel Ejecutivo, que está en una categoría inferior a la de los suboficiales, tenga un régimen salarial más benéfico que quienes se encuentran en el grado inmediatamente superior. Lo lógico es que el personal que ocupe los cargos más elevados, inclusive el más alto de la institución, reúna los requisitos académicos y de experiencia exigidos por el ordenamiento jurídico.**

100. De lo expuesto, se concluye que en esta oportunidad no se cumple con el primer presupuesto del test de igualdad, esto es, que los supuestos de hecho sean susceptibles de compararse. Por lo tanto, ante regímenes tan disímiles no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del mencionado test, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer «qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado» [136]». (Negrita y subrayado del Despacho).

Bajo el criterio jurisprudencial expuesto, no le asiste razón a la parte demandante, al afirmar que existe un trato injustificado entre los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares, de la Policía Nacional y Agentes frente al personal del Nivel Ejecutivo, puesto que para fijar la remuneración de estos se deben tener en cuenta las funciones y responsabilidades que cada uno desarrolla, pues se encuentran situaciones disímiles que deben tener un tratamiento diferente para que se cumpla la igualdad real y, en esa medida, no constituye una discriminación sino una diferenciación justificada y razonable.

Aunado a lo anterior, no se puede pasar por alto que si el actor se encuentra inconforme con el contenido de los decretos anuales que fija el Gobierno Nacional para establecer la cuantía del subsidio familiar de los miembros del nivel ejecutivo y considera que quebrantan la Constitución Política o la ley, puede hacer uso del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del C. P. A. C. A.

Así las cosas, este Despacho deberá abstenerse de inaplicar por vía de excepción la norma citada en la demanda y denegará el reajuste del subsidio familiar deprecado por el actor, por cuanto no se ha demostrado que efectivamente se haya presentado un trato distinto a sujetos semejantes, ya que la igualdad reclamada no puede considerarse simplemente del hecho que los miembros del Nivel Ejecutivo como los Oficiales, Suboficiales y Agentes sean parte de la Fuerzas Militares y de la Policía, toda vez que, como se estableció, sus funciones son distintas y, por ende, las prestaciones a las que tienen derecho se determinan por regímenes propios y, en tal virtud, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos demandados.

#### **5.6. COSTAS.**

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte 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: DENEGAR** las súplicas de la demanda conforme a las razones referidas en esta providencia.

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

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso al demandante 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.<br>Notificación por estado   |
| La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 01 de hoy 28 de enero de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.                      |
| <br>LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO<br>Secretaria |

Mpg.

**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: **76c901c30c9d4fa06c9807902572506aa6fd5818dc47c5cbc7fd0a9ba4cb8814**

Documento generado en 21/01/2022 11:42:03 AM

**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., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-2021-00136-00  
**Demandante: YEISON ALFONSO BEJARANO CRUZ**  
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –EJÉRCITO  
NACIONAL  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **YEISON ALFONSO BEJARANO CRUZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.121.848.130 de Villavicencio, 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 noviembre de 2018, ante el Ejército Nacional.

Que se declare la nulidad del acto administrativo No. 20183172340071 del 29 de noviembre de 2018, por medio la entidad demandada 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 del año 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 10 de marzo de 2009.

- 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 10 de marzo de 2009.

-Dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículos 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 2009, en el grado de infante profesional.

**1.2.2.** Que el actor se encuentra casado con la señora Yudi Mileidy González Peña desde el año 2014 y en virtud de dicha unión nacieron los menores Ingrid Yureidy Bejarano González y Dylan Esteban Bejarano González.

**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, en las 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 noviembre de 2018, por medio del 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. 20183172340071 del 29 de noviembre de 2018, se le informó 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 4 de febrero de 2021, en el cual consideró que se debe acceder a la reliquidación del 20% del salario.

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

La parte actora estima desconocidos los artículos 4, 13, 48, 53, 93, de la Constitución Política, Ley 131 de 1985, los Decretos 1793 y 1794, ambos de 2000, 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 y estructuró el concepto de violación de la siguiente manera:

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 está coartado 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, es así como el inciso cuarto del artículos 53 y 93 constitucionales aducen 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 demanda fue notificada el 18 de junio de 2021, razón por la cual el plazo para contestarla feneció el 05 de agosto de 2021, actuación que se surtió hasta el día 18 del mismo mes y año, esto es, de forma extemporánea.

### **IV. ALEGATOS**

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

El apoderado de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión vía correo electrónico el día **1 de octubre de 2021**, reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y a su vez señaló que se evidencia una ostensible regresividad, de conformidad con la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado y la Corte

Constitucional, por lo cual, afirma que existe una presunción de inconstitucionalidad de la norma.

Indicó que debe aplicarse el test de no regresividad, el cual debe verificar (i) si con la reforma no se desconocieron derechos adquiridos; (ii) si se respetaron con la reforma los principios constitucionales del trabajo; y (iii) si las reformas se encuentran justificadas conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

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

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **30 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 soldado profesional, amén que su situación no fue consolidada bajo la vigencia del Decreto 1793 y 1794 de 2000.

Igualmente, señaló que los regímenes especiales, entre los cuales se encuentra el de la Fuerza Pública, se caracterizan por otorgar unas condiciones diferentes al universo de personas que son destinatarios de las normas generales. En tales regímenes se admiten, incluso prestaciones diferentes inferiores o superiores a las que comporta el régimen general si ello se encuentra compensado de alguna manera en el mismo régimen.

Indicó que el acto administrativo demandado se ajusta a derecho, pues se profirió de conformidad con la Constitución Política, la Ley 4ª de 1992 y los Decretos del Gobierno Nacional mediante los cuales se permite establecer distintos criterios de fijación de sistemas salariales y prestacionales por grados, armas, necesidades propias del cuerpo castrense, especialidades, entre otros aspectos, tanto para uniformados como para el personal civil del Ministerio de Defensa nacional.

Arguyó que el régimen aplicable al demandante es el señalado para los Soldados Profesionales, aceptado desde su ingreso y al cual se acogió

íntegramente en las Fuerzas Militares; régimen establecido en los decretos 1793 y 1794 de 2000, razón por la cual, no le asiste razón jurídica al demandante quien ha disfrutado de los beneficios que le otorga el citado régimen, y ahora pretende buscar a su favor, también la aplicación del régimen anterior, quebrantando el principio de inescindibilidad de la norma.

En ese sentido, manifestó que no se está ante una nulidad del acto administrativo, pues se expidió por la autoridad competente y bajo los preceptos vigentes para la fecha, los cuales gozan de legalidad.

#### **4.3. Ministerio Público.**

El señor agente del Ministerio público dentro de la oportunidad legal, 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.** Petición elevada por la apoderada del actor el 19 de noviembre de 2018, por medio de la cual solicitó a la entidad demandada la reliquidación y reajuste de la asignación salarial tomando como base de su liquidación la asignación básica incrementada a un 60%, y el reconocimiento y pago del subsidio familiar de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

**5.1.2.** Oficio No. 20183172340071 del 29 de noviembre 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 no fue incorporado como soldado voluntario, sino como profesional.

**5.1.3.** Constancia expedida por el Mayor Jhonnatan Arcos Enciso, Oficial Sección Atención al Usuario DIPER, en la cual certifica los tiempos reconocidos al demandante en el Ejército Nacional.

**5.1.4.** Certificación del pago de nómina del demandante con fecha de corte abril de 2021, expedida por el Mayor Jhonnatan Arcos Enciso, Oficial Sección Atención al Usuario DIPER.

**5.1.5.** Hoja de vida del demandante.

**5.1.6.** Certificación de la última unidad con sitio geográfico donde el demandante presta sus servicios.

**5.1.7.** Conciliación extrajudicial, llevada a cabo el 9 de diciembre de 2018, ante la Procuraduría 199 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

**5.1.8.** Certificación técnica No. 104 del 4 de febrero de 2020, 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 del demandante en un 20%.

## **5.2. PROBLEMA JURÍDICO.**

Tal como se determinó en providencia del **16 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 la petición presentada por el actor el 19 de noviembre de 2018 ante la entidad demandada; **ii)** si con este y con la expedición del acto administrativo radicado No. 20183172340071: MDN-COGFM-COEJCSECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 29 de noviembre de 2018, expedido por el Ejército Nacional, por medio de los cuales se negó la reliquidación del subsidio familiar percibido por el actor, así como el reajuste salarial del 20%, respectivamente, se incurrió en las causales de nulidad alegadas, que desvirtúen su legalidad.

### **5.2.1. 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 noviembre 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 noviembre 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.*

*(...)”.*

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

En el caso que nos ocupa, el señor Yeison Alfonso Bejarano Cruz a través de apoderado, depreca el reconocimiento y pago del reajuste salarial del 20%, a partir del 10 de marzo de 2009, 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 **10 de abril de 2007 al 12 de enero de 2009**; posteriormente, como alumno soldado profesional desde el **13 de enero de 2009 al 9 de marzo de 2009** y como soldado profesional desde el **10 de marzo de 2009 al 11 de mayo de 2021**, tal como consta en la certificación de tiempo de servicio obrante a folios 54 del plenario, de donde se colige que el actor se vinculó **directamente** como soldado profesional el **10 de marzo de 2009**, razón por la cual de conformidad con lo dispuesto en 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 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, 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 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”*

Ahora ben, 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 parágrafo 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).

**5.3.1. 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 parágrafo, 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, a folio 56 del expediente obra la hoja de vida del actor, y del acápite de "HECHOS" cuyo numeral segundo se señaló que contrajo matrimonio civil el 2 de julio de 2014, con la señora Yudi Mileidy González Peña y se afirmó que en virtud de dicha unión nacieron los menores Ingrid Yureidy Bejarano González y Dylan Esteban Bejarano González (Fl. 56).

Así mismo, reposa solicitud del 19 de noviembre de 2018, mediante la cual el actor deprecó el reconocimiento del subsidio familiar, de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, dada la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 (Fls. 47 a 51).

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 del 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, advierte el Despacho que el demandante contrajo matrimonio el día **2 de julio de 2014**, tal como se evidencia en hoja de vida del actor, obrante a folio 56 del expediente, vale decir, en vigencia del Decreto 1161 de 2014.

Así las cosas, este Despacho deberá negar el reajuste del subsidio familiar deprecado por el actor de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, por cuanto la declaración de la unión marital de hecho fue realizada el **2 de julio de 2014**, y en tal virtud, -se repite- la norma aplicable es la vigente a la fecha en que el demandante consolidó el derecho, para el caso el Decreto 1161 de 2014, 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 Decreto 1161 de 2014, por ser violatoria del principio de igualdad, baste mencionar que el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, C. P. Dr. William Hernández Gómez, en la Sentencia de Unificación proferida el 25 de abril de 2019, dentro del proceso No. 85001- 33-33-000-2013-00023-01, respecto a la diferenciación realizada por el legislador para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales frente a Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, aplicable mutatis mutandis frente al subsidio familiar, indicó:

*“141. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.  
(...)”*

*143. Ahora, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005, la Corte Constitucional concluyó, en la sentencia C-*

057 de 2010, que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada en lo siguiente:

*“La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.*

*3.6.1.2. Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los topes máximos a los que se refieren las normas acusadas, el acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio. Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.*

*3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la "conducción y mando" de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes.*

*3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas”. (negrita (sic) fuera de texto)*

*144. En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los*

*oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales”  
(Subrayado del Despacho).*

## **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 el demandante 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: DENEGAR** las súplicas de la demanda, por las consideraciones de la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas a cargo de la parte demandante.

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

Notifíquese y Cúmplase,

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ  
JUEZ**

|                     |   |                 |
|---------------------|---|-----------------|
|                     | JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO<br>DE BOGOTÁ D.C.<br>Notificación por estado   |                 |
| <b>Firmado Por:</b> | La providencia anterior se notificó por ESTADO<br>N° 001 de hoy 28 de enero de 2022, a la hora de<br>las 8.00 A.M.              |                 |
| <b>Gloria</b>       | <br>LAURA MARCELA ROLÓN CARACHO<br>Secretaria | <b>Mercedes</b> |

**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:

**1e6195e259280bcaee8643fbc213606a05adbba1fccb8827ccdd6ab29f3e  
2408**

Documento generado en 21/01/2022 12:58:18 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., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2017-00192-00**  
**Demandante: ROSALINA RUÍZ DÍAZ**  
Demandada: HOSPITAL MILITAR CENTRAL  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **ROSALINA RUÍZ DÍAZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.957.181 de Bogotá, actuando a través de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra del HOSPITAL MILITAR CENTRAL, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. PRETENSIONES Y HECHOS.**

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 7 de noviembre de 2019, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

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

La parte actora estima desconocidos los artículos 1, 13, 25, 53, 58, 332 y 336 de la Constitución Política y 39 y 42 del Decreto 1042 de 1978, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Señaló que después de una histórica conquista laboral lograda por ASEMIL, el Hospital Militar Central, a partir del mes de enero del año 2011, empezó a otorgar a sus trabajadores el disfrute de un día de descanso compensatorio por cada dominical o festivo laborado; sin embargo, este no se ha reconocido en su totalidad.

Sostuvo que el tiempo compensatorio por trabajar en días domingos y festivos se puede cancelar en dinero, cuando la entidad pública no hizo efectivo el descanso en tiempo, tal como lo establece el Decreto 4872 de 2008; además, señaló que el H. Consejo de Estado en la sentencia que se ocupó de citar estableció que el empleado puede escoger si toma el descanso o prefiere su pago.

### III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito del **12 de febrero de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Precisó que la jornada laboral que por regla general deben cumplir los servidores en el sector público es de 44 horas semanales, distribuidas en secciones diarias de 8 horas de lunes a viernes y 4 horas el día sábado, en virtud de lo contenido en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1.978, precepto que determina que la asignación mensual corresponde a ese período.

Refirió que los artículos 39 y 40 del Decreto Ley 1042 de 1978, consagraron la forma de remunerar el trabajo en días dominicales y festivos, teniendo en cuenta criterios de habitualidad, permanencia u ocasionalidad en que se preste el servicio.

Afirmó que efectivamente el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978, contempla que los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales y festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, tal como lo ha venido reconociendo el Hospital siempre y cuando se hubiese prestado el servicio en los mencionados días.

Destacó que la actora pretende el reconocimiento y pago de los días domingos y festivos y, en consecuencia, la reliquidación de las prestaciones sociales por el efecto salarial de esos emolumentos; sin embargo, el Hospital los canceló en su oportunidad y su naturaleza no implica que sean factor de salario conforme

lo establece el Decreto 2701 de 1988, además cualquier derecho se encuentra extinguido por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Anotó que a la actora se le aplican los acuerdos colectivos con el alcance señalado en el Decreto 160 de 2014, dado el carácter legal y reglamentario de la relación de trabajo que sostiene con el Hospital.

De otro lado, propuso las siguientes excepciones:

**3.1.1. Falta de causa, inexistencia de la obligación y pago:** Señaló que la entidad demandada procedió en virtud de la normatividad aplicable al caso particular de la demandante y, por ende, de conformidad con las nóminas que se acompañan se encuentra demostrado que el centro hospitalario le reconoció y pagó los dominicales y festivos que laboró.

**3.1.2. Prescripción:** Indicó que se configuró dicho fenómeno jurídico respecto de los presuntos y eventuales derechos reclamados en la demanda, dado que se peticiona el reconocimiento y los efectos prestacionales desde el año 2005 y a simple vista están extinguidos.

**3.1.3. Falta de agotamiento de la vía gubernativa:** Medio exceptivo que fue declarado no probado en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 7 de noviembre de 2019.

**3.1.4. Genérica:** Solicitó que se declare de oficio cualquier medio exceptivo que se encuentre probado dentro del proceso.

De otro lado, mediante escrito del **4 de abril de 2019**, la apoderada de la parte demandante se opuso a la prosperidad de los medios exceptivos propuestos por la entidad demandada.

#### **IV. ALEGATOS**

##### **4.1. Parte Demandante**

La apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **2 de noviembre de 2021**, solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en el concepto de violación del escrito demandatorio y señalando que de conformidad con las planillas de turno y la certificación laboral de la demandante, se evidencia que

la entidad no pagó en su integridad el tiempo que trabajó durante periodos denominados de descanso y en los que eventualmente reconoció no se señala que día aparentemente “*compensa*”.

Indicó que el Hospital Militar Central se abstiene de incluir en la base salarial para liquidar los derechos prestacionales de sus trabajadores, la remuneración que perciben por concepto de trabajo en domingos y festivos, con el argumento de que el Decreto 2701 de 1988 no consagra tal posibilidad; sin embargo, dicho aspecto debe regirse por el Decreto 1042 de 1978.

#### **4.2. Parte Demandada**

El apoderado de la entidad demandada, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **3 de noviembre de 2021**, manifestó que a la parte demandante no le asiste el derecho a lo deprecado en la presente controversia, debido a que se desempeña como empleada pública del Hospital Militar Central, entidad regulada por el Decreto Ley 2701 de 1988, compendio de carácter especial que establece el régimen prestacional, donde se señala expresamente los factores de salario para liquidar prestaciones sociales.

Indicó que el trabajo en días dominicales o festivos que se preste en forma ocasional, se compensa con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero a elección del funcionario; entonces cuando la labor se desarrolle en tales días y con carácter transitorio -no habitual- y si no depende de la naturaleza del servicio, requiere de autorización escrita de conformidad, tal como lo establece la Circular No. 041 y solo procedería ese pago para los servidores que desempeñen empleos del nivel técnico hasta el grado 24 o nivel asistencial hasta el grado 32.

Sostuvo que el eventual salario y su incidencia prestacional se encuentra extinguido por el fenómeno jurídico de la prescripción trienal, amén que dicho concepto no está previsto en el Decreto Ley 2701 de 1988, por lo tanto, no se puede tener como factor para liquidar beneficios laborales.

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

Se advierte que la señora Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

## V. CONSIDERACIONES

### 5.1. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES.

Frente a la excepción de **falta de causa, inexistencia de la obligación y pago** propuesta por la entidad demandada, este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impide resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

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

De otro lado, respecto a la excepción **genérica**, se advierte que tal como se indicó en el Audiencia Inicial llevada a cabo el 7 de noviembre de 2019, no se encontraron excepciones que debían ser declaradas de oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

### 5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

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

**5.2.1.** Petición elevada el **20 de agosto de 2013**, por medio de la cual la demandante le solicitó al Hospital Militar Central el reconocimiento y pago de los días compensatorios, por el trabajo realizado en días domingos y festivos, sin perjuicio del pago de la remuneración prevista en el artículo 39 del Decreto Ley 1042 de 1978.

**5.2.2. Oficio No. 8010 DIGE.SUAD.UNTH del 10 de septiembre de 2013**, a través del cual el Mayor General Luis Eduardo Pérez Arango, Director General del Hospital Militar Central, negó la petición elevada por la demandante, orientada al reconocimiento y pago del tiempo que trabajo en periodo denominado de descanso obligatorio, así:

“(…)

Verificada la información en lo que respecta al reconocimiento de días de descanso compensatorios, me permito comunicarle que de acuerdo a la información suministrada por el área de enfermería, se ha determinado que el Hospital Militar Central, no reconocerá los eventuales compensatorios causados con anterioridad al día 20 de agosto de 2010, por efectos del fenómeno jurídico de la prescripción.

Por lo anteriormente mencionado, se ha establecido que en el periodo comprendido entre el día 20 de agosto de 2010 y el 31 de diciembre de 2010, fueron causados 4 días de descanso compensatorios por su poderdante, los cuales serán programados para su descanso dentro de los 60 días siguientes al recibo del presente escrito, una vez el Grupo de Enfermería programe lo que corresponda al cubrimiento de este personal en el periodo anteriormente mencionado.

Es importante reiterar que el Hospital Militar Central en los periodos de 2011, 2012 y lo que ha corrido del año 2013, ha venido reconociendo el disfrute de los descansos compensatorios cuando así se han causado.

(...)"

**5.2.3.** Escrito del 17 de septiembre de 2013, por medio del cual la demandante interpuso recurso de reposición contra la decisión anterior.

**5.2.4. Oficio No. 9641 DIGE.SUAD.UNTH del 6 de noviembre de 2013,** por medio del cual la entidad demandada resolvió desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por la actora, confirmando en su integridad el Oficio No. 8010 DIGE.SUAD.UNTH del 10 de septiembre de 2013.

**5.2.5.** Certificación expedida el 17 de abril de 2020, mediante la cual la Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, hizo constar que la demandante presta sus servicios en el centro hospitalario desde el **6 de noviembre de 1991** y que para esa fecha se encontraba activa en el cargo de Auxiliar de Servicios, Grado 6-1, Código 33. Igualmente registró la información suministrada por el Servicio de Enfermería, relacionada con los días compensados y trabajados en días dominicales y festivos.

**5.2.6.** Certificación emitida el 4 de marzo de 2021, a través de la cual la Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, hizo constar lo siguiente:

"(...)

Que de acuerdo a información suministrada por el Servicio de Enfermería en las Planillas de Turnos, se certifican los días Dominicales y Festivos Trabajados y días Compensados, sin que sea el domingo o festivo trabajado que se compensa, por ser una sumatoria de horas festivas y dominicales laboradas.

(...)"

**5.2.7.** Certificación suscrita por la Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central el 22 de junio de 2021, mediante la cual relaciona los

días y cantidad de dominicales y festivos trabajados y compensatorios otorgados a la demandante.

**5.2.8.** Expediente administrativo de la demandante, contentivo de: i) certificación laboral; ii) relación de los valores devengados y cancelados por la entidad demandada desde el 30 de enero de 2005 al 30 de octubre de 2019 y iii) las planillas de turno que laboró desde el mes de enero de 2005 hasta el mes de junio de 2019.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 7 de noviembre de 2019, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer si la demandante tiene o no derecho a que le sean reconocidos y pagados por parte de la entidad demandada los días de descanso compensatorio, con sus respectivas incidencias en la liquidación de sus prestaciones sociales, por cada dominical o festivo laborado desde el 1 de enero de 2005, sin perjuicio de la remuneración especial de que trata el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.

En ese sentido, con el objeto de resolver el problema jurídico planteado en precedencia, procede el Despacho a referirse a: i) la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del Hospital Militar Central y ii) la compensación por trabajar en días denominados de descanso obligatorio y en el evento de determinar que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago por la labor prestada en dichos días, se analizará el régimen de seguridad social, a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta.

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

Sea lo primero señalar que las disposiciones del régimen especial del Hospital Militar Central no contemplan lo relativo al reconocimiento y pago del tiempo laborado en días de descanso obligatorio, razón por la cual se debe acudir a las normas generales sobre la materia, para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva, esto es, las contenidas en el Decreto 1042 de 1978. Sobre el

particular, se pronunció el Consejo de Estado -Sala de Consulta y Servicio Civil-, en el Concepto No. 1254 del 9 de marzo de 2000<sup>1</sup>, así:

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

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

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

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

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

Al respecto, el Consejo de Estado, en el concepto citado líneas atrás, refirió que *“4. La asignación mensual de los servidores del Hospital Militar Central, corresponde a jornadas de 44 horas semanales. Conforme a la ley 269 de 1996*

---

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

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

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

**la jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud, podrá ser máximo de 12 horas diarias y 66 semanales, cualquiera sea la modalidad de vinculación. Esta jornada extendida, sólo es dable cumplirla al personal asistencial que preste directamente servicios de salud y, por tanto, no cubre al personal administrativo de la entidad, ni al de dirección y confianza”** - negrita fuera del texto-.

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

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

(...)

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

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

Descendiendo al caso en estudio, obra en el expediente las certificaciones expedidas por la Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central, de cuya lectura se advierte que la demandante se vinculó a la entidad el **6 de noviembre de 1991**, en el empleo de Auxiliar de Servicios, Código 6-1, Grado 33.

En ese orden de ideas, se concluye que la actora presta sus servicios en Hospital Militar Central por el sistema de **turnos**, el cual ejerce de forma **habitual** en la jornada diurna, en días domingos y festivos, tal como se observa en las planillas de turno aportadas al plenario.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De la normatividad en cita, se concluye que la labor realizada de forma **habitual** en días de descanso obligatorio (domingos y festivos), por cumplirse por fuera de la jornada ordinaria tiene un recargo propio equivalente al doble del valor de un día de trabajo **más el disfrute de un compensatorio** y, el que se lleve a cabo, de forma **ocasional**, podrá ser retribuido con un día de descanso o con una la remuneración en dinero.

Ahora bien, dado que la señora Rosalina Ruiz Díaz presta sus servicios de forma **habitual** en el Hospital Militar Central por el sistema de turnos, para efectos de retribuir su labor cuando esta se desarrolle en días domingos y festivos, le resulta aplicable el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, de tal forma que, le asiste el derecho a disfrutar de un **día de descanso compensatorio**, sin perjuicio de la remuneración ordinaria por haber trabajado el mes completo, como lo contempló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto No. 2422 de 2019<sup>5</sup>, así:

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

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

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

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

(...)

---

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

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

(...)

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

Bajo el anterior criterio, se concluye que normativamente no se ha determinado un número de horas laboradas en dominical o festivo, para que el servidor tenga derecho al descanso compensatorio, razón por la cual, debe disfrutar de un día completo sin importar las horas que se le asignen para consumir su jornada.

Ahora bien, de la certificación suscrita por la Jefe de la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central el 22 de junio de 2021, se advierte que la demandante trabajó los siguientes días dominicales y festivos:

### **AÑO 2005**

| MES     | DIAS DOMINICALES LABORADOS | CANTIDAD DOMINGOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINGOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINICALES | DIAS FESTIVOS LABORADOS | CANTIDAD FESTIVOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS |
|---------|----------------------------|-----------------------------|---|--|-------------------------|-----------------------------|---|---|
| ENERO   | 23                         | 1                           | 22  | 1  | 1                       | 1                           | 9   | 1   |
| FEBRER  | 6-20                       | 2                           | 5-19  | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| MARZO   | 6-20                       | 2                           | 5-19  | 2  | 21                      | 1                           | 26  | 1   |
| ABRIL   | 3-17                       | 2                           | 2-16  | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| MAYO    | 15-29                      | 2                           | 14-28                                       | 2  | 1-9                     | 2                           | 30 ABR Y 6 MAYO                             | 2   |
| JUNIO   | 12-26                      | 2                           | 11-25                                       | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| JULIO   | 10-24                      | 2                           | 9-23  | 2  | 4                       | 1                           | 9 AGO                                       | 1   |
| AGOST   | 21                         | 1                           | 20  | 1  | 7                       | 1                           | 6   | 1   |
| SEPTI   | 4                          | 1                           | 3   | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| OCTU    | 2-16-30                    | 3                           | 1-15-29                                     | 3  | 17                      | 1                           | 22  | 1   |
| NOVIEM  | 13                         | 1                           | 12  | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| DICIEMB | -                          | -                           | -   | -  | -                       | -                           | -   | -   |
| TOTALES |                            | 19                          |   | 19   |                         | 7                           |   | 7   |

### **AÑO 2006**

| MES            | DIAS DOMINICALES LABORADOS | CANTIDAD DOMINGOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINGOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINICALES | DIAS FESTIVOS LABORADOS | CANTIDAD FESTIVOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS |
|----------------|----------------------------|-----------------------------|---|--|-------------------------|-----------------------------|---|---|
| ENERO          | 8-22-29                    | 3                           | 7-21-28                                     | 3  | 9                       | 1                           | 28  | 1   |
| FEBRER         | 5-19                       | 2                           | 4-18  | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| MARZO          | 5-19                       | 2                           | 4-18  | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| ABRIL          | 2-16-30                    | 3                           | 1-15-29                                     | 3  | 14                      | 1                           | 26  | 1   |
| MAYO           | 14-28                      | 2                           | 13-27                                       | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| JUNIO          | 11                         | 1                           | 10  | 1  | 19                      | 1                           | 30  | 1   |
| JULIO          | 9-23                       | 2                           | 8-22  | 2  | 20                      | 1                           | 11  | 1   |
| AGOSTO         | 6-20                       | 2                           | 5-19  | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| SEPTIE         | 3-17                       | 2                           | 2-16  | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| OCTUBR         | 1-15-29                    | 3                           | 30SEP-14-28                                 | 3  | 16                      | 1                           | 9SEP  | 1   |
| NOVIEM         | 12                         | 1                           | 11  | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| DICIE          | 24                         | 1                           | 23  | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| <b>TOTALES</b> |                            | <b>24</b>                   |   | <b>24</b>                                      |                         | <b>5</b>                    |   | <b>5</b>                                    |

**AÑO 2007**

| MES            | DIAS DOMINICALES LABORADOS | CANTIDAD DOMINGOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINGOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINICALES | DIAS FESTIVOS LABORADOS | CANTIDAD FESTIVOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS |
|----------------|----------------------------|-----------------------------|---|--|-------------------------|-----------------------------|---|---|
| ENERO          | 7-21                       | 2                           | 6-20  | 2  | 8                       | 1                           | 3   | 1   |
| FEBRER         | 4-18                       | 2                           | 3-17  | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| MARZO          | 4-18                       | 2                           | 3-17  | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| ABRIL          | 1-15-29                    | 3                           | 31MAR-14-28ABR                              | 3  | 5                       | 1                           | 7   | 1   |
| MAYO           | 13-27                      | 2                           | 12-26                                       | 2  | 1                       | 1                           | 2 JUN                                       | 1   |
| JUNIO          | 24                         | 1                           | 23  | 1  | 11                      | 1                           | 10  | 1   |
| JULIO          | 8                          | 1                           | 7   | 1  | 20                      | 1                           | 5   | 1   |
| AGOSTO         | 5-19                       | 2                           | 4-18  | 2  | 20                      | 1                           | 22  | 1   |
| SEPTIEMBRE     | 2-16-30                    | 3                           | 1-15-29                                     | 3  | -                       | -                           | -   | -   |
| OCTUBR         | 14-28                      | 2                           | 13-27                                       | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| NOVIEM         | 11                         | 1                           | 10  | 1  | 5                       | 1                           | 25  | 1   |
| DICIEMB        | 9                          | 1                           | 8   | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| <b>TOTALES</b> |                            | <b>22</b>                   |   | <b>22</b>                                      |                         | <b>7</b>                    |   | <b>7</b>                                    |

**AÑO 2008**

| MES            | DIAS DOMINICALES LABORADOS | CANTIDAD DOMINGOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINGOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINICALES | DIAS FESTIVOS LABORADOS | CANTIDAD FESTIVOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS |
|----------------|----------------------------|-----------------------------|---|--|-------------------------|-----------------------------|---|---|
| ENERO          | 20                         | 1                           | 19  | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| FEBRER         | 3-17                       | 2                           | 2-16  | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| MARZO          | 2-16-30                    | 3                           | 1-15-29                                     | 3  | 21                      | 1                           | 22  | 1   |
| ABRIL          | 13                         | 1                           | 12  | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| MAYO           | 25                         | 1                           | 24  | 1  | 1-5-26                  | 3                           | 19 ABR-27 MAY y 18 JUN                      | 3   |
| JUNIO          | 8-22                       | 2                           | 7-21  | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| JULIO          | 6                          | 1                           | 5   | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| AGOSTO         | 3-17-31                    | 3                           | 2-16-30                                     | 3  | 18                      | 1                           | 20  | 1   |
| SEPTIEMBRE     | 14                         | 1                           | 13  | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| OCTUBR         | 12-26                      | 2                           | 13-25                                       | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| NOVIEM         | 9                          | 1                           | 8   | 1  | 3                       | 1                           | 5 DIC                                       | 1   |
| DICIEMB        | 7-21                       | 2                           | 6-20  | 2  | 8                       | 1                           | 29ENE2009                                   | 1   |
| <b>TOTALES</b> |                            | <b>20</b>                   |   | <b>20</b>                                      |                         | <b>7</b>                    |   | <b>7</b>                                    |

**AÑO 2009**

| MES            | DIAS DOMINICALES LABORADOS | CANTIDAD DOMINGOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINGOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINICALES | DIAS FESTIVOS LABORADOS | CANTIDAD FESTIVOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS |
|----------------|----------------------------|-----------------------------|---|--|-------------------------|-----------------------------|---|---|
| ENERO          | 4                          | 1                           | 3   | 1  | 1                       | 1                           | 5 MAR                                       | 1   |
| FEBRER         | 1-15                       | 2                           | 31 ENE Y 14                                 | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| MARZO          | 1-15                       | 2                           | 28 FEB-14                                   | 2  | 23                      | 1                           | 15 ABR                                      | 1   |
| ABRIL          | 12-26                      | 2                           | 11-25                                       | 2  | 10                      | 1                           | 12 MAY                                      | 1   |
| MAYO           | 10                         | 1                           | 9   | 1  | 25                      | 1                           | 26  | 1   |
| JUNIO          | 7-21                       | 2                           | 6-20  | 2  | 22                      | 1                           | 30  | 1   |
| JULIO          | 19                         | 1                           | 18  | 1  | 20                      | 1                           | 6 AGO                                       | 1   |
| AGOSTO         | 2-16-30                    | 3                           | 1-15-29                                     | 3  | 17                      | 1                           | 19  | 1   |
| SEPTIEMBRE     | 27                         | 1                           | 26  | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| OCTUBR         | 11-25                      | 2                           | 10-24                                       | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| NOVIEM         | 8                          | 1                           | 7   | 1  | 2                       | 1                           | 1 Feb 2010                                  | 1   |
| DICIEMB        | 6-20                       | 2                           | 5-19  | 2  | 8                       | 1                           | 2 Feb 2010                                  | 1   |
| <b>TOTALES</b> |                            | <b>20</b>                   |   | <b>20</b>                                      |                         | <b>9</b>                    |   | <b>9</b>                                    |

**AÑO 2010**

| MES            | DIAS DOMINICALES LABORADOS | CANTIDAD DOMINGOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINGOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINICALES | DIAS FESTIVOS LABORADOS | CANTIDAD FESTIVOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS |
|----------------|----------------------------|-----------------------------|---|--|-------------------------|-----------------------------|---|---|
| ENERO          | 3                          | 1                           | 2   | 1  | 1                       | 1                           | 15 MAR                                      | 1   |
| FEBRER         | 14-28                      | 2                           | 13-27                                       | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| MARZO          | 14                         | 1                           | 13  | 1  | 22                      | 1                           | 19 ABR                                      | 1   |
| ABRIL          | 11-25                      | 2                           | 10-24                                       | 2  | 2                       | 1                           | 3 MAY                                       | 1   |
| MAYO           | 23                         | 1                           | 22  | 1  | 1                       | 1                           | 3 JUN                                       | 1   |
| JUNIO          | 6-20                       | 2                           | 5-19  | 2  | 7                       | 1                           | 10  | 1   |
| JULIO          | 4                          | 1                           | 3   | 1  | 5                       | 1                           | 22  | 1   |
| AGOSTO         | 1-15-29                    | 3                           | 31 JUL-14-28                                | 3  | 7-16                    | 2                           | 18-4 OCT                                    | 2   |
| SEPTIEMBRE     | 12                         | 1                           | 11  | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| OCTUBR         | 24                         | 1                           | 23  | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| NOVIEM         | -                          | -                           | -   | -  | 1                       | 1                           | 27 OCT                                      | 1   |
| DICIEMB        | 19                         | 1                           | 18  | 1  | 25                      | 1                           | 28 ENE 2011                                 | 1   |
| <b>TOTALES</b> |                            | <b>16</b>                   |   | <b>16</b>                                      |                         | <b>10</b>                   |   | <b>10</b>                                   |

**AÑO 2011**

| MES            | DIAS DOMINICALES LABORADOS | CANTIDAD DOMINGOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINGOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINICALES | DIAS FESTIVOS LABORADOS | CANTIDAD FESTIVOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS |
|----------------|----------------------------|-----------------------------|---|--|-------------------------|-----------------------------|---|---|
| ENERO          | 16-30                      | 2                           | 3 FEB-20 ABR                                | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| FEBRER         | -                          | -                           |   |  | -                       | -                           | -   | -   |
| MARZO          | -                          | -                           |   |  | -                       | -                           | -   | -   |
| ABRIL          | 24                         | 1                           | 13 MAY                                      | 1  | 22                      | 1                           | 2 MAY                                       | 1   |
| MAYO           | 8                          | 1                           | 31  | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| JUNIO          | 5-19                       | 2                           | 17-29                                       | 2  | 27                      | 1                           | 11 JUL                                      | 1   |
| JULIO          | 3-17                       | 2                           | 22-9 AGO                                    | 2  | 20                      | 1                           | 26 AGO                                      | 1   |
| AGOSTO         | 14-28                      | 2                           | 30-1 SEPT                                   | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| SEPTIEMBRE     | 25                         | 1                           | 19  | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| OCTUBR         | 9-23                       | 2                           | 30 SEPT-24                                  | 2  | 17                      | 1                           | 18  | 1   |
| NOVIEM         | 6                          | 1                           | 4   | 1  | 14                      | 1                           | 16  | 1   |
| DICIEMB        | 18                         | 1                           | 15  | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| <b>TOTALES</b> |                            | <b>15</b>                   |   | <b>15</b>                                      |                         | <b>5</b>                    |   | <b>5</b>                                    |

**AÑO 2012**

| MES            | DIAS DOMINICALES LABORADOS | CANTIDAD DOMINGOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINGOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR DOMINICALES | DIAS FESTIVOS LABORADOS | CANTIDAD FESTIVOS LABORADOS | FECHA COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS POR FESTIVOS |
|----------------|----------------------------|-----------------------------|---|--|-------------------------|-----------------------------|---|---|
| ENERO          | 15                         | 1                           | 12  | 1  | 1-9                     | 2                           | 27 DIC 2011-11 ENE                          | 2   |
| FEBRER         | 12-26                      | 2                           | 17-23                                       | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| MARZO          | 25                         | 1                           | 29  | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| ABRIL          | 8-22                       | 2                           | 30 MAY-1 JUN                                | 2  | 5                       | 1                           | 15 MAY                                      | 1   |
| MAYO           | 6                          | 1                           | 6 JUN                                       | 1  | 1                       | 1                           | 4 JUN                                       | 1   |
| JUNIO          | 3-17                       | 2                           | 7-25  | 2  | 11                      | 1                           | 21  | 1   |
| JULIO          | 1-15                       | 2                           | 17-18                                       | 2  | 2                       | 1                           | 24  | 1   |
| AGOSTO         | 12-26                      | 2                           | 16-3 SEPT                                   | 2  | 7                       | 1                           | 10  | 1   |
| SEPTIEMBRE     | 23                         | 1                           | 20  | 1  | -                       | -                           | -   | -   |
| OCTUBR         | 7-21                       | 2                           | 21 SEPT-25 OCT                              | 2  | 15                      | 1                           | 19  | 1   |
| NOVIEM         | 4                          | 1                           | 26  | 1  | 12                      | 1                           | 14  | 1   |
| DICIEMB        | 16-30                      | 2                           | 20 DIC-15ENE2013                            | 2  | -                       | -                           | -   | -   |
| <b>TOTALES</b> |                            | <b>19</b>                   |   | <b>19</b>                                      |                         | <b>9</b>                    |   | <b>9</b>                                    |

Como puede verse, durante el periodo comprendido **entre los meses de enero del año 2005 y diciembre del año 2012**, la demandante trabajó **214** días dominicales y festivos, los cuales fueron **compensados en su totalidad** con periodos de descanso, así:

| AÑO          | DÍAS LABORADOS |           | TOTAL DÍAS LABORADOS | COMPENSATORIOS OTORGADOS |           | TOTAL COMPENSATORIOS OTORGADOS |
|--------------|----------------|-----------|----------------------|--------------------------|-----------|--------------------------------|
|              | DOMINGOS       | FESTIVOS  |                      | DOMINGOS                 | FESTIVOS  |                                |
| 2005         | 19             | 7         | 26                   | 19                       | 7         | 26                             |
| 2006         | 24             | 5         | 29                   | 24                       | 5         | 29                             |
| 2007         | 22             | 7         | 29                   | 22                       | 7         | 29                             |
| 2008         | 20             | 7         | 27                   | 20                       | 7         | 27                             |
| 2009         | 20             | 9         | 29                   | 20                       | 9         | 29                             |
| 2010         | 16             | 10        | 26                   | 16                       | 10        | 26                             |
| 2011         | 15             | 5         | 20                   | 15                       | 5         | 20                             |
| 2012         | 19             | 9         | 28                   | 19                       | 9         | 28                             |
| <b>TOTAL</b> | <b>155</b>     | <b>59</b> | <b>214</b>           | <b>155</b>               | <b>59</b> | <b>214</b>                     |

Al respecto, la apoderada de la demandante, mediante escrito allegado vía correo electrónico el 10 de agosto de 2021, afirmó que la certificación aportada por la Unidad de Talento Humano del Hospital Militar Central presenta una diferencia frente a los días laborados y que efectivamente fueron compensados a la señora Rosalina Ruiz Díaz, en relación con la certificación que dicha área expidió el 17 de abril del referido año; sin embargo, omitió hacer referencia sobre cuáles de ellos existe discrepancia.

Sobre este aspecto, vale la pena mencionar que, pese a la afirmación realizada por la apoderada de la señora Rosalina Ruiz Díaz, dentro del plenario quedó plenamente acreditado que la entidad demandada **entre los meses de enero del año 2005 y diciembre del año 2012** compensó en su totalidad el tiempo en que desarrolló su labor en días denominados de descanso, por cuanto, según las planillas de turno incorporadas al expediente, en la semana que ejecutó su labor un dominical, siempre gozó de un día de descanso obligatorio, esto es, el sábado y en cuanto a los días festivos que trabajó, se incorporó los días que le fueron compensados.

Ahora bien, de las planillas aportadas al expediente, a través de las cuales se asignaban los turnos que la demandante debía prestar en el Hospital Militar Central, entre los **meses de enero de 2013 y junio de 2019**, se evidencia que la demandante laboró los siguientes días en dominicales y festivos:

#### AÑO 2013

| MES        | DOMINGOS Y FESTIVOS LABORADOS |          | COMPENSATORIOS OTORGADOS |          |
|------------|-------------------------------|----------|--------------------------|----------|
|            | DÍAS                          | CANTIDAD | DÍAS DE DESCANSO         | CANTIDAD |
| ENERO      | 1-13                          | 2        | 9-14-15-21-28            | 5        |
| FEBRERO    | 10-24                         | 2        | 19-25                    | 2        |
| MARZO      | 24-25-29                      | 3        | 14-26-30                 | 3        |
| ABRIL      | 7-21                          | 2        | 12-24                    | 2        |
| MAYO       | 5-13                          | 2        | 6-23-30                  | 3        |
| JUNIO      | 2-10-16-30                    | 4        | 12-21                    | 2        |
| JULIO      | 14-20                         | 2        | 5-15                     | 2        |
| AGOSTO     | 7-11-25                       | 3        | 1-13-17                  | 3        |
| SEPTIEMBRE | 22                            | 1        | 3                        | 1        |
| OCTUBRE    | 6-14-20                       | 3        | 4-16-22-28               | 4        |
| NOVIEMBRE  | 3-11                          | 2        | 9-18                     | 2        |
| DICIEMBRE  | 15-29                         | 2        | ---                      | 0        |
| TOTAL      |                               | 28       |                          | 29       |

#### AÑO 2014

| MES     | DOMINGOS Y FESTIVOS LABORADOS |          | COMPENSATORIOS OTORGADOS |          |
|---------|-------------------------------|----------|--------------------------|----------|
|         | DÍAS                          | CANTIDAD | DÍAS DE DESCANSO         | CANTIDAD |
| ENERO   | 1-12                          | 2        | 17-29                    | 2        |
| FEBRERO | 9-23                          | 2        | 6-10                     | 2        |
| MARZO   | 23-24                         | 2        | 11-29                    | 2        |
| ABRIL   | 6-18-20                       | 3        | 3-15-26                  | 3        |
| MAYO    | 4                             | 1        | 8-14-27-30               | 4        |

|            |              |    |          |    |
|------------|--------------|----|----------|----|
| JUNIO      | 1-2-15-29-30 | 5  | 6-24     | 2  |
| JULIO      | 13           | 1  | 11-19-29 | 3  |
| AGOSTO     | 10-18-24     | 3  | 4-8      | 2  |
| SEPTIEMBRE | 21           | 1  | 8        | 1  |
| OCTUBRE    | 5-19         | 2  | 10-30    | 2  |
| NOVIEMBRE  | 2            | 1  | 5-8-11   | 3  |
| DICIEMBRE  | 14-28        | 2  | ---      | 0  |
| TOTAL      |              | 25 |          | 26 |

### **AÑO 2015**

| MES        | DOMINGOS Y FESTIVOS LABORADOS |          | COMPENSATORIOS OTORGADOS |          |
|------------|-------------------------------|----------|--------------------------|----------|
|            | DÍAS                          | CANTIDAD | DÍAS DE DESCANSO         | CANTIDAD |
| ENERO      | 1-11                          | 2        | 8                        | 1        |
| FEBRERO    | 22                            | 1        | 9-18                     | 2        |
| MARZO      | 23-23                         | 2        | 2-19                     | 2        |
| ABRIL      | 3-5-19                        | 3        | 17-29                    | 2        |
| MAYO       | 3-18-31                       | 3        | 5                        | 1        |
| JUNIO      | 28                            | 1        | 3                        | 1        |
| JULIO      | 12-20                         | 2        | 2-31                     | 2        |
| AGOSTO     | 9-17                          | 2        | 6-24                     | 2        |
| SEPTIEMBRE | 20                            | 1        | 4-22                     | 2        |
| OCTUBRE    | 4-18                          | 2        | 9-16-24-27               | 4        |
| NOVIEMBRE  | 1-2                           | 2        | 5-17-18                  | 3        |
| DICIEMBRE  | 13-27                         | 2        | 24-28                    | 2        |
| TOTAL      |                               | 23       |                          | 24       |

### **AÑO 2016**

| MES        | DOMINGOS Y FESTIVOS LABORADOS |          | COMPENSATORIOS OTORGADOS |          |
|------------|-------------------------------|----------|--------------------------|----------|
|            | DÍAS                          | CANTIDAD | DÍAS DE DESCANSO         | CANTIDAD |
| ENERO      | 1-10                          | 2        | 2-5-28                   | 3        |
| FEBRERO    | 7-21                          | 2        | 15                       | 1        |
| MARZO      | 20-21                         | 2        | 3-15-25                  | 3        |
| ABRIL      | 3-17                          | 2        | 19-22                    | 2        |
| MAYO       | 1-29-30                       | 3        | 6-13-24                  | 3        |
| JUNIO      | 12-26                         | 2        | 10-22                    | 2        |
| JULIO      | 4-10                          | 2        | 15                       | 1        |
| AGOSTO     | 7-15-21                       | 3        | 25                       | 1        |
| SEPTIEMBRE | 18                            | 1        | 6-29                     | 2        |
| OCTUBRE    | 2-16-30                       | 3        | 5-11-20-21-28            | 5        |
| NOVIEMBRE  | 7                             | 1        | 9-15                     | 2        |
| DICIEMBRE  | 25                            | 1        | 20                       | 1        |
| TOTAL      |                               | 24       |                          | 26       |

### **AÑO 2017**

| MES          | DOMINGOS Y FESTIVOS LABORADOS |           | COMPENSATORIOS OTORGADOS |           |
|--------------|-------------------------------|-----------|--------------------------|-----------|
|              | DÍAS                          | CANTIDAD  | DÍAS DE DESCANSO         | CANTIDAD  |
| ENERO        | ---                           | 0         | 3-8-12-27-28             | 5         |
| FEBRERO      | 5-19                          | 2         | 10                       | 1         |
| MARZO        | 19-20                         | 2         | 17-23                    | 2         |
| ABRIL        | 2-16-30                       | 3         | 4-10-14                  | 3         |
| MAYO         | 28-29                         | 2         | 3-25                     | 2         |
| JUNIO        | 11-25-26                      | 3         | 1-13-15                  | 3         |
| JULIO        | 9-20-23                       | 3         | 7-12                     | 2         |
| AGOSTO       | 6-20-21                       | 3         | 4-16-28                  | 3         |
| SEPTIEMBRE   | 17                            | 1         | 20                       | 1         |
| OCTUBRE      | 1-15-29                       | 3         | 11-13-27                 | 3         |
| NOVIEMBRE    | 6                             | 1         | ---                      | 0         |
| DICIEMBRE    | 24                            | 1         | ---                      | 0         |
| <b>TOTAL</b> |                               | <b>24</b> |                          | <b>25</b> |

**AÑO 2018**

| MES          | DOMINGOS Y FESTIVOS LABORADOS |           | COMPENSATORIOS OTORGADOS |           |
|--------------|-------------------------------|-----------|--------------------------|-----------|
|              | DÍAS                          | CANTIDAD  | DÍAS DE DESCANSO         | CANTIDAD  |
| ENERO        | 1-7                           | 2         | ---                      | 0         |
| FEBRERO      | 1-18                          | 2         | 13-26                    | 2         |
| MARZO        | 18-19                         | 2         | 8-20-30                  | 3         |
| ABRIL        | 15-29                         | 2         | 24                       | 1         |
| MAYO         | 14-27                         | 2         | 11-23                    | 2         |
| JUNIO        | 10-11-24                      | 3         | 21                       | 1         |
| JULIO        | 8-20                          | 2         | 9-25-26-27               | 4         |
| AGOSTO       | 5-19-20                       | 3         | 13-24-30                 | 3         |
| SEPTIEMBRE   | 16-30                         | 2         | 5-28                     | 2         |
| OCTUBRE      | 14-28                         | 2         | 4-22                     | 2         |
| NOVIEMBRE    | 5                             | 1         | 2-16-17                  | 3         |
| DICIEMBRE    | 23-25                         | 2         | 19                       | 1         |
| <b>TOTAL</b> |                               | <b>25</b> |                          | <b>24</b> |

**AÑO 2019**

| MES          | DOMINGOS Y FESTIVOS LABORADOS |           | COMPENSATORIOS OTORGADOS |           |
|--------------|-------------------------------|-----------|--------------------------|-----------|
|              | DÍAS                          | CANTIDAD  | DÍAS DE DESCANSO         | CANTIDAD  |
| ENERO        | 6-7                           | 2         | 3-4-11-23                | 4         |
| FEBRERO      | 3-17                          | 2         | 27                       | 1         |
| MARZO        | 17-31                         | 2         | 5-22                     | 2         |
| ABRIL        | 14-19-28                      | 3         | 3-10                     | 2         |
| MAYO         | 1-26                          | 2         | 8                        | 1         |
| JUNIO        | 9-23-24                       | 3         | 12                       | 1         |
| <b>TOTAL</b> |                               | <b>14</b> |                          | <b>11</b> |

De los cuadros transcritos anteriormente, se observa que la señora Rosalina Ruiz Díaz por el periodo comprendido entre el **1 de enero de 2013 y el 30 de junio de 2019**, prestó sus servicios en el Hospital Militar Central por un tiempo de **163 días**, catalogados como días de descanso y la entidad compensó un tiempo superior, esto es, **165 días**, así:

| AÑO          | DOMINGOS Y FESTIVOS LABORADOS | COMPENSATORIOS OTORGADOS |
|--------------|-------------------------------|--------------------------|
| 2013         | 28                            | 29                       |
| 2014         | 25                            | 26                       |
| 2015         | 23                            | 24                       |
| 2016         | 24                            | 26                       |
| 2017         | 24                            | 25                       |
| 2018         | 25                            | 24                       |
| 2019         | 14                            | 11                       |
| <b>TOTAL</b> | <b>163</b>                    | <b>165</b>               |

Así las cosas, no le asiste razón a la apoderada de la parte actora al sostener que la entidad demandada no le compensó en su integridad el tiempo que trabajó durante periodos denominados de descanso, toda vez que, como quedó demostrado, la señora Rosalina Ruiz Díaz por el tiempo que laboró en domingos y festivos recibió el respectivo día de descanso compensatorio, de modo que se satisface el postulado contenido en el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978.

En ese sentido, 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 que se predica de los actos administrativos acusados y, en ese sentido, por sustracción de materia no hay lugar a realizar pronunciamiento alguno, frente a la incidencia de las prestaciones sociales.

#### **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 demandante 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.- DENEGAR** las súplicas de la demanda por las consideraciones señaladas en esta providencia.

**SEGUNDO.-** Sin costas a cargo de la parte demandante.

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

Notifíquese y cúmplase

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ  
JUEZ**

|  |
|--|
| JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE<br>BOGOTÁ D.C.<br>Notificación por estado  |
| La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 001, de<br>hoy 28 de enero de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.                |
| <br>LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO<br>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:

**24fcc92715f880633b8fb578f77576544ce54bb004a720406dc818c1e7b3  
4c3a**

Documento generado en 25/01/2022 09:04:44 AM

**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., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11001-33-35-018-**2017-00493-00**  
**Demandante: JOHN ALEXANDER RODRÍGUEZ POLO**  
Demandada: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR  
OCCIDENTE E.S.E. – HOSPITAL PABLO VI  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **JOHN ALEXANDER RODRÍGUEZ POLO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.191.556 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 OCCIDENTE E.S.E. – HOSPITAL PABLO VI, 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 05 de febrero de 2019, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

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

La parte demandante, estima desconocidas las siguientes normas:

**2.1. Constitucionales:** Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1.

**2.2. Legales:** Decretos 3074, 3135 artículo 8, 1848 artículo 51, 1045

artículo 25, 2400 artículos 26, 40, 46 y 61, todos de 1968; 1250 de 1970 artículos 5 y 71; 1950 de 1973 artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242; 01 de 1984; 1335 de 1990; 1919 de 2002 artículo 2; 50 de 1990 artículo 99; las Leyes 3135 de 1968; 4 de 1990 artículo 8; 4 de 1992; 100 de 1993 artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204; 80 de 1993 artículo 32; 332 de 1996; 244 de 1995; 443 de 1998; 909 de 2004; 1437 de 2011; 1564 de 2012 y Código Sustantivo del Trabajo, artículos 23 y 24.

Así mismo, considera infringidos pronunciamientos Jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Sobre el particular, sostuvo que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E. S. E., pretende desconocer la relación laboral que existió durante más de 13 años con el señor John Alexander Rodríguez Polo, sin ninguna justificación, a pesar de que se constituyeron los elementos de un contrato realidad durante todo el tiempo que el demandante trabajó como Auxiliar Administrativo, evidenciándose la mala fe patronal.

Argumentó que el Hospital Pablo VI, para no contratar directamente al actor, utilizó la fechada de contratos de arrendamiento de servicios personales de carácter privado y de prestación de servicios personales, siendo que recibió todo el tiempo órdenes de dicho Hospital.

Manifestó que las condiciones para que los contratos de prestación de servicios y los de arrendamiento se consideren un contrato realidad, están contempladas en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, norma que claramente determina que cuando en una relación empleado-empendedor se da la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración, sin importar el nombre que se le haya dado al contrato al momento de su firma, este constituye una verdadera relación laboral, como ocurrió en el presente caso.

Indicó que si el demandante como Auxiliar Administrativo realizó actividades dentro de las instalaciones del Hospital, cumpliendo agendas previamente elaboradas por el empleador, no se puede entender

caprichosamente que podía delegar sus actividades a un tercero de su elección o que ejecutara su misión en el horario de trabajo que escogiera y se acomodara a sus necesidades, pues se encuentra demostrado que laboraba de domingo a domingo, con un pago mensual fijo, concurriendo los tres elementos de que trata el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Señaló que el artículo 24 *ibidem* permite establecer que todo empleo ejecutado de forma personal está regido por un contrato de trabajo, de modo que cuando el actor como Auxiliar Administrativo ejecutó o desarrolló las labores indicadas en el acápite de los hechos, la Ley está presumiendo la existencia de dicho contrato.

Precisó que el demandante ejecutó los contratos desarrollando el objeto social del centro hospitalario, lo que demuestra una clara manifestación de la entidad demandada de ocultar la realidad sobre las formalidades, ya que debió nombrarlo en la planta de personal, por medio de una resolución con todas las garantías laborales, pagándole las prestaciones sociales y afiliándolo al sistema de seguridad social integral y no pretender ocultar una relación subordinada, escudándose en sendos contratos.

Afirmó que, según el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, en caso de discordancia, cuando una cosa ocurre en la práctica y otra en los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos y a lo probado por las partes del proceso, razón por la cual, en el caso de autos se evidencia una verdadera relación de trabajo.

Destacó que el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, opera en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios y de arrendamiento para esconder una relación laboral, de manera que, configurada esa dependencia dentro de un contrato, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o

denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

### **III. CONTESTACIÓN.**

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **21 de agosto de 2018**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Señaló que la entidad demandada suscribió sendos contratos de prestación de servicios por períodos cortos con el demandante, de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993, en razón a que no se configuraban los elementos de una relación laboral, de manera que, previo a la celebración de cada uno de ellos, éste presentó su oferta de servicios como contratista independiente, en consideración a que no existía personal de planta, indicando que conocía los términos del contrato previsto en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, lo que conlleva a la ausencia de subordinación, horario y honorarios pagados en forma anticipada.

Manifestó que la carga de la prueba ya está definida en que el demandante era un contratista, como lo reflejan los múltiples contratos suscritos entre las partes, sin que pueda desconocerse la existencia de la legalidad de la Ley 80 de 1993 en los contratos administrativos celebrados entre las partes.

Destacó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, la entidad demandada previó la posibilidad de vincular mediante contrato de prestación de servicios al actor, sin que ello signifique que ostentara necesariamente la calidad de trabajador oficial.

Sostuvo que el actor no puede pregonar que en su caso existió subordinación laboral por el solo hecho de tener que desempeñar

actividades propias del cargo, dado que esa situación deviene del objeto mismo del contrato administrativo.

Relató que el vínculo que unió a las partes correspondió a la prestación de servicios de carácter administrativo, de modo que no existió subordinación, horario, ni remuneración como pago, sino como valores descontados del respectivo contrato de prestación de servicios.

Afirmó que, como es obvio, para la prestación del servicio, el actor tenía que asistir a las instalaciones de la entidad porque allí es donde se desarrolla el objeto social, como es la prestación de la seguridad social y como lo ha venido reiterando la jurisprudencia en materia laboral, la realización de trabajos en la empresa *“no significa que haya dependencia y subordinación”*.

Aseveró que la actividad contratada la realizó el demandante en las instalaciones de la entidad dentro del horario que se tiene previsto para la prestación del servicio a los usuarios, pero conservando su propia autonomía y sin subordinación alguna o dependencia con el Hospital.

Mencionó que no puede el demandante desconocer y pretender que cumplir el horario previsto por la Entidad, conlleva a la existencia de una relación laboral, pues era la manera de cumplir con el objeto de contrato de prestación de servicios, ante la ausencia de personal de planta para ejercer las actividades a él encomendadas.

Por otro lado, citó jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado referente al objeto de debate, determinando que se han establecido claramente las diferencias que rigen la actividad contractual y laboral de acuerdo con los elementos de cada una de ellas.

De otra parte, propuso las excepciones de:

**i) Prescripción:** Solicita que, en caso de estimarse las pretensiones del demandante, se declare la prescripción trienal de los derechos solicitados.

**ii) Inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad:** Indica que conforme con las reglas de la carga de la prueba, el demandante no logró construir la presunción que rodeó la relación jurídica; por el contrario, lo que se evidencia es que existió entre las partes un acuerdo de voluntades sin que hubiese simulación de ninguna índole, amén que la entidad demandada no le dio órdenes, existiendo solo una supervisión de los encargos contractuales con el fin de definir el objeto del contrato, con pautas mínimas y esenciales para su cumplimiento lo que implica desvirtuar la clase de contratación.

Afirmó que no se acordó con el demandante un salario mensual sino el pago por el valor del contrato ejecutado en el tiempo y pagado periódicamente como honorarios, reconociéndole los derechos como contratista independiente, en cuanto al horario y suministro de elementos de trabajo.

**iii) Inexistencia del derecho y de la obligación:** Alude a que, acorde con las normas de la contratación administrativa de prestación de servicios, el demandante libremente optó por esta modalidad de contratación y celebró contratos de este tipo en los cuales reiteradamente, así como en los documentos previos, se estableció la inexistencia de la relación laboral.

**iv) Pago:** Aduce que, ante la certeza de la celebración de un contrato de prestación de servicios entre las partes, la entidad demandada entendió de buena fe que el pago era de los honorario convenidos conforme a los contratos y la disponibilidad presupuestal para los mismos, cancelándole oportunamente dichos rubros, en cumplimiento de los diferentes o múltiples contratos de prestación de servicios.

**v) Ausencia del vínculo de carácter laboral:** Manifiesta que el demandante siempre actuó como contratista y no como servidor público de la entidad demandada, y que así lo ofreció y lo aceptó. Asimismo, aduce que los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes se firmaron de común acuerdo y que dentro de su contenido se indica claramente que se excluye de manera expresa relación laboral entre las mismas, siendo que la determinación por la entidad de ciertas tareas, no conlleva a una subordinación, pues en cumplimiento del objeto contractual se debían realizar supervisiones a las actividades desarrolladas.

**vi) Cobro de lo no debido:** Alude a que no ha nacido obligación alguna contra la entidad demandada por cuanto en realidad las partes pactaron como pago rubros denominados “honorarios”, dado el tipo de contrato celebrado, afiliándose el demandante al sistema de seguridad social integral como contratista, y firmó voluntariamente los contratos.

**vii) Relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral:** Indica que el demandante no tiene calidad de trabajador oficial, siendo que en el derecho público han existido algunas normas legales que han regulado la vinculación por contrato de prestación de servicios, al cual se han acomodado las distintas administraciones para vincular personal de esa manera y en forma temporal.

**viii) Buena fe:** Afirma que la entidad demandada actuó apegada a la legalidad de la Ley 80 de 1993 y a las normas de mínimo rigor legal; indicando que durante el tiempo de vinculación de las partes, jamás el demandante hizo un reclamo a la entidad demandada, lo que conduce a que se actuó con absoluta buena fe en la relación que tuvo con el demandante, bajo la creencia de que dicha relación estaba condicionada a los términos contractuales, los cuales siempre cumplió sin reparo alguno de su contraparte.

**ix) Inexistencia de la convención colectiva:** Manifiesta que el actor no allega prueba de una convención conforme al CPLT, además que aquel

durante su relación contractual conservó total autonomía, sin subordinación o dependencia en la ejecución del objeto contratado, bajo la legalidad de la Ley 80 de 1993, que dio la posibilidad de vincular personas por medio de contratos de prestación de servicios.

Afirmó que el contratista no era trabajador oficial y, por tanto, no era sindicalizado ni tenía derecho a la aplicación del régimen convencional, como tampoco existía relación laboral, ni derecho al pago de prestaciones sociales.

Señaló que el demandante no tuvo beneficios extralegales, establecidos en la convención colectiva de trabajo, sin que ello implique una violación al artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra la igualdad de los trabajadores ante la ley.

**x) Presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes:** Manifiesta que los contratos de prestación de servicios personales suscritos entre las partes, así como los demás actos administrativos proferidos por la entidad demandada se encuentran amparados legalmente con base en la documentación que reposa en la entidad, una vez llenos los requisitos para su formación adquieren fuerza obligatoria y gozan de presunción de legitimidad.

De otra parte, propuso la excepción de “**cosa juzgada**”, la cual fue resuelta en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 05 de febrero de 2019, denegándose su prosperidad.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

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

El apoderado de la parte demandante, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **05 de noviembre de 2021**, presentó alegatos de

conclusión, solicitando que se acceda a las súplicas de la demanda, toda vez que de los medios probatorios obrantes en el plenario se encuentra demostrado que el actor prestó personalmente el servicio, recibía órdenes de sus jefes inmediatos, quienes igualmente le impartían directrices al personal de planta que realizaba las mismas funciones y por su labor percibía una remuneración como pago de nómina.

Señaló que se encuentra acreditado que en la entidad demandada existían cargos de planta cuyos funcionarios desarrollaban las mismas labores que el actor, quienes tenían todas las garantías laborales y económicas contenidas en la convención colectiva.

Indicó que los deponentes que rindieron su testimonio en el presente asunto fueron compañeros del demandante dado que trabajaron para el centro hospitalario por más de dos (2) años, razón por la cual de forma presencial evidenciaron la subordinación a la que estaba sometido, así como los turnos que prestó y la forma de pago, concluyéndose la verdadera existencia de una relación laboral disfrazada por sucesivos e ininterrumpidos contratos de prestación de servicios personales.

Finalmente, se ratificó en los “fundamentos jurídicos de las pretensiones de la demanda y el concepto de violación” expuestos en el libelo demandatorio y citó jurisprudencia del H. Consejo de Estado relativa al tema objeto de estudio.

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

Se advierte que la apoderada de la parte demandada presentó alegatos de conclusión, en un primer momento, mediante escrito aportado el **09 de noviembre de 2021**<sup>1</sup> vía correo electrónico y, posteriormente, a través de memorial allegado vía correo electrónico el **16 de noviembre de 2021 a las 8:51 p.m.**, resultando esta última actuación extemporánea, toda vez que el auto que corrió traslado para dicho efecto fue notificado el **29 de**

---

<sup>1</sup> El memorial fue allegado el 08 de noviembre de 2021 a las **5:44 p.m.**, razón por la cual se entiende presentado al día hábil siguiente.

**octubre de 2021**, razón por la cual contaba hasta el **16 de noviembre de dicho año** para alegar de conclusión, actuación que fue surtida **ese mismo día, después de las 5:00 p.m.**, circunstancia que impide tenerlo en cuenta, pues se entiende presentado al día hábil siguiente.

Así las cosas, sólo se tendrá en cuenta el primero de los memoriales señalados, mediante el cual la antedicha apoderada reiteró las precisiones realizadas en el escrito de contestación de la demanda e indicó que se debe partir de la existencia de varios objetos contractuales, a saber: (i) comunicador, (ii) cajero, (iii) facturador, y (iv) auxiliar de primer contacto, citando la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en el marco del expediente 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317- 2016), del 09 de septiembre de 2021, de conformidad con la cual no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.

Adujo que los anteriores objetos contractuales fueron terminados con acta de liquidación en la cual quedó plasmado, además de la finalización de la relación contractual, la inoperancia de reclamación laboral alguna, siendo aceptada de manera voluntaria, adicional del cambio del objeto contractual.

Aseveró que la relación contractual suscrita entre el señor JOHN ALEXANDER RODRÍGUEZ POLO y la entidad demandada, fue siempre de carácter civil dado que esa es la naturaleza jurídica de los contratos que suscribió el demandante, de modo que nunca estuvo vinculado, pues la realidad es que en el tiempo de su vinculación nunca cumplió funciones públicas.

Indicó que dentro de las declaraciones se manifiesta la existencia de jefes de área y coordinadores, que no eran más que aquellos que coordinaban

las actividades a desarrollar descritas dentro de la minuta contractual firmada de manera voluntaria por parte del contratista; siendo que lo que se presentaba era la existencia de un profesional supervisor a través del cual se coordinaban los servicios de atención, cuya función se encamina a la verificación inspección, asesoría, corroboración y evaluación para determinar si la ejecución del objeto del contrato se cumple en el marco de lo acordado entre las partes, sin que pueda confundirse o asociarse con figuras como la subordinación.

Manifestó que no es suficiente demostrar que el actor desempeñó funciones que le corresponden a los funcionarios de planta, ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y con jurisprudencia del Consejo de Estado, es posible utilizar el contrato de prestación de servicios cuando no se cuente con personal suficiente en la institución para que desarrollen funciones similares a los del personal de planta, por lo que, además, se requiere probar una verdadera dependencia continuada de los superiores jerárquicos dentro de la entidad demandada, factor que no se logró acreditar en el caso concreto, pues simplemente se hizo referencia a las funciones desempeñadas.

Se refirió a los elementos necesarios para que se configure una relación laboral, esto es: remuneración, prestación personal del servicio, y subordinación, para concluir que en el caso particular los mismos no se configuran.

Aludió a que en el presente caso no se evidencia causal de nulidad alguna y solicitó denegar las pretensiones de la demanda, indicando que las acciones realizadas por el actor estaban encaminadas al correcto cumplimiento contractual, y que las capacitaciones realizadas, se realizaban con el fin de obtener una mejor prestación del servicio.

#### **4.3. Ministerio Público**

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

## **V. CONSIDERACIONES.**

### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

Respecto a las excepciones de **Inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, Inexistencia del derecho y de la obligación, Pago, Ausencia del vínculo de carácter laboral, Cobro de lo no debido, Relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, Buena fe, Inexistencia de la convención colectiva, y Presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes**, propuestas por el extremo demandado, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

De otro lado, se precisa que la excepción de **prescripción** será resuelta en acápite posterior de esta providencia.

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

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

#### **5.2.1. Documentales.**

**5.2.1.1.** Petición elevada por el actor el 11 de julio de 2017, por medio de la cual le solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho.

**5.2.1.2.** Oficio No. 629 con fecha de elaboración 26 de julio de 2017, y radicado No. 32007 del 28 de julio de la misma anualidad, a través del cual la doctora Heyde del Carmen Rodríguez Pérez, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad negó lo solicitado por el accionante.

**5.2.1.3.** Constancia de Conciliación Prejudicial llevada a cabo ante la Procuraduría 193 Judicial I para Asuntos Administrativos el 30 de noviembre de 2017, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

**5.2.1.4.** Constancia expedida por la Unidad Funcional de Talento Humano del Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., del 03 de junio de 2016, en la que se relacionan las órdenes o contratos de prestación de servicios celebrados con el actor.

**5.2.1.5.** Estados de cuenta del actor.

**5.2.1.6.** Certificado de aportes al sistema de protección social, a nombre del actor, del año 2010.

**5.2.1.7.** CDs contentivos de la hoja de vida del demandante.

**5.2.1.8.** Nota interna con No. 20194300011513 del 28 de marzo de 2019, mediante la cual el Director Operativo de Gestión de Talento Humano informó que la planta de empleos del antiguo Hospital Pablo VI Bosa, para el período 2003 – 2016 contaba con los empleos denominados Auxiliar Administrativo Código 407, grado 09 y Código 407, grado 11, y la relación de sus asignaciones básicas mensuales, para los años 2006 a 2010; y para el año 2017, de los mismos cargos en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

**5.2.1.9.** Resolución No. 108 del 02 de junio de 2006 *“por la cual se establece el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Hospital Pablo VI Bosa”*, en lo referente a los señalados cargos.

**5.2.1.10.** Resolución No. 095 del 02 de junio de 2015 *“por la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los cargos de la planta de personal del Hospital Pablo VI Bosa I Nivel Empresa Social Del Estado”* en lo referente a los cargos antedichos.

**5.2.1.11.** Nota interna con No. 20194220038443 del 12-08-2019,

mediante la cual el Líder de Gestión Documental informó que no se encontró información relacionada con las planillas y agendas de trabajo del actor.

**5.2.1.12.** Nota interna con No. 20194110070171 del 26 de abril de 2019, contentiva del cuadro de pagos y retenciones del actor, realizado por el Hospital Pablo VI Bosa I Nivel, para los años 2009 a 2016.

**5.2.1.13.** Nota interna con No. 20194400057563 del 18 de noviembre de 2019, mediante la cual la directora de contratación de la entidad demandada adujo que no se evidencia registro de los contratos del actor para los años 2002 a 2009, toda vez que para tales vigencias el personal era contratado mediante cooperativas.

**5.2.1.14.** Correo electrónico del 09 de agosto de 2019 mediante la cual se informó la Superintendencia Nacional de Salud no está facultada para habilitar instituciones.

**5.2.1.15.** Nota interna de la directora de contratación de la entidad dirigida a la jefe de la oficina asesora jurídica de la misma, mediante la cual se manifiesta que no existe registro de los contratos que comprenden los períodos 2002 a 2009, por cuanto para tales vigencias el personal era contratado mediante Cooperativas y no con las unidades, de modo que la información reposa en las instalaciones de aquellas o, en su defecto, en poder de los mismos contratistas; razón por la cual, la dirección de contratación no puede certificar tiempos de servicios derivados de contratos que no fueron suscritos directamente con la entidad.

**5.2.1.16.** Constancias de autoevaluación de fechas 09/07/2018 y 01/08/2020.

**5.2.1.17.** Habilitación en el registro especial de prestadores de salud de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. en su sede UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD PABLO VI BOSA del distrito de Bogotá, emitida por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

**5.2.1.18.** Oficio No. 20214360029943 de fecha 16-06-2021, por medio

del cual la directora operativa de la entidad demandada relacionó la asignación básica mensual para el cargo de Auxiliar administrativo del antiguo Hospital Pablo VI Bosa para los años 2003 a 2015 y para los años 2016 al 2017 de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

**5.2.1.19.** Contratos celebrados entre el Hospital Pablo VI Bosa y las cooperativas de trabajo NUSIL y COOPINTRASALUD, así como sus certificados de disponibilidad presupuestal, pólizas, adiciones, actas de liquidación y demás anexos.

### **5.2.2. Testimoniales e interrogatorio de parte.**

**5.2.2.1.** CD contentivo del interrogatorio de parte del señor JOHN ALEXANDER RODRÍGUEZ POLO llevado a cabo el 28 de mayo de 2019 y acta en la que se hace constar dicha declaración.

**5.2.2.2.** CD contentivo de las declaraciones de los señores Jonny Morales Aguirre y Nataly Sánchez Martínez, quienes rindieron testimonio ante este Despacho ese mismo día y acta en la que se hacen constar dichas declaraciones.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 05 de febrero de 2019, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si el señor John Alexander Rodríguez Polo tiene derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculado bajo la modalidad de prestación de servicios con el Hospital Pablo VI, hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E. S. E., y en consecuencia, si tiene o no derecho al pago de salarios y prestaciones que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral.

#### **5.3.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.**

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, “*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...*”, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

*“Artículo 2. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.*

*Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.*

*Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.*

*Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.*

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones*<sup>2</sup>. (Negrita del Despacho).

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 “*por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil*”, contempla:

*“Artículo 1°.- El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.*

*Artículo 2°.- Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.*

*Artículo 3°.- Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.*

---

<sup>2</sup> La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

*Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.*

**Artículo 4°.-** *Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes*

**Artículo 5°-** *Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.*

**Artículo 7°.-** *Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.*

*La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Negrita del Despacho)*

De la 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.<sup>3</sup>

**Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.**

**Parágrafo.-** *Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.*

Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo<sup>4</sup>.

De lo anterior, se colige que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado en los servicios de salud se conforma por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción; no obstante, hace la distinción que los trabajadores oficiales, se encargan de desempeñar cargos no directivos, esto es, los de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53<sup>5</sup> la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

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*

<sup>3</sup> Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-387 de 1996.

<sup>4</sup> Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 1995.

<sup>5</sup> ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;*

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

*en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)*”

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

Por su parte, en tratándose de contratos de prestación de servicios celebrados por las Empresas Sociales del Estado, la Ley 100 de 1993, en sus artículos 194 y 195, dispuso:

*“ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las **Empresas Sociales del Estado**, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, **sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.***

*ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...)*

*6. **En materia contractual se 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.*<sup>6</sup>

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) **los contratistas de prestación de servicios: vinculados a través de un contrato estatal.**

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente, en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, así:

*“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:*

***a.** La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

*El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de 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*

---

<sup>6</sup> Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

*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 laborales<sup>7</sup>.***

*De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección*

---

<sup>7</sup> En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

*segunda<sup>8</sup> recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).*

Posteriormente, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre de 2021, respecto a los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios, sostuvo:

**“2.3.3. Criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios**

*95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.*

*96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la*

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

*realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.*

*97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual”.*

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

*“100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «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».*

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

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

#### **“2.3.3.2. Subordinación continuada**

*102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye **el elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de*

organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

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

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

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

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

**107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas,

*incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.*

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

Luego, indicó respecto a la prestación del servicio, lo siguiente:

#### **“2.3.3.3. Prestación personal del servicio**

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

Así mismo, en cuanto a la remuneración, afirmó:

#### **“2.3.3.4. Remuneración**

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

## **5.4. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.**

### **5.4.1. De la solicitud de tacha del testimonio del señor Jonny Morales Aguirre**

La apoderada de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonios

llevada a cabo el 28 de mayo de 2019 (fls. 118 a 120), tachó de sospechoso el testimonio del señor Jonny Morales Aguirre, toda vez que promovió demanda en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. por los mismos hechos y por las mismas peticiones del contrato realidad, porque el demandante funge como testigo dentro de su proceso y ya rindió testimonio en él, evidenciando imparcialidad, con beneficios mutuos.

Descorrido el traslado de tal solicitud, la apoderada de la parte demandante indicó que el testimonio se ha recepcionado con sujeción a todas las formalidades de ley, especialmente bajo la gravedad de juramento que garantiza la veracidad del mismo, además el testigo sólo se ha referido a los hechos que le constan sin hacer precisiones subjetivas en sus respuestas, ni de circunstancias de oídas. Asimismo, indicó que lo que en el presente proceso resulte probado, no necesariamente implica que prospere en el proceso que está cursando en otro juzgado por el testigo.

Sobre el particular, el artículo 211 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*.

A su vez, dicha normativa preceptúa que la tacha deberá formularse con la expresión de las razones en que se funda, sin que se especifique si la misma deba hacerse antes, durante o después de la deposición y prevé que dicha solicitud se resolverá en la sentencia de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de

Procedimiento Civil<sup>9</sup>, señala en relación con la tacha de testigos, que dicha figura en momento alguno impide que se reciba la declaración del testigo, sino que lo que se pretende es que el juez en el momento del fallo o de resolver el incidente, aprecie con especial atención y mayor severidad la versión respectiva.

En ese sentido, advierte el Despacho que, en efecto, el declarante admitió que interpuso demanda en contra de la entidad demandada, citando al demandante como testigo; sin embargo, dicha circunstancia no le resta mérito probatorio a la declaración, toda vez que su testimonio fue rendido bajo la gravedad de juramento; amén que los hechos expuestos se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, la versión rendida por el deponente no resulta parcializada ni afecta su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre la vinculación del actor a la entidad demandada como compañero de trabajo del accionante que conoció de forma directa la manera como este desarrolló su labor, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas, encontrando el Juzgado que la tacha formulada, es infundada y, en consecuencia, dicha declaración será valorada por este Estrado Judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

#### **5.5. CASO CONCRETO.**

En el caso que nos ocupa, el señor JOHN ALEXANDER RODRÍGUEZ POLO, reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales que aduce tiene derecho, por el tiempo en el que prestó sus servicios en el Hospital Pablo VI, ahora Subred Integrada de Servicio de Salud Sur Occidente E.S.E.

Por su parte, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la referida Subred, mediante el Oficio No. 629 con fecha de elaboración 26 de julio de 2017, y radicado No. 32007 del 28 de julio de la misma anualidad, negó el aludido

---

<sup>9</sup> Tomo 3 - Pruebas, Segunda Edición 2008, página 192

reconocimiento y pago, por considerar que la relación sostenida con el actor obedeció a los contratos de prestación de servicios suscritos y, por lo tanto, no le asiste el derecho a reclamar dichas prestaciones (fls. 11 a 14).

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, visibles en el medio magnético obrante a folio 113 del expediente, así como de la certificación expedida por la Unidad Funcional de Talento Humano del Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., del 03 de junio de 2016, obrante a folio 17 del plenario, quedó plenamente demostrado que el actor prestó sus servicios al Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., como **Auxiliar Administrativo**, de la siguiente forma:

| No. DE ORDEN O CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS | PLAZO DE EJECUCIÓN    |                         | UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD / CONTRATANTE                      | OBJETO                                     | FOLIOS                    |
|--|-----------------------|-------------------------|---|--|---------------------------|
|  | DESDE                 | HASTA                   |   |  |                           |
| Sin información                                    | 01 de febrero de 2007 | 21 de julio de 2009     | Cooperativa de Trabajo Asociado Gestión y Calidad Eficiente CTA | Cajero en el Hospital Pablo VI Bosa E.S.E. | 113 (medio magnético)     |
| 749/2009   | 22 de julio de 2009   | 30 de junio de 2010     | Hospital Pablo VI Bosa E.S.E.                                   | Facturador                                 | 17, 113 (medio magnético) |
| 1436/2010  | 01 de julio de 2010   | 31 de diciembre de 2010 | Hospital Pablo VI Bosa E.S.E.                                   | Facturador                                 | 17, 113 (medio magnético) |
| 182/2011   | 03 de enero de 2011   | 30 de junio de 2011     | Hospital Pablo VI Bosa E.S.E.                                   | Facturador                                 | 17, 113 (medio magnético) |
| 1495/2011  | 08 de julio de 2011   | 31 de diciembre de 2011 | Hospital Pablo VI Bosa E.S.E.                                   | Facturador                                 | 17, 113 (medio magnético) |
| 517/2012   | 02 de enero de 2012   | 31 de marzo de 2012     | Hospital Pablo VI Bosa E.S.E.                                   | Comunicador                                | 17, 113 (medio magnético) |
| 1099/2012  | 01 de abril de 2012   | 31 de diciembre de 2012 | Hospital Pablo VI Bosa E.S.E.                                   | Auxiliar de primer contacto                | 17, 113 (medio magnético) |
| 1259/2013  | 02 de enero de 2013   | 31 de diciembre de 2013 | Hospital Pablo VI Bosa E.S.E.                                   | Auxiliar de primer contacto                | 17, 113 (medio magnético) |

|          |                     |                         |                               |                             |                           |
|----------|---------------------|-------------------------|-------------------------------|-----------------------------|---------------------------|
| 099/2014 | 02 de enero de 2014 | 31 de diciembre de 2014 | Hospital Pablo VI Bosa E.S.E. | Auxiliar de primer contacto | 17, 113 (medio magnético) |
| 141/2015 | 02 de enero de 2015 | 31 de diciembre de 2015 | Hospital Pablo VI Bosa E.S.E. | Auxiliar de primer contacto | 17, 113 (medio magnético) |
| 704/2016 | 01 de enero de 2016 | 30 de junio de 2016     | Hospital Pablo VI Bosa E.S.E. | Auxiliar de primer contacto | 17, 113 (medio magnético) |

Ahora bien, resulta importante resaltar que la entidad demandada allegó la prueba solicitada por la parte demandante consistente en las copias de los contratos que suscribió el Hospital con las Cooperativas de Trabajo, por las cuales se contrató al demandante como auxiliar administrativo, entre los años 2003 a 2009, de manera que obran en el expediente los contratos de suministro de servicios Nos.: 009 del 2004, 049 de 2004, 054 de 2004, 054 de 2005, 055 de 2004, 060 del 2004, 001 de 2005, 005 de 2005, 013 de 2005, 068 de 2004, 070 de 2005, 082 de 2005, 012 de 2008, 048 de 2007, 009 de 2004, 006 de 2007, 010 de 2007, 048 de 2007, y 037 de 2007, celebrados por el Hospital Pablo VI con la Cooperativa de Trabajo Asociado NUSIL; así como los contratos de suministro de servicios Nos.: 002 de 2005 y 069 de 2005, celebrados por el señalado hospital con la Cooperativa Integral de Trabajo Asociado para la Salud – COOPINTRASALUD. Sin embargo, no obra prueba en el plenario de que en el marco de los mismos, el actor haya sido contratado para prestar sus servicios en el referido centro hospitalario, más allá de la certificación expedida por el Coordinador de Personal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Gestión y Calidad Eficiente CTA, expedida el 21 de julio de 2009, obrante en el medio magnético que reposa a folio 113 del plenario, según la cual:

*“el (la) señor (a) **RODRÍGUEZ POLO JHON ALEXANDER**, identificado (a) con cédula de ciudadanía **No. 80191556** estuvo vinculado (a) a la cooperativa desde el **1 de febrero de 2007 hasta el 21 de Julio de 2.009**, desarrollando la actividad de **CAJERO**; en el **HOSPITAL PABLO VI BOSA E.S.E.** bajo la modalidad contractual Acuerdo de Trabajo Asociado por Autogestión”*

Así mismo, aunque el nombre del actor figura en los anexos de ciertos informes de gestión presentados por NUSIL CTA, en el cargo de “CAJERO URGENCIAS DÍA”, con fecha de ingreso 1° de septiembre de 2004, lo cierto es que no se conocen fechas ciertas de retiro, por lo que no quedó

demostrada su vinculación en periodos previos al 2007.

En este sentido, se encuentra acreditado que el demandante prestó sus servicios en el Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., a través de la celebración de sendos contratos y órdenes de prestación de servicios personales suscritos desde el 01 de febrero de 2007 hasta el 30 de junio 2016<sup>10</sup>, **de forma interrumpida**, cuyos objetos contractuales en términos generales estaban encaminados a la facturación, el auxilio de primer contacto y la labor de cajero.

Las anteriores funciones fueron ratificadas en el interrogatorio de parte que rindió el demandante y en las declaraciones de los señores Jonny Morales Aguirre y Nataly Sánchez Martínez, llevados a cabo el 28 de mayo de 2019.

Así las cosas, se encuentra acreditado que el demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se incorporó en las cláusulas octava y novena en los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión de los derechos y obligaciones emanados de los mismos.

Al respecto, el señor Jonny Morales Aguirre fue coincidente en señalar que el actor no podía encomendar sus actividades a un tercero de forma autónoma y que desarrollaba sus funciones dentro del Hospital porque no había otro punto para hacer la facturación de los servicios que se prestaba.

Por otro lado, se debe mencionar que si bien para el período comprendido entre el 1 de febrero de 2007 y el 21 de julio de 2009 el actor estuvo vinculado a través de Cooperativa de Trabajo y, en consecuencia se generó una relación laboral entre esta y tal organización, la cual tenía la obligación de crear un régimen de trabajo asociado que regulara dicha vinculación, lo cierto es que la referida modalidad de contratación no conlleva al desconocimiento de los derechos de los trabajadores

---

<sup>10</sup> Aunque la demanda pretende el reconocimiento de la relación laboral hasta el 29 de julio de 2016, lo cierto es que el último de los contratos celebrados por el actor, con el Hospital Pablo VI, esto es el No. 704 de 2016 fijó como fecha de terminación el 30 de junio de 2016, sin que obren prórrogas en el expediente, a pesar de que sí obra una solicitud de adición y/o prórroga del mismo.

dependientes o subordinados respecto de la entidad en la que prestan sus servicios.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "B", C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, a través de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2017, dentro del proceso con radicación No. 23001-23-33-000-2013-00127-01(4082-14), señaló:

"(...)

*Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos.*

*Debido a la naturaleza misma de las cooperativas de trabajo asociado, la retribución que reciben los asociados por su trabajo no es salario sino una compensación, que se fija teniendo en cuenta estos factores: la función que cada trabajador cumple, la especialidad, el rendimiento, la cantidad y calidad del trabajo aportado. Igualmente, el trabajador asociado tiene derecho a recibir un porcentaje de los excedentes obtenidos por la cooperativa.*

***Sin embargo, dicha figura asociativa no fue creada por el Legislador para que se desconocieran los derechos de los trabajadores, al punto que, por mandato legal las cooperativas de trabajo asociado que incurran en prácticas deshonestas deben responder ante las autoridades correspondientes. En ese sentido, el trabajo asociado no puede ser utilizado indebidamente para desconocer o eludir las obligaciones de estirpe laboral con los trabajadores dependientes o subordinados, por ello, la normatividad consagró la prohibición de que las Cooperativas de Trabajo Asociado actuaran como empresas de intermediación laboral, disponiendo del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios. Pero de igual manera, es claro que las cooperativas funcionan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, de tal suerte que, cuando el asociado es vinculado con otro ente, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, quien alega la configuración o existencia del contrato realidad con aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber probatorio de acreditar el trípede que la legislación consagra para la configuración de una relación laboral".*** (Negrilla del Despacho).

En ese sentido, se colige que, la cooperativa permitió que entre el Hospital Pablo VI y el demandante, se generara una relación laboral, por cuanto,

de forma directa, prestó sus servicios a dicho centro hospitalario.

Así las cosas, se encuentra demostrado que el demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como lo señalaron sus compañeros de trabajo, no podía delegar en otra persona su función.

**ii) Subordinación o dependencia.**

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en los contratos y órdenes de prestación de servicios se estableció que se excluía de manera expresa la relación laboral, de modo que en ningún caso sería considerado como contrato de trabajo; sin embargo, en los mismos se plasmó que el demandante estaba bajo supervisión del cumplimiento de sus obligaciones, por parte del Líder CAMI o de URGENCIAS, o quien hiciera sus veces.

Ahora bien, la señora Nataly Sánchez Martínez, en el testimonio que rindió, señaló que el actor estaba bajo la subordinación de los líderes encargados y los líderes de turno los fines de semana, quienes impartían órdenes relacionadas con abrir historias clínicas, estar pendiente de la priorización de pacientes de acuerdo con su condición en sala, y hacer la atención al usuario.

Así mismo, de las declaraciones de los testigos y del demandante se evidencia que las labores desempeñadas por este implicaron la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia. Al respecto, los mismos fueron coincidentes en afirmar que este debía cumplir un horario de 1 p.m. a 7 p.m. de lunes a viernes, y cada 15 días, sábados y domingos de 7 a.m. a 7 p.m. y viceversa. De igual forma, se evidenció por todos los deponentes y por el actor que los insumos y herramientas con los que laboraba eran suministrados por el hospital.

De otro lado, en los documentos que contienen la descripción de la necesidad que se pretendía satisfacer con los contratos de prestación de servicios suscritos con el demandante, emitidos por el centro hospitalario,

se justificó la contratación, por las siguientes razones:

- En el CAMI Pablo VI se requiere contratar auxiliar de primer contacto para atención, verificación y asignación de citas a los usuarios, así como **la ejecución de estrategias institucionales** de atención al ciudadano.
- **Insuficiencia de personal de planta.**
- **No existe en la planta de personal** el cargo para el perfil requerido.
- El Hospital Pablo VI Bosa E.S.E. para garantizar el cumplimiento de las funciones en el Área de CAMI URGENCIAS, requiere FACTURADOR para Realizar la facturación de servicios prestados a los usuarios y hacer el recaudo de copagos o cuotas de recuperación, así como la recolección de soportes administrativos con las facturas que preste sus servicios, **debido a que la planta de personal que actualmente existe en la Entidad no cuenta con personal vinculado para la ejecución de dicha actividad.**

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por el actor por más de **9 años**, en el Hospital Pablo VI no se enfocaron en el desarrollo de una labor esporádica o transitoria; amén, que no gozaba de autonomía e independencia para ejercer su labor y no contaba con la libertad inherente al contrato de prestación de servicios, puesto que se veía en la obligación de desarrollar sus funciones atendiendo horarios, usando las herramientas del centro hospitalario y bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión.

### **iii) Remuneración por el trabajo cumplido.**

Sobre el particular, advierte el Despacho que en cada uno de los contratos y órdenes de prestación de servicios suscritos entre el señor JOHN ALEXANDER RODRÍGUEZ POLO y el Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, la cual, se pagaba por mensualidades vencidas o por fraccionamiento de tiempo, previa certificación de pago del interventor, informe mensual de actividades y certificación de pago al Sistema General de Seguridad Social

del respectivo mes.

De acuerdo con lo anterior, se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que: i) el demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio en el Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., como facturador, cajero y auxiliar de primer contacto, labores que, valga la pena anotar, **son propias de la actividad misional de la entidad contratante**, ii) recibía una remuneración por el trabajo prestado y iii) actuaba bajo subordinación y dependencia del centro hospitalario al cual prestaba sus servicios.

De otra parte, la apoderada de la entidad demandada mediante escrito del 12 de noviembre de 2019 informó que aportaba el oficio expedido por el Director Operativo de Gestión del Talento Humano de la entidad demandada, informando que las funciones de los empleos de auxiliar administrativo Código 09 y 11 del antiguo Hospital Pablo VI Bosa, estaban contenidos en las resoluciones de Gerencia, Nos. 108 de 2006 y 095 de 2015, de las cuales se evidencia que dichos cargos tienen los siguientes propósitos y funciones:

| MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES Y DE COMPETENCIAS LABORALES   |                                     |
|--|-------------------------------------|
| <b>I. IDENTIFICACION</b>   |                                     |
| Nivel:   | Asistencial                         |
| Denominación del Empleo:   | Auxiliar Administrativo             |
| Código:  | 407                                 |
| Grado:   | 9                                   |
| No. de cargos  | Tres (3 )                           |
| Dependencia  | Donde se ubique el cargo            |
| Cargo del Jefe Inmediato:  | Quien ejerza la supervisión Directa |
| <b>II. PROPÓSITO PRINCIPAL</b>   |                                     |
| Realizar labores de nivel auxiliar relacionadas con la operación técnica de equipos de radioteléfono a fin de mantener comunicación con las entidades hospitalarias, el centro regulador de urgencias y los móviles de la institución. |                                     |

| III. DESCRIPCION DE FUNCIONES ESENCIALES  |  |
|---|--|
| AREA FUNCIONAL ASISTENCIAL  |  |
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Operar el equipo de radio asignado transmitir, recibir, registrar mensajes aplicando códigos.</li> <li>2. Establecer contactos con el Centro Regulador de Urgencias, las instituciones o ambulancias que den respuesta oportuna.</li> <li>3. Solicitar asesoría e instrucciones al médico para determinar el estado del paciente pidiendo remisión y medio de transporte.</li> <li>4. Mantener ordenado su sitio de trabajo y los equipos en óptimas condiciones veiendo por su mantenimiento preventivo y correctivo.</li> <li>5. Registrar en el formato correspondiente las remisiones realizadas en cada turno.</li> <li>6. Informar al médico jefe de turno la aceptación del paciente remitido, las condiciones de este y los medios de transporte.</li> <li>7. Reportar al médico director las novedades presentadas así como las fallas en el funcionamiento de los equipos.</li> <li>8. Identificar la estación de radio y reportar los casos particulares establecidos según la reglamentación.</li> <li>9. Informar a la central de radio de la Secretaría Distrital de Salud el cambio de turno de los radio operadores o las novedades que se presenten.</li> <li>10. Conocer y reportar a la secretaria Distrital de Salud sobre camas disponibles, recurso médico y paramédico existente en caso de emergencias como catástrofes, inundaciones y alertas rojas que necesiten de prioridad.</li> <li>11. Identificar problemas de índole socioeconómica de los pacientes y realizar los trámites administrativos tendientes a facilitar su solución.</li> <li>12. Diligenciar de manera clara y completa todos los documentos y formatos necesarios para la remisión del usuario.</li> <li>13. Actualizar los procesos y procedimientos inherentes a su cargo.</li> <li>14. Realizar el Control Interno sobre las funciones propias del cargo.</li> <li>15. Ejercer las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la</li> </ol> |  |
| IV. CONTRIBUCIONES INDIVIDUALES<br>(CRITERIOS DE DESEMPEÑO)   |  |
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Informe sobre la remisión de pacientes.</li> <li>2. Informe estadístico sobre disponibilidad de camas.</li> <li>3. Informe sobre el mantenimiento de los equipos.</li> </ol>  |  |
| V. CONOCIMIENTOS BÁSICOS O ESENCIALES   |  |
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Técnicas de Archivo.</li> </ol>   |  |

| VI. REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA   |  |
|---|--|
| Estudios  | Experiencia                            |
| <ol style="list-style-type: none"> <li>2. Clases de Documentos.</li> <li>3. Normas especiales en seguridad social An salud.</li> <li>4. Sistema de Gestión Documental e Informática Básica</li> <li>5. Metodología de investigación y diseño de proyectos</li> <li>6. Sistema de Gestión de Calidad</li> <li>7. Protocolos, registros, guías</li> <li>8. Procedimientos de emergencias y desastres</li> </ol> |  |
| 1. Diploma de bachiller en cualquier modalidad.   | Un (1) año de experiencia relacionada. |

|  |                                     |
|--|-------------------------------------|
| Nivel:   | Asistencial                         |
| Denominación del Empleo:   | Auxiliar Administrativo             |
| Código:  | 407                                 |
| Grado:   | 11                                  |
| No. De empleos   | Uno (1)                             |
| Dependencia  | Donde se ubique el empleo           |
| Empleo del Jefe Inmediato:   | Quien ejerza la supervisión Directa |
| <b>II. PROPOSITO PRINCIPAL</b>   |                                     |
| Brindar apoyo asistencial al área administrativa obedeciendo a los lineamientos administrativos con el fin de contribuir al mejoramiento institucional con criterios de oportunidad y calidad. |                                     |
| <b>III. DESCRIPCION DE FUNCIONES ESENCIALES</b>  |                                     |
| <b>AREA FUNCIONAL: ADMINISTRATIVA, TALENTO HUMANO, FISICOS O FINANCIERA</b>  |                                     |
| 1. Realizar las llamadas telefónicas que requiera el jefe inmediato para el desempeño de sus actividades.  |                                     |

|  |   |
|--|---|
| <br># 108<br>02 JUN. 2018 | <ol style="list-style-type: none"><li>2. Digital y mantener actualizadas la correspondencia, las tarjetas, los oficios e informes y demás documentos que se requieran en el área de trabajo.</li><li>3. Realizar el manejo de la documentación propia del área y del archivo, tanto activo como inactivo, manteniéndolo actualizado y foliado.</li><li>4. Atender a los usuarios que acudan a la dependencia asignada.</li><li>5. Recopilar las necesidades de reproducción de copias que requiera el área asignada y tramitar la reproducción de las mismas.</li><li>6. Organizar el ingreso y retiro de los documentos que deben ser firmados por el jefe inmediato del área respectiva.</li><li>7. Proyectar cartas, memorandos, actos administrativos, circulares, informes y demás documentos propios del área de su competencia.</li><li>8. Llevar el sistema de control y seguimiento por asunto, citas, entrevistas, compromisos y eventos en general de las áreas de su competencia.</li><li>9. Responder por la reserva de la información que en razón de su trabajo deba manejar.</li><li>10. Elaborar cuadros estadísticos solicitados por el jefe inmediato.</li><li>11. Examinar cuentas, datos, anexos y operaciones del área de trabajo.</li><li>12. Participar en las actividades definidas en el plan de trabajo de propias del área asignada.</li><li>13. Participar en la elaboración de los cronogramas de cada una de las actividades a desarrollar por el área asignada.</li><li>14. Ingresar los registros y datos necesarios para mantener el módulo del sistema de información institucional actualizado.</li><li>15. Realizar las actividades pertinentes para alcanzar el cumplimiento de las metas contractuales y/o de planes y/o proyectos formulados, en el área asignada.</li><li>16. Coadyuvar al cumplimiento del plan de gestión institucional, a través del cumplimiento de las metas contractuales establecidas en los planes y proyectos en el área asignada.</li><li>17. Promover el cuidado y custodia del patrimonio institucional y responder por los elementos dados a su responsabilidad.</li><li>18. Diligenciar de manera clara, completa y oportuna, los instrumentos que le sean encomendados para el ejercicio de su actividad.</li><li>19. Conocer, promover y aplicar las Normas de Gestión Ambiental, residuos hospitalarios, manual de higiene y seguridad industrial, programa de salud ocupacional, planes de emergencia, para proteger la salud en el trabajo aplicando las técnicas de Bioseguridad.</li><li>20. Realizar el ejercicio de autocontrol, autorregulación y autogestión en las actividades desarrolladas.</li><li>21. Aplicar y participar en la actualización, formulación de las guías, protocolos, procesos y procedimientos formulados en la institución.</li><li>22. Utilizar de manera racional los recursos asignados a la prestación de servicios.</li></ol> |
|--|---|

02 JUN 2008

23. Aplicar los procesos, subprocesos y procedimientos definidos en el Manual de Calidad de la institución.

24. Realizar la prestación de los servicios en el marco de los convenios y planes de beneficios.

25. Formular y ejecutar las acciones preventivas y/o correctivas, y/o plan de mejoramiento o que haya lugar.

26. Las demás funciones que le sean asignadas y sean ajenas con la naturaleza del empleo.

---

**IV. CONTRIBUCIONES INDIVIDUALES  
(CRITERIOS DE DESEMPEÑO)**

1. La correspondencia, las tarjetas, los oficios e informes y demás documentos se encuentran actualizados.

2. El plan de manejo de archivo y documentación responde las necesidades de la institución.

3. Las labores de apoyo asignadas son ejecutadas con efectividad y oportunidad.

4. Los módulos del sistema de información se encuentran actualizados y cumplen con los requisitos determinados por el sistema.

---

**V. CONOCIMIENTOS BASICOS O ESENCIALES**

1. Gestión documental.

2. Conocimientos básicos de contabilidad.

3. Normatividad de acuerdo al área asignada.

4. reacción de documentos.

5. Manejo de Office.

---

**VI. REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA**

1. Bachiller en cualquier Dos años de experiencia relacionada con las actividades del empleo.

2.

| REQUISITOS ESPECIALES  |                                     |
|--|-------------------------------------|
| <b>NIVEL:</b>  | Asistencial                         |
| <b>DETERMINACION DEL EMPLEO:</b>   | Auxiliar Administrativo             |
| <b>CÓDIGO:</b>   | 407                                 |
| <b>GRADO:</b>  | 11                                  |
| <b>Nº VACANTES:</b>  | Uno (1)                             |
| <b>DEPENDENCIA:</b>  | Donde se ubique el cargo            |
| <b>VERBO DEL JEFE INMEDIATO:</b>   | Quien ejerza la supervisión directa |
| <b>II. AREA FUNCIONAL</b>  |                                     |
| SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA - AREA FUNCIONAL ADMINISTRATIVA, RECURSOS FÍSICOS, TALENTO HUMANO.   |                                     |
| <b>III. DESCRIPCIÓN DE LAS FUNCIONES</b>   |                                     |
| Realizar las actividades de gestión documental y apoyo administrativo encomendadas, de acuerdo con la misión y el funcionamiento de la dependencia asignada, en concordancia con los procesos y procedimientos establecidos. |                                     |
| <b>IX. DESCRIPCIÓN DE LAS FUNCIONES ESPECIALES</b>   |                                     |
| 1. Realizar las funciones del nivel auxiliar administrativo encomendadas de acuerdo con el funcionamiento de la dependencia.   |                                     |
| 2. Elaborar y procesar informes y demás documentos que se requieran en la dependencia.   |                                     |

**02 JUN 2015**

"Por la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los cargos de la planta de personal del Hospital Pablo VI Base I Nivel Empresa Social Del Estado"

|   |  |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>3. Apoyar la implementación de desarrollo informático necesarios del área asignada.</li> <li>4. Cumplir con los procesos y procedimientos establecidos en el manual de calidad de la institución.</li> <li>5. Cumplir con los procedimientos de gestión documental y archivista según la normalidad vigente y lineamientos institucionales.</li> <li>6. Conocer, promover y aplicar el Sistema Integrado de Gestión con sus ocho componentes: Sistema de Gestión de Calidad, Sistema de Control Interno, Sistema de Seguridad y Salud Ocupacional, Sistema de Gestión Ambiental, Sistema de Gestión de la Seguridad de la Información, Sistema de Gestión Documental y Archivo, Sistema de Desarrollo Administrativo y Sistema de Responsabilidad Social.</li> <li>7. Desarrollar las estrategias de gestión local y participación social, con los diferentes actores locales y Distritales con el fin de garantizar la pertinencia y efectividad de las intervenciones en salud.</li> <li>8. Desempeñar las demás funciones relacionadas con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.</li> </ol> |  |
| <b>IV CONOCIMIENTOS BÁSICOS Y ESPECÍFICOS</b>   |  |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Conocimiento Básico en Sistema Operativo Windows y Office (Word, Excel, PowerPoint).</li> <li>• Conocimientos en la Ley General de Archivo.</li> <li>• Conocimiento de técnicas de archivo.</li> <li>• Conocimiento sobre tablas de retención Documental y transferencias documentales.</li> </ul>   |  |
| <b>VI COMPETENCIAS FUNCIONALES GENERALES DE LA ACTIVIDAD</b>  |  |
| <b>COMUNES</b>  | <b>ESPECÍFICAS DE LA ACTIVIDAD</b>   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Orientación a resultados</li> <li>• Orientación al usuario y al ciudadano</li> <li>• Transparencia</li> <li>• Compromiso con la Organización</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Manejo de la información</li> <li>• Adaptación al cambio</li> <li>• Disciplina</li> <li>• Relaciones Interpersonales</li> <li>• Colaboración</li> </ul> |
| <b>VII REQUISITOS DE FORMACIÓN ACADÉMICA Y EXPERIENCIA</b>  |  |
| <b>FORMACIÓN ACADÉMICA</b>  | <b>EXPERIENCIA</b>   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Título de Bachiller en cualquier modalidad.</li> </ul>   | Dieciocho (18) meses de experiencia relacionada con las funciones del cargo.   |

| <b>IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEO</b>  |                                      |
|---|--------------------------------------|
| <b>NIVEL</b>  | Asistencial                          |
| <b>DESIGNACIÓN DEL EMPLEO</b>   | Auxiliar Administrativo              |
| <b>CÓDIGO</b>   | 407                                  |
| <b>GRUPO</b>  | 09                                   |
| <b>NO. DE REPOS</b>   | Tres (3)                             |
| <b>DEPENDENCIA</b>  | Donde se ubique el cargo             |
| <b>GRUPO DE SUPERVISIÓN</b>   | Cuien ejerza la supervisión directa. |
| <b>II ÁREA FUNCIONAL</b>  |                                      |
| <b>SUBGERENCIA DE SERVICIOS ASISTENCIALES - RADIOOPERADOR</b>   |                                      |
| <b>III CATEGORÍA FUNCIONAL</b>  |                                      |
| Gestionar la comunicación propia del Sistema de Referencia y Contra Referencia de los usuarios del Hospital, en coordinación con el equipo interdisciplinario, cumplimiento los procesos y procedimientos institucionales y normalidad vigente. |                                      |

RESOLUCIÓN No. 0951  
02 JUN 2015

"Por la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los cargos de planta de personal del Hospital Pablo VI Bosa i Nivel Empresa Social Del Estado"

| REQUISITOS DE LOS FUNCIONES   |  |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Aplicar los procedimientos y protocolos de comunicación Distritales y Nacionales para garantizar la efectiva y oportuna referencia y contra referencia de los usuarios del Hospital.</li> <li>2. Elaborar los registros establecidos en el sistema de referencia y contra referencia de los usuarios en forma honaria, documentando la respuesta de la IPS con la cual se estableció la comunicación y el reporte de información a los profesionales tratantes, cumpliendo con lo establecido en el procedimiento de Gestión Documental Integral.</li> <li>3. Gestionar la solicitud de ambulancia ante el CRUE o la Entidad Administradora de Planes de Beneficios, garantizando la oportunidad y cumplimiento del tipo de traslado ordenado por el médico tratante.</li> <li>4. Mantener comunicación efectiva con el médico tratante a nivel interno y externo; solicitando la actualización de la condición clínica del paciente y documentando las acciones realizadas en el proceso de atención.</li> <li>5. Efectuar seguimiento y registro de los pacientes referidos para la realización de estudios de apoyo diagnóstico o interconsultas, gestionando el traslado oportuno al Hospital.</li> <li>6. Conocer, promover y aplicar el Sistema Integrado de Gestión con sus ocho componentes: Sistema de Gestión de Calidad, Sistema de Control Interno, Sistema de Seguridad y Salud Ocupacional, Sistema de Gestión Ambiental, Sistema de Gestión de la Seguridad de la Información, Sistema de Gestión Documental y Archivo, Sistema de Desarrollo Administrativo y Sistema de Responsabilidad Social.</li> <li>7. Desarrollar las estrategias de gestión local y participación social, con los diferentes actores locales y Distritales con el fin de garantizar la pertinencia y efectividad de las intervenciones en salud.</li> <li>8. Desempeñar las demás funciones relacionadas con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.</li> </ol> |  |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Conocimiento Básico en Sistema Operativo Windows y Office (Word, Excel, PowerPoint).</li> <li>• Sistema de emergencias, sistema de referencia y contra referencia</li> <li>• Geo referenciar local y hospitalaria</li> <li>• Conocimiento de Sistema general de seguridad en salud.</li> <li>• Manejo y uso de radiocomunicación y lenguaje codificado.</li> </ul>   |  |
| REQUISITOS DE FORMACIÓN   |  |
| FORMACIÓN   | REQUISITOS   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Orientación a resultados</li> <li>• Orientación al usuario y al ciudadano</li> <li>• Transparencia</li> <li>• Compromiso con la Organización</li> </ul>  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Manejo de la Información</li> <li>• Adaptación al cambio</li> <li>• Disciplina</li> <li>• Relaciones Interpersonales</li> <li>• Colaboración</li> </ul> |
| REQUISITOS DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA   |  |
| REQUISITOS DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA   | REQUISITOS DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA  |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Título de Bachiller en cualquier modalidad.</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Doce (12) meses de experiencia relacionada con sus funciones.</li> </ul>  |

En ese sentido, se evidencia que las labores administrativas, que desempeñó el demandante las ejercen empleados de planta de la entidad; sin embargo, como quedó sentado en los contratos de prestación de servicios y en las justificaciones de los mismos, para el correcto desarrollo de su objeto misional fue necesario la contratación del señor John Alexander Rodríguez Polo, debido a la falta de personal del Hospital Pablo VI Bosa E.S.E.

Así las cosas, en el caso *sub examine* es aplicable el principio de “*la primacía de la realidad sobre formalidades*”, pues es indudable que el demandante se encontraba en las mismas condiciones de los empleos de **Auxiliar Administrativo – Código 407 – Grados 09 y 11**, cargo que

pertenece a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de las órdenes y contratos suscritos entre el Hospital Pablo VI Bosa E. S. E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E. S. E. y el señor John Alexander Rodríguez Polo, razón por la cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que haya lugar, debidamente indexadas como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer al demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Ahora bien, es importante advertir que no por el hecho de que se tipifique la relación laboral 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, y, pese a que el empleo desempeñado por el actor hace parte de la planta de personal del Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., no se reúnen a satisfacción los demás requisitos.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, mediante la sentencia proferida el 21 de julio de 2016, dentro del proceso No. 25000-2325-000-2010-00373-01, señaló:

*“En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante no se le puede otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce*

*plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos<sup>11</sup>, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión<sup>12</sup>.*

*Con lo anterior se tiene que en este punto no le asiste razón al a quo cuando decidió negar la pretensión referida al reconocimiento en favor de la accionante de estas últimas prestaciones, por lo que se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos”.*

## **5.6. De las prestaciones sociales**

### **5.6.1. Pago del concepto de vacaciones**

Respecto a la compensación en dinero de las vacaciones el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 19 de abril de 2018, dentro del expediente No. 81001-23-33-3000-2013-00096-01, señaló:

*“Sobre el carácter jurídico de las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «contrato realidad-, sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios-, no obstante lo cual, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:*

*Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste*

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse** en un **75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

*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. Cesantías, intereses y sanción moratoria por el no pago de las cesantías.**

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en Sentencia del 6 de octubre de 2016, señaló:

*“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, **el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.** En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a 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 prestación de servicios entre las partes inmersas en la *litis*, se encontraba en discusión dicho derecho y solo se hacen exigibles a partir de la sentencia que las reconozca.

### **5.6.3. 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.

#### **5.6.4. De la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente.**

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E”, C. P. Dr. Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon, en la sentencia proferida el 10 de agosto de 2018, dentro del proceso No. 11001-33-31-030-2012-00117-01, precisó:

*“De otra parte, tal y como lo dispuesto el juez de primera instancia **no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados por la actora por concepto de retención en la fuente** y pagos de pólizas de seguros, pues si bien como se dijo la vinculación de origen contractual se desnaturalizó, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con motivo de la relación laboral oculta, más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato”. (Negrilla del Despacho).*

Posteriormente, la referida Corporación Judicial, Sección Segunda Subsección “B” en sentencia del 28 de febrero de 2019<sup>13</sup>, Magistrado Ponente: Doctor Alberto Espinosa Bolaños, señaló:

*“(…) En cuanto a la **devolución de retefuente** y rete ICA pretendidas por el actor, **no es del caso acceder a ello**, toda vez, que tratándose de valores pagados por concepto de retención en la fuente o rete ICA en contratos realidad, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó, que ‘... este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta,*

---

<sup>13</sup> Actor: Jorge Arturo Acuña García, Demandado: Ministerio de Justicia y otro

*empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión<sup>14</sup>* (Negrilla fuera del texto original).

Bajo dicho marco jurisprudencial, se concluye que no es dable ordenar a la entidad demandada que realice el reembolso al actor de la retención en la fuente que aduce se efectuó sobre cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos, ya que comprenden dineros que en su momento se giraron a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, lo que hace irreversible tal situación, razón por la cual no se dispondrá el reconocimiento y pago de dichos conceptos a favor del señor JOHN ALEXANDER RODRÍGUEZ POLO.

#### **5.6.5. Cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar.**

Respecto de las cotizaciones a las Cajas de Compensación Familiar, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”<sup>15</sup>, refirió:

“(…)

*Bajo los anteriores supuestos, observa la Subsección que en el caso concreto no se acreditó por parte del señor Luis Eduardo Moreno Caro la calidad de beneficiario del subsidio familiar reprochado, pues el artículo 5° de la citada Ley 21 de 1982 prevé que “El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios...”, enlistando los requisitos en su artículo 18, así:*

*“1°. Tener el carácter de permanentes.*

*2°. Encontrarse dentro de los límites de remuneración señalados en el artículo 20;*

*3°. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajado indicados en el artículo 23, y*

*4°. Tener personas a cargo, que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el Capítulo IV de esta ley.”*

*De cuyo numeral cuarto, el artículo 27 establece que darán derecho al*

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de junio de 2013, C.P., Dr. Luis Rafael Vergara Quintero y Sentencia de 27 de abril de 2016, rad. 68001-23-31-000-2010-00090-01(3480-14). C.P. Dr. William Hernández Gómez.

<sup>15</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”, C P. Dr.: César Palomino Cortés, mediante sentencia del 14 de marzo de 2019, expediente No. 15001-23-31-000-2012-00042-01(3246-15), actor: Luis Eduardo Moreno Caro, demandado: Departamento de Boyacá – Casa del Menor Marco Fidel Suárez.

*subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:*

*“1°. Los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros.*

*2°. Los hermanos huérfanos de padre.*

*3°. Los padres del trabajador”.*

*Y a renglón seguido, determina que esos familiares se consideran personas a cargo cuando convivan y dependan económicamente del trabajador, sumado a que se hallen dentro de los condicionamientos indicados en el articulado sucesivo”.*

Del anterior criterio jurisprudencial, se colige que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los aportes correspondientes a la Caja de Compensación Familiar, en razón a que no demostró estar dentro de los presupuestos para ser beneficiario del subsidio familiar.

#### **5.6.6. De la indemnización por perjuicios morales.**

Solicita el demandante que se condene a la entidad demandada al pago de los perjuicios morales sufridos en cuantía de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, petición que será denegada, toda vez que no se acreditó el perjuicio que afirma le fue causado por la entidad demandada al no vincularlo a través de una relación legal y reglamentaria.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “C”, en Sentencia del 26 de septiembre de 2018, Magistrada Ponente: Amparo Oviedo Pinto<sup>16</sup>, señaló:

*“(…)*

*Hemos de decir que el pago de prestaciones sociales, es un derecho laboral que debe ordenarse a título de restablecimiento del derecho como consecuencia de la nulidad del acto que negó el pago de prestaciones deprecadas por la realidad de la prestación del servicio, y procede por autorización del artículo 138 del C.P.A.C.A., **condena que difiere de la indemnización de perjuicios que deviene de un posible daño adicional que en cada caso deberá probarse.***

*(…)*

*Procedería la reparación del daño, siempre y cuando se pruebe adicionalmente a las causales de nulidad del acto, **el daño, la relación de causalidad entre el acto y el daño, y el título de imputación a la administración**, esto es que dicho daño tenga la misma causa o sea el acto ilegal. **La declaratoria de nulidad, no***

<sup>16</sup> Demandante: Néstor Guillermo Montaña, demandada: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA

**genera automáticamente la obligación de reparación de daño adicional alguno.**

(...)"

### **5.7. De la prescripción.**

En este acápite se estudiará el fenómeno de la prescripción propuesto por la entidad demandada, precisando que este Despacho en las controversias orientadas a la declaración de la existencia de una relación laboral, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, había adoptado el 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<sup>17</sup>, según la cual “... **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**”, y en ese sentido, daba aplicación, a lo dispuesto 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), que dispuso que “... *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*”.

Ahora bien, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-

---

<sup>17</sup> Asunto: sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro, temas: contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre del mismo año, respecto al fenómeno prescriptivo, dispuso:

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

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

138. Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. Tanta ha sido la heterogeneidad de las decisiones, que en algunas providencias se han computado plazos que van desde «un día», «15 días hábiles»; y, unas menos, hasta más de un mes inclusive. De ahí la necesidad de unificar la jurisprudencia de la Sección en torno a un término de referencia de interrupción y a la definición del momento desde el cual debe iniciarse su cómputo, con el objetivo de identificar si se produjo o no la ruptura de la unidad contractual y, de concretarse esta, la consecuente prescripción de los derechos reclamados.

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

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el

legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.

(...)”.

Y más adelante, agregó:

### **“3.2.1. Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia**

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. Con todo, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

[...] 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.

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

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

149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

### **3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad**

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se reitera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, **se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.**

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse” (Negrilla del texto original).

Así las cosas, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual debe tenerse en cuenta un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, para efectos de determinar la ocurrencia de la prescripción.

Ahora bien, de conformidad con la certificación expedida por la Unidad Funcional de Talento Humano del Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., del 03 de junio de 2016, así como de los contratos aportados al plenario, los

mismos fueron celebrados así:

Del 01 de febrero de 2007 al 21 de julio de 2009

Del 22 de julio de 2009 al 30 de junio de 2010

Del 01 de julio de 2010 al 31 de diciembre de 2010

Del 03 de enero de 2011 al 30 de junio de 2011

Del 08 de julio de 2011 al 31 de diciembre de 2011

Del 02 de enero de 2012 al 31 de marzo de 2012

Del 01 de abril de 2012 al 31 de diciembre de 2012

Del 02 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2013

Del 02 de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2014

Del 02 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2015

Del 01 de enero de 2016 al 30 de junio de 2016

Como puede verse, entre los contratos de prestación de servicios, **no existieron lapsos de interrupción superiores a los treinta (30) días hábiles** a los que hace alusión la sentencia de unificación citada anteriormente, por lo que se concluye que el demandante prestó sus servicios de forma continua e ininterrumpida desde el **01 de febrero de 2007 al 30 de junio de 2016**.

Así las cosas, en consideración a que el demandante presentó reclamación administrativa mediante escrito del **11 de julio de 2017** y que en los contratos celebrados hubo vocación de permanencia en la labor, se concluye que no se configuró fenómeno prescriptivo alguno.

#### **5.8. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por la parte actora al Sistema de Seguridad Social en Salud.**

Respecto a los aportes efectuados en exceso a salud por el contratista, el Despacho era del criterio de reconocer a título de reparación integral del daño, el pago de dichos aportes en el porcentaje correspondiente al empleador, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "B", C. P. Gerardo Arenas Monsalve, en la sentencia proferida el 4 de febrero

de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, al indicar: “*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*”.

Sin embargo, en la aludida sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 9 de septiembre de 2021, aclarada el 11 de noviembre del mismo año, se dispuso la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el Contratista al Sistema de Seguridad Social en Salud, así:

***“3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.*”**

*163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.*

*164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».*

*165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es*

procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal** (Negrilla del texto original y subrayado del despacho).

Y más adelante, indicó:

“236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». 137 Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley 138, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal» (Negrillas del texto original).

En ese sentido, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en la providencia referenciada, en el sentido de que es improcedente el reembolso de los aportes a salud que el contratista hubiese realizado de más, por tratarse de contribuciones de pago obligatorio, con una destinación específica y con carácter parafiscal.

Por lo anterior, no procede ordenar la devolución de los aportes a salud que efectuó el demandante en su calidad de contratista del Hospital Pablo VI Bosa E.S.E., como quiera que éstos fueron debidamente cotizados al Sistema General de Seguridad Social al existir una obligación legal de realizar dicha contribución, los cuales por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal no admiten otro tipo de destinación que el

sostenimiento mismo del sistema sanitario.

### **5.9. De los aportes no efectuados por el contratante al Sistema General de Pensiones.**

Sobre el particular, es menester precisar que en la misma sentencia de Unificación que se viene de leer, sobre los aportes no efectuados por la parte contratante al fondo de pensiones, se dispuso:

*“De igual manera la entidad demandada deberá a título de restablecimiento del derecho tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante (sobre los honorarios pactados), dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Manco Quiroz como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.*

*Por último, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema general de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación y, en el evento de no haberlo hecho o existir diferencia en su contra deberá pagar o completar según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora”.*

En consecuencia, la entidad demandada deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones del actor la suma faltante por concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, con fundamento en el Ingreso Base de Cotización correspondiente a los honorarios pactados.

## **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,

## **VI. RESUELVE**

**PRIMERO.- DECLARAR** la existencia de la relación laboral entre el señor **JOHN ALEXANDER RODRÍGUEZ POLO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.191.556 de Bogotá y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. (antes HOSPITAL PABLO VI BOSA E.S.E.).

**SEGUNDO.- DECLARAR** la nulidad del Oficio No. 629 con fecha de elaboración 26 de julio de 2017, y radicado No. 32007 del 28 de julio de la misma anualidad a través del cual la doctora Heyde del Carmen Rodríguez Pérez, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad 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 OCCIDENTE E.S.E., **RECONOCER Y PAGAR** al señor JOHN ALEXANDER RODRÍGUEZ POLO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.191.556 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 **01 de febrero de 2007 y el 30 de junio 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 OCCIDENTE E.S.E. a **EFECTUAR** las correspondientes cotizaciones al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta la totalidad del tiempo laborado por el señor JOHN ALEXANDER RODRÍGUEZ POLO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.191.556 de Bogotá, tomado el ingreso base de cotización o IBC pensional de éste, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes. De existir diferencias entre los aportes dados y los que se debieron realizar, **COTIZAR** la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Lo anterior, una vez la parte actora acredite 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.

**QUINTO.-** Sin costas a cargo de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE - E.S.E.

**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.<br>Notificación por estado   |
| La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 001 de hoy 28 de enero de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.                     |
| <br>LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO<br>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:

**38a1df6a0460228e6cd435af912ae39a395ffc27e37e271b3d45a50c4f  
f2e17a**

Documento generado en 24/01/2022 10:44:54 AM

**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., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 110013335018-**002018-00124**-00 (Al QUE SE LE  
ACUMULÓ EL EXPEDIENTE  
1100133424820180025600)  
Demandante: **HUGO ARMANDO FRANCO GONZÁLEZ**  
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO  
NACIONAL  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **HUGO ARMANDO FRANCO GONZÁLEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.037.055, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó sendas demandas en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, correspondiendo dictar sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1. PRETENSIONES.**

Las pretensiones en que se sustentan las demandas fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 3 de marzo de 2020, 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 actora dentro de los dos procesos alude a los siguientes hechos:

**1.2.1.** Manifestó que el señor Hugo Armando Franco González ingresó como alumno a la Escuela Militar de Cadetes “José María Córdova”, el 10 de enero de 1997, ascendiendo a los grados de Subteniente el día 1 de diciembre de 2000, Teniente el 3 de diciembre de 2004, Capitán el 6 de diciembre de 2008 y Mayor el 10 de diciembre de 2013.

**1.2.2.** Señala que una vez ascendió al grado de Mayor, el actor se desempeñó en los siguientes cargos:

-Comandante de la Fuerza de Apoyo San Marcos, luego trasladado del Comando de la Brigada No. 11 al Batallón de Infantería No. 22 Junín, donde fue nombrado como Oficial de Instrucción y Operaciones, desde el 9 de diciembre de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2014.

-Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Infantería No. 33 Junín desde el 1 de diciembre de 2014 hasta el 16 de marzo de 2016.

-Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Infantería Motorizado No. 43, Efraín Rojas Acevedo, desde el 17 de marzo de 2016 hasta el 15 de febrero de 2017.

-Oficial de reglamentación y Doctrina de la Brigada de Comandos del Ejército Nacional y luego fue trasladado al regimiento de Fuerzas Especiales No. 1, para desempeñarse como Oficial de Instrucción y entrenamiento, cargos que desempeñó desde el 16 de febrero de 2017 hasta el 21 de diciembre del mismo año.

**1.2.3.** Manifiesta que durante el grado de mayor fue evaluado y clasificado entre el nivel “*MUY BUENO*” y “*EXCELENTE*”.

**1.2.4.** Aduce que a partir del mes de enero de 2017, el actor fue considerado para ser llamado a adelantar el curso de estado mayor 2018 (CEM -18), requisito para ascender al grado de Teniente Coronel y, en tal virtud, se le ordenó que realizara la evaluación psicológica por competencias 360°, tal como consta en el radiograma 20173010080673

del 10 de enero de 2017.

**1.2.5.** Afirma que para el ascenso del demandante sus superiores, los Tenientes Coroneles Carlos Eduardo Portilla Vidal y Juan Pablo Vélez Zapata, rindieron conceptos favorables sobre su idoneidad profesional.

**1.2.6.** Señala que el 4 de abril de 2017, el Comando del Ejército Nacional expidió el plan No. 01450, mediante el cual se emitieron instrucciones para la evaluación y estudio de los oficiales de Grado Mayor, considerados para ingresar al Curso de Estado Mayor (CEM), y Curso de Información Militar (CIM) 2018.

**1.2.7.** Manifiesta que mediante el Radiograma No. 1882 del 3 de junio de 2017, se ordenó al mayor Hugo Armando Franco González la presentación del examen psicológico – poligrafía.

**1.2.8.** Aduce que el 17 de julio de 2017, mediante radiograma No. 20171103217193, el Comandante del Ejército Nacional, ordenó la presentación del Mayor Hugo Armando Franco González como aspirante al Curso de Estado Mayor CEM -18- con el fin de que adelantara la prueba física.

**1.2.9.** Señala que el Comité CEM –CIM 2018 emitió el Acta No. 99049 del 2 de octubre de 2017, en la cual se consignó que el Comité de Evaluación recomendó que el actor no debe ser tenido en cuenta para ingreso a curso, puesto que no reúne los lineamientos éticos y profesionales para ascender a un grado superior, al no contar con la confianza del mando para signarle cargos de mayor responsabilidad, lo que afecta el servicio y no permiten que éste desempeñe deberes de mayor envergadura en áreas administrativas y operacionales.

**1.2.10.** Argumenta que el 5 de octubre de 2017, el Comandante de Personal del Ejército Nacional entregó las cartas de convocatoria a Curso de Estado Mayor a los Oficiales que habían sido seleccionados para tal efecto, haciendo referencia a que esa decisión había sido adoptada por el Comandante de dicha Fuerza, acogiendo las recomendaciones del Comité de Evaluación de los Oficiales Superiores de Grado Mayor; sin embargo, el

actor no recibió carta como seleccionado, sin obtener ninguna explicación sobre el particular.

**1.2.11.** Afirma que el 9 de octubre de 2017, el demandante solicitó al Comandante del Ejército Nacional que reconsiderara la decisión de no seleccionarlo para adelantar el curso de Estado Mayor.

**1.2.12.** Aduce que mediante Acta No. 04346 del 20 de octubre de 2017, se señaló que realizado el estudio por el Comité de Evaluación para llamamiento a curso CEM CIM 2018, se pudo establecer que fue un proceso detallado y fundamentado en un análisis juicioso y metódico de todos los aspectos de la carrera militar, familiar y personal, ratificando la decisión adoptada respecto del demandante.

**1.2.13.** Sostiene que el 25 de octubre de 2017, mediante radiograma No. 20173055141283, le fue comunicado al actor que el Comité mantuvo su decisión de no incluirlo para la presentación de los exámenes de admisión para el referido curso.

**1.2.14.** Manifiesta que el día 30 de octubre de 2017, el Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional emitió un documento a través del cual nombró a un personal como padrino de los señores mayores no llamados a curso de ascenso, entre ellos, al actor.

**1.2.15.** Argumenta que el último lugar de servicios del demandante fue en el Regimiento de Fuerzas Especiales No. 1 con sede en Bogotá.

**1.2.16.** Señala que mediante derecho de petición del 15 de enero de 2018, el actor solicitó información y las documentales correspondientes que rodearon su no llamamiento a curso CEM 2018, otorgándosele respuesta y entrega de los mismos a través de los Oficios Nos. 20183050148021 del 29 de enero y 20183120168831 del 31 de enero, ambos de 2018.

**1.2.17.** Manifiesta que el demandante fue retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios mediante la Resolución No. 9474 del 22 de diciembre de 2017, expedida por el Ministro de Defensa Nacional.

**1.2.18.** Señaló que fueron radicadas las solicitudes de conciliación el 2 de febrero de 2018, ante la Procuraduría 9ª Judicial II para Asuntos Administrativos (Proceso 2018-00124) y el 18 de abril del 2018 ante la Procuraduría 50 Judicial II para Asuntos Administrativos, (Proceso 2018-00256), las cuales se declararon fallidas ante la falta de ánimo conciliatorio.

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

La parte actora dentro de los dos procesos estima desconocidos los artículos 2, 25, 29, 53, 125 y 217 Constitucionales, artículo 3º numerales 1 a 5, 8 y 9 de la Ley 1437 de 2011, artículos 49, 51, 52, 53, 68 y 103 del Decreto 1790 de 2000, artículos 1 a 5, 29, 33 a 38, 40, 44, 49 a 56, 60, 64, 65 y 75 del Decreto Ley 1799 de 2000.

Señala que constitucionalmente los miembros de las Fuerzas Militares pertenecen a un régimen especial de carrera, motivo por el cual no son de libre nombramiento y remoción y, por tanto sus ascensos, derechos, obligaciones, promoción, capacitación y retiro deben ceñirse a las normas legales vigentes.

### **2.1. Frente a la no consideración del actor para el ingreso al curso de Estado Mayor (Proceso 2018-00124):**

Indica que la decisión del Comando del Ejército Nacional de no considerar al demandante para el curso de Estado Mayor, es abiertamente violatoria, pues no fue adoptada siguiendo el debido proceso establecido en la Ley, en el sentido, de no elaborarse una lista de clasificación, con fundamento en su folio de vida y las listas de evaluación anual correspondientes al grado de Mayor, evidenciándose una clara desviación de poder.

Manifiesta que con la expedición de los actos demandados se violentaron flagrantemente los principios de objetividad, publicidad e imparcialidad, en razón que se ocultó la información de los evaluados, se negó la entrega de

documentos y se presentaron argumentos genéricos, subjetivos y sin fundamento, para no recomendar al actor para adelantar el curso de Estado Mayor, por lo que se infringieron las normas en que debían fundarse.

Señala que en los actos administrativos por medio de los cuales no se recomendó el ingreso del demandante al mencionado curso, se afirmó que éste no reúne los lineamientos éticos y profesionales para ascender a un grado superior, al no contar con la confianza del mando para asignarle cargos de mayor responsabilidad, aspectos que son contradictorios con su folio de vida, pues en el mismo se encuentra consignado que es un profesional de superlativas condiciones éticas y militares, no presenta llamados de atención, recibió un importante número de felicitaciones y reconocimientos por su gestión profesional, siendo clasificado en lista dos (nivel muy bueno) y lista uno (nivel excelente).

Argumenta que la razón por la cual el demandante no recibió un concepto favorable por parte del Comité de Evaluación, no obstante, su excelentes condiciones profesionales y alta calificación, fue la existencia de informes secretos o exclusivos del comando, ocultados a los evaluados, que tramitaron en su contra Oficiales Superiores, fundados en razones de tipo personal e incluso ilegal.

## **2.2. Respecto del retiro del servicio del actor por la causal de llamamiento a calificar servicios (Proceso 2018-0256):**

Afirma que a partir de la sentencia SU-091 de 2016, la H. Corte Constitucional definió jurisprudencialmente que los actos administrativos de retiro de los miembros de la fuerza pública por la causal de llamamiento a calificar servicios no requieren de motivación expresa, toda vez que la misma se encuentra contenida en la propia ley, esto es, cumplir con el tiempo de servicio para ser acreedor del derecho de asignación de retiro y la recomendación previa de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional; sin embargo, ello no impide el control judicial del acto de retiro para evitar el uso de dicha causal como mecanismo fraudulento de discriminación o abuso de poder.

Alude a que, la facultad de llamamiento a calificar servicios no es absoluta y que, dentro del marco de la legalidad debe responder a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y utilidad administrativa, de forma tal, que se adopte dentro del marco legal que rige la carrera administrativa especial de los miembros de la Fuerza Pública.

Anota que en el caso de demandante el llamamiento a calificar servicios se produjo única y exclusivamente porque el Comando del Ejército no lo consideró para efectuar el curso de Estado Mayor CEM 2018, encontrándose ligadas dichas decisiones, pues desde el mismo momento en que se adoptó esta última, se le insinuó a aquél que solicitara su retiro por voluntad propia, de forma tal que para establecer si el llamamiento a calificar servicios se constituye en un acto discriminatorio o de abuso de poder resulta ineludible analizar la decisión que le antecedió y que en últimas dio lugar al acto demandado.

Señala que el acto administrativo objeto de control judicial es abiertamente violatorio de todas y cada una de las normas señaladas como vulneradas, toda vez que fue emitido por el Ministerio de Defensa Nacional, aduciendo el uso de la facultad de llamamiento a calificar servicios, instrumento que de conformidad con la Jurisprudencia no requiere de motivación particular, en tanto que la misma es de orden legal; sin embargo, reitera que el retiro del actor tiene su origen en el hecho de no haber sido considerado para el curso de ascenso de Estado Mayor 2018, siendo falsamente motivado.

Manifiesta que una prueba fehaciente de ese postulado argumentativo es la conexidad temporal que existe entre la decisión de no recomendar al actor al ingreso al Curso de Estado Mayor 2018 y la adopción de la decisión de retiro.

Aduce que se violentaron flagrantemente los principios de objetividad, publicidad e imparcialidad, con la expedición del acto demandado, toda vez que el proceso seguido para el retiro del actor se basó en criterios eminentemente subjetivos, sin ningún tipo de evaluación formal en contravía de lo dispuesto en la sentencia SU 091 de 2016, pues por el solo

hecho de haber obtenido el derecho a la asignación de retiro no es dable retirarlo de la institución.

Argumenta que el retiro del actor es abiertamente contradictorio con su folio de vida, pues éste refleja que es un oficial de superlativas condiciones éticas y militares, no presenta llamados de atención, el cual recibió durante su trayectoria profesional un importante número de felicitaciones y reconocimientos por su brillante gestión, demostrando siempre cumplir con los méritos, aptitudes y capacidades para ascender en su carrera militar y continuar en servicio activo, siendo clasificado en los niveles bueno y muy bueno desde el año 2013 al año 2017.

Señala que el actor cuenta con el perfil profesional para desempeñar deberes de mayor envergadura en las áreas administrativas y operacionales, pues fue Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Infantería No. 33 Junín y del Batallón de Infantería Motorizado No. 43, Efraín Rojas Acevedo, cargo en el cual debió remplazar al Comandante en sus ausencias, obteniendo excelentes resultados.

### **III. CONTESTACIÓN**

La apoderada de la entidad demandada mediante escritos del **2 de agosto y 9 de noviembre ambos de 2018**, se opuso a las pretensiones de las demandas, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Mencionó que la entidad que representa a través de los actos administrativos demandados, contempló unas decisiones totalmente ajustadas a derecho, pues los mismos tuvieron origen en los aspectos especiales de índole institucional que irradian la carrera militar, necesarios para garantizar el cabal cumplimiento de las tareas institucionales, entre ellos, observar que el concepto de buen servicio no se ciñe a las calidades laborales, sino a circunstancias de conveniencia y oportunidad que corresponde sopesar al nominador.

Manifestó que el actor fue retirado del servicio activo mediante la Resolución No. 9474 del 22 de diciembre de 2017, como resultado del

estudio previo realizado por la H. Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional, de conformidad con las disposiciones contempladas en los artículos 99, 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000.

Indicó que se encuentra acreditado en el expediente que el actor cumplía con el tiempo establecido en el Decreto 1211 de 1990, el cual en su artículo 163, contempla el derecho a la asignación de retiro, con más de 15 años de servicios y, en ese sentido, podía ser retirado por llamamiento a calificar servicios.

Adujo que frente a la pretensión correspondiente a que se le reconozcan al actor los ascensos, no hay lugar a ello de acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, como quiera que la promoción a otro grado supone una serie de presupuestos que solo se cumplirían si el demandante se encontrara en servicio activo.

Afirmó que el Juez Contencioso Administrativo no puede decretar ascensos de Oficiales de la Fuerza Pública, por cuanto ellos no son espontáneos o automáticos, sino que junto con las condiciones establecidas en el artículo 51 del Decreto 1790 de 2000, son resultado de la reunión de los requisitos que se deben acreditar, de conformidad con el artículo 52 del mismo Decreto.

Sostuvo que la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en señalar que no es posible decretar ascensos de forma retroactiva, pues no es el Juez el llamado a decidir si el personal cumple o no con las condiciones que le permitirían acceder al grado inmediatamente superior, las cuales se deben acreditar en todo caso en servicio activo y no se pueden suplir con el simple paso del tiempo.

De otro lado, señaló que el llamamiento a calificar servicios es una decisión que si bien conduce al cese de las funciones del oficial o suboficial en servicio activo que termina sus actividades, ese hecho no constituye sanción, castigo, despido ni exclusión deshonrosa sino es una figura que se convierte en un valioso instrumento de la Administración Pública para relevar jerárquicamente a sus miembros en el evento de requerirse.

Argumenta que el Gobierno Nacional por intermedio del Ministro de Defensa Nacional ejerció su poder, cuando de manera libre tomó la decisión de llamar a calificar servicios al actor, procedimiento que le permite reestructurar el poder jerárquico de mando y conducción de la Fuerza Pública, disponer de atribuciones jurídicas suficientes para sustituir a los mandos con celeridad, cuando así las necesidades y conveniencias lo recomienden, atendiendo la normatividad vigente, es decir el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000.

Sostuvo que en los casos del llamamiento a calificar servicios, la motivación está contenida en la Ley que establece las condiciones para que el mismo se produzca, por lo que no es necesaria una motivación adicional al acto, es decir, solo se exige que la persona haya reunido los requisitos establecidos para tener derecho a la asignación de retiro.

En el mismo sentido, aludió que el apoderado de la parte demandante hace alusión en los libelos demandatorios a las causales de nulidad que contempla el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011; sin embargo, le correspondía a él cumplir con el deber de probar que los actos administrativos demandados fueron proferidos de manera ilegal, con falsa motivación o desviación de poder, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia 091 de 2016, en la cual se dispuso que quien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes y tendrá a su carga la demostración probatoria de que se efectuó con propósitos discriminatorios o fraudulentos.

Refirió que el concepto del buen servicio no se ciñe solo a las calidades militares del servidor, sino que comporta circunstancias de conveniencia, oportunidad, disponibilidad presupuestal y planta de personal, que corresponde sopesar al nominador, amén que la causal por la que fue retirado el actor no exige la disposición legal que se efectúe un juzgamiento de la conducta del servidor público, pues lo que se persigue en ningún momento es la penalización de las faltas sino la necesaria renovación de los cuadros de mando de la Fuerza Pública, con la observancia de todas las garantías procesales y sustanciales de los

oficiales que son objeto de esa medida, a diferencia del retiro por voluntad del Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad discrecional.

De otra parte, dentro del proceso **2018-00124-00** la apoderada de la entidad demandada propuso la excepción de “**INEPTA DEMANDA POR NO HABERSE INTEGRADO EL ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO OBJETO DE LA DEMANDA**”, la cual fue resuelta en la Audiencia inicial llevada a cabo el 3 de marzo de 2020, denegándose su prosperidad.

A su vez, dentro de los dos procesos se propuso la excepción de **legalidad del acto definitivo demandado**, al señalarse que los actos demandados no están incurso en las nulidades de que trata el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues no hay infracción a normas superiores, como tampoco falta de competencia de la persona que expidió los mismos, ni fueron proferidos de forma irregular, por el contrario, se encuentran ajustados a la Ley.

#### **IV. ALEGATOS**

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

La apoderada del actor mediante escrito del **4 de octubre de 2021**, allegado vía correo electrónico, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y luego de citar la sentencias C-819 del 9 de agosto de 2005, SU-091 de 2016 y SU 237 de 2019, indicó que en el presente caso se desconoció que los miembros de las Fuerzas Militares pertenecen a un régimen de carrera administrativa que les es propio al no ser funcionarios de libre nombramiento y remoción, por tanto, las decisiones de permanencia y retiro deben estar ceñidas a la normatividad legal que los rige.

Afirma que las documentales obrantes dentro del proceso, dan cuenta de la expedición de directrices adicionales a las normas que rigen la materia de ascensos, como el plan No. 01450, creado para el proceso de selección de personal de los oficiales de grado Mayor considerados para

ingreso al curso de Estado Mayor 2018, mediante el cual se establecieron entre otras, la prueba de poligrafía, la cual no se encuentra expresada en ningún aparte de los Decretos Ley 1790 y 1799 de 2000, circunstancia que conlleva a que ese actuar sea ilegal por faltar a la Ley.

Señala que la decisión de retirar al actor del Ejército Nacional tuvo como antecedente no haber sido convocado al curso para ascenso al grado de Teniente Coronel, tal como quedó plasmado en el Acta 99049 del 2 de octubre de 2017, pese a que cumplía con todos los requisitos formales para el efecto, haciéndole falta únicamente la aprobación del curso reglamentario, para el cual se nombró un comité de Evaluación, quien usando argumentos que faltaron a la verdad realizó dicha recomendación.

Argumenta que con la expedición de los actos acusados, la entidad demandada desconoció la normatividad en que debía fundamentarse, afectándose el ingreso del actor al curso reglamentario de ascenso lo que conllevó a la pérdida de continuidad en el servicio, máxime cuando el Comité de Evaluación no tenía competencia para el efecto, pues dicha función está asignada a la Junta Clasificadora del Ejército Nacional.

Sostiene que el retiro del demandante por la facultad de llamamiento a calificar servicios es irregular, pues se dio luego de haber compelido el mismo por solicitud propia, pues el 5 de octubre de 2017, al personal de grado mayor que no fue seleccionado para el curso de estado mayor CEM 2018, les fue entregado un sobre con formatos para trámites de retiro y les fue nombrado un padrino para asesorarlos en los temas de cesantías y asignación de retiro.

Anota que del Acta 99049 del 2 de octubre de 2017 y del resultado de las pruebas 360°, practicadas en el marco del proceso de evaluación y determinantes para la selección de personal, se concluye que fueron convocados oficiales con menor calificación del actor y luego ascendieron al grado de Teniente Coronel.

Señala que el acto administrativo de retiro se limitó a verificar el cumplimiento de los requisitos objetivos y omitió dar cumplimiento a la finalidad de la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios que es

precisamente la renovación del personal, dando paso al ascenso y continuidad en el servicio activo al personal más sobresaliente.

Sostiene que la Junta Asesora el Ministerio de Defensa Nacional ignoró por completo el proceso de evaluación y clasificación contenidos en los Decretos 1790 y 1799 de 2000, pues la recomendación de retiro del actor no se fundamentó en la evaluación objetiva de los folios de vida y listas de clasificación, lo que también prueba que dicha decisión no se adoptó con el ánimo de mejorar el servicio ni por las necesidades del mismo.

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

La apoderada de la parte demandada, dentro de la oportunidad no presentó alegatos de conclusión.

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

La señora Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

Frente a la excepción de **legalidad del acto administrativo demandado** este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de las demandas, sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impide al Despacho resolver de fondo los asuntos, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

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

Obran en los dos expedientes los siguientes documentos que sustentan los hechos y pretensiones:

##### **5.2.1. Relativas al curso de Estado Mayor (CEM) y curso de información Militar (CIM) 2018.**

**5.2.1.1** Plan No. 01450 del 4 de abril de 2017, por el cual el Comando del Ejército Nacional emitió las instrucciones para la evaluación y estudio de los oficiales de grado mayor considerados para ingresar al curso de Estado Mayor (CEM) y curso de información Militar (CIM) 2018.

**5.2.1.2.** Radiogramas del 10 de enero, 3 de junio y 17 de julio, todos de 2017, por medio de los cuales se indicaron las fechas para la realización de la evaluación psicológica por competencias 360°, se citó entre otros, al actor al examen psicofisiológico – poligrafía y a la presentación de la pista de atletismo escuela militar de cadetes.

**5.2.1.3. Acta No. 99049 del 2 de octubre de 2017**, en la cual se dejó constancia que el 26 de septiembre de dicha anualidad, el Brigadier General Marcos Evangelista Pinto Lizarazo, Presidente del Comité Evaluador y los señores Oficiales Evaluadores, bajo promesa de honor Militar afirman que efectuaron el estudio final del personal de Oficiales Superiores de grado Mayor, considerados para realizar Curso de Estado Mayor, en la que se decidió:

|    |     |     |                                 |          |   |
|----|-----|-----|---------------------------------|----------|---|
| 13 | MY. | INF | FRANCO GONZALEZ<br>HUGO ARMANDO | 80037055 | EL COMITÉ DE EVALUACIÓN, RECOMIENDA QUE EL OFICIAL NO DEBE SER TENIDO EN CUENTA PARA INGRESO A CURSO, PUESTO QUE NO REÚNE LOS LINEAMIENTOS ÉTICOS Y PROFESIONALES PARA ASCENDER A UN GRADO SUPERIOR, AL NO CONTAR CON LA CONFIANZA DEL MANDO PARA ASIGNARLE CARGOS DE MAYOR RESPONSABILIDAD, LO QUE AFECTA EL SERVICIO EN RAZÓN A LOS MOTIVOS ANTERIORMENTE EXPUESTOS, NO PERMITEN QUE EL MILITAR DESEMPEÑE DEBERES DE MAYOR ENVERGADURA EN EL ÁREA ADMINISTRATIVA Y OPERACIONAL. |
|----|-----|-----|---------------------------------|----------|---|

**5.2.1.4.** Solicitudes del 9 y 17 octubre ambas de 2017, por medio de las cuales el actor deprecó al Comandante del Ejército Nacional y al Director Centro de Educación Militar, *respectivamente*, reconsiderar la decisión de no ser llamado a curso de ascenso (CEM).

**5.2.1.5. Acta No. 04346 del 20 de octubre de 2017**, a través de la cual

se efectuó el estudio y recomendación por parte del Comité de Evaluación de los Oficiales Superiores de Grado Mayor considerados para realizar curso de Estado Mayor y Curso de Información Militar 2018, en la cual se relacionó el «PERSONAL QUE NO SE RECOMIENDA PARA LLAMAR A CURSO CEMCIM 2018 “LISTADO GENERAL”», en los siguientes términos:

*“(...) Realizada la verificación del estudio realizada por el Comité de Evaluación para llamamiento a curso CEM CIM 2018, se pudo establecer que fue un estudio detallado y fundamentado en un análisis juicioso y metódico de todos los aspectos de la carrera militar, familiar y personal de los señores Oficiales en el grado Mayor que fueron estudiados, por lo que se ratifican las decisiones tomadas y no se considera el LLAMAMIENTO A CURSO CEM CIM 2018 del siguiente personal:*

*(...)*  
*INFANTERIA*

| <b>N°</b> | <b>GDO</b> | <b>ARMA</b> | <b>APELLIDOS Y NOMBRE</b>                       | <b>CC</b>       |
|-----------|------------|-------------|---|-----------------|
| <b>2</b>  | <b>MY</b>  | <b>INF</b>  | <b>HUGO<br/>ARMANDO<br/>FRANCO<br/>GONZALEZ</b> | <b>80037055</b> |

*(...)*”.

**5.2.1.6. Oficio No. 20173055141283 del 25 de octubre de 2017**, por el cual el Coronel Giovanni Valencia Hurtado, Director de Personal del Ejército Nacional, le informó al actor que el “COMITÉ MANTIENE DECISIÓN NO INCLUIRLO PRESENTACIÓN EXAMENES ADMISION X SEGÚN ACTA 04346 20 OCTUBRE DE 2017 X DIRECTOR DE PERSONAL EJERCITO NACIONAL”

**5.2.1.7. Evaluación de Desempeño profesional**, en la cual el Comité de Evaluación recomendó “ QUE EL OFICIAL NO DEBE SER TENIDO EN CUENTA PARA INGRESO A CURSO PUESTO QUE NO REUNE LOS LINEAMIENTOS ÉTICOS Y PROFESIONALES PARA ASCENDER A UN GRADO SUPERIOR, AL NO CONTAR CON LA CONFIANZA DEL MANDO PARA ASIGNARLE CARGOS DE MAYOR RESPONSABILIDAD, LO QUE AFECTA EL SERVICIO EN RAZÓN A LOS MOTIVOS ANTERIORMENTE EXPUESTOS, NO PERMITEN QUE EL MILITAR DESEMPEÑE DEBERES DE

MAYOR ENVERGADURA EN EL ÁREA ADMINISTRATIVA Y OPERACIONAL, relacionándose los siguientes aspectos:

**i) Puntajes:**

a) Desempeño profesional:

- *SUBTOTAL ASPECTOS POSITIVOS: 2800*
- *SUBTOTAL ACCIONES POSITIVAS: 1005*
- *Aspectos negativos: 0*

b) TOTAL PUNTOS CARGOS DESEMPEÑADOS: 6987

c) TOTAL PUNTOS CAPACITACIÓN Y PREPARACIÓN PROFESIONAL:  
515

d) PRUEBA FÍSICA 2000

**5.2.1.8.** Oficio No. 2021360000441541 del 4 de marzo de 2021, a través del cual el Director Gestión Humana de Competencias de la Dirección de Gestión Humana por Competencias. informó los resultados obtenidos por el señor MY. Hugo Armando Franco González, en la prueba 360°, así:

| 360°     | PRUEBA DE COMPETENCIAS | PRUEBA DE PERSONALIDAD | PRUEBA DE VALORES | ENTREVISTA | TOTAL      |
|----------|------------------------|------------------------|-------------------|------------|------------|
| 8,86/10% | 15,38/20%              | 13,75/15%              | 12,25/15%         | 36,00/40%  | 86,24/100% |

**5.2.1.9.** Copia de los resultados de las pruebas 360° practicadas al personal de oficiales de Grado Mayor que estaban siendo considerados para curso estado mayor CEM-2018, entre ellos al actor, el cual fue calificado, así:

| 360° (1) | Competencias (2) | Personalidad (3) | Valores (4) | Entrevista (5) | 1     | 2      | 3      | 4      | 5     | Calificación | Ranking |
|----------|------------------|------------------|-------------|----------------|-------|--------|--------|--------|-------|--------------|---------|
| 8.9      | 1000             | 33.0             | 245.0       | 27.0           | 8.86% | 15.38% | 13.75% | 12.25% | 36.0% | 86.24%       | 38      |

**5.2.2. Sobre el retiro del actor de las Fuerzas Militares**

**5.2.2.1.** Acta No. 15 del 27 de noviembre de 2017, por medio de la cual la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas

Militares, consideró viable recomendar el retiro del actor por llamamiento a calificar servicios, al contar con un tiempo superior a 15 años en actividad, circunstancia que lo hacía acreedor de una asignación mensual de retiro, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015.

**5.2.2.2.** Resolución No. 9474 el 22 de diciembre de 2017, mediante la cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional en forma temporal con pase a la reserva “por llamamiento a calificar servicios”, a unos oficiales, entre ellos al señor Hugo Armando Franco González, con la constancia de notificación.

### **5.2.3. Otras documentales.**

**5.2.3.1.** Relación efectuada por el Director de Prestaciones Sociales del Ejército respecto del personal asignado para desempeñarse como padrino de algunos Mayores, entre ellos, el actor, con el objeto de asesorarlos en los temas referentes a la cancelación de sus cesantías definitivas, trámite de la asignación de retiro y reconocimiento o pago de la junta médico laboral.

**5.2.3.2.** Certificación expedida por el Oficial Sección Base de Datos de la Dirección de Personal del Ejército Personal, en la que consta que la última unidad donde el señor Hugo Armando Franco González prestó sus servicios fue en el Regimiento de Fuerzas Especiales No. 1 con sede en Bogotá.

**5.2.3.3.** Planillas contentivas del desempeño profesional y de los aspectos positivos de los que fue objeto el señor Hugo Armando Franco González.

**5.2.3.4.** Certificación expedida por el Oficial Sección Historias Laborales del Ejército Nacional, en la que consta que el señor Hugo Armando Franco González fue clasificado en la lista, así:

| N° | ERD | APELLIDOS Y NOMBRES          | CATEGORÍA | CLASIFICACIÓN |           |           |           |
|----|-----|------------------------------|-----------|---------------|-----------|-----------|-----------|
|    |     |                              |           | 2013-2014     | 2014-2015 | 2015-2016 | 2016-2017 |
| 1  | MY  | HUGO ARMANDO FRANCO GONZALEZ | 80087055  | 1             | 1         | 1         | 1         |

**5.2.3.5.** Copia de los conceptos de idoneidad profesional efectuados al actor por el Oficial de Operaciones Brigada Móvil No. 6 y el Comandante Batallón de Infantería No. 43 “Efraín Rojas Acevedo”.

**5.2.3.6.** Copia de los folios de vida correspondientes al señor Hugo Armando Franco González desde el año 2014 al año 2017.

**5.2.3.7.** Copia del extracto de la Hoja de vida del señor Luis Fernando Romero Acosta.

#### **5.2.4. Interrogatorio de parte.**

**5.2.4.1.** Interrogatorio de parte del señor Hugo Armando Franco González rendido el 21 de septiembre de 2021, ante este Despacho por medio de la plataforma Microsoft Teams y acta contentiva de dicha diligencia.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 3 de marzo de 2020, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer si con la expedición de la Resolución No. 9474 del 22 de diciembre de 2017, por medio de la cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares al señor Hugo Armando Franco González, se incurrió en causal de nulidad que desvirtuó su legalidad y si hay lugar a que se paguen los perjuicios morales y las prestaciones sociales reclamadas y, en caso afirmativo, si procede ordenar que el actor sea llamado al Curso de Estado Mayor y una vez aprobado se disponga su ascenso al grado de Teniente Coronel.

Para ello, como primer aspecto abordará el Despacho el estudio de la legalidad de la Resolución No. 9474 del 22 diciembre de 2017, mediante la cual se dispuso el retiro del demandante del servicio de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva “*Por Llamamiento a Calificar Servicios*”, para determinar si con dicho acto

administrativo se incurrió en las causales de nulidad que desvirtúen su legalidad.

### **5.3.1. Del retiro de los miembros de las Fuerzas Militares.**

Sea lo primero señalar, que a la fecha de expedición de la Resolución No. 9474 del 22 de diciembre de 2017, estaba vigente la reglamentación sobre retiro del servicio prevista en el Decreto 1790 del 14 de septiembre de 2000, norma que se invoca como fundamento legal de la decisión cuestionada y que constituye el régimen que cobija a los **Oficiales** y Suboficiales de las **Fuerzas Militares**, y por lo tanto aplicable a la situación concreta del demandante.

El Decreto 1790 de 14 de septiembre 2000 “*por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*”, en su artículo 99, reza:

**“ARTÍCULO 99. RETIRO.** Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. **El retiro** de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

**Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares**, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

*El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto.”* (Negrillas del Despacho)

Por su parte, el artículo 100 ibídem, modificado por los artículos 24 de la Ley 1104 de 2006, 6° de la Ley 1405 de 2010 y 5° de la Ley 1792 de 2016, sobre las causales de retiro, estableció:

**“Artículo 100. Causales del retiro.** El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.
2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en el artículo 102 de este decreto.
3. Por llamamiento a calificar servicios. (Subrayado fuera del texto original).

(...)

Ahora bien, el retiro por llamamiento a calificar servicios se halla definido en el artículo 103 del citado estatuto, modificado por el artículo 25 de la Ley 104 de 2006, así:

**“Artículo 103. Llamamiento a calificar servicios.** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares solo podrán ser retirados por llamamiento a calificar servicios, cuando hayan cumplido los requisitos para tener derecho a la asignación de retiro”.

De conformidad con las normas transcritas, el uso de la facultad de retiro por llamamiento a calificar servicios impone cumplir dos condiciones: la primera, que el militar satisfaga los requisitos para adquirir asignación de retiro y, la segunda, que exista un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, sin que las normas exijan motivación expresa del acta de la Junta Asesora o del acto de retiro.

En ese sentido, para que opere el retiro por llamamiento a calificar servicios se debe acreditar como mínimo quince (15) años de servicios, de conformidad con lo señalado en el artículo 1 del decreto 0991 de 2015 “Por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”, que contempló:

**“Artículo 1°. Asignación de Retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.** Fíjese el régimen de asignación mensual de retiro para el personal de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados del servicio activo **después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios** o por retiro discrecional según el caso, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, según corresponda, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 13

del Decreto número 4433 de 2004, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto, incrementando en un dos por ciento (2%) por cada año adicional después de los veinticuatro (24) años de servicio, sin que el total sobrepase el noventa y cinco (95%) de las partidas computables.

Parágrafo. Las condiciones previstas en este artículo para tener derecho a una asignación de retiro son aplicables al Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares que sea retirado del servicio activo después de quince (15) años de servicio, por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente” (Negrilla fuera del texto original)

### 5.3.2. Precedentes jurisprudenciales sobre el caso bajo estudio.

La H. Corte Constitucional en Sentencia C-072 del 22 de febrero de 1996<sup>1</sup>, al pronunciarse sobre la causal de retiro del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, expresó:

*“El llamamiento a calificar servicios (...) [es un] valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica en cuya virtud se pone término al desempeño de unos para permitir el ascenso y la promoción de otros, lo cual, en cuanto constituye ejercicio de una facultad inherente a la normal renovación del personal de los cuerpos armados y a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos, no puede equipararse con formas de retiro cuyos efectos son puramente laborales y sancionatorios, como la destitución. **Tal atribución hace parte de las inherentes al ejercicio del poder jerárquico de mando y conducción de la fuerza pública, cuyas autoridades deben disponer de poderes suficientes para sustituir, en la medida de las necesidades y conveniencias, con agilidad y efectividad, al personal superior y medio de las jerarquías militares y de policía, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional y según el cometido que les es propio.** (Subraya el Despacho).*

*Para la Corte es claro que lo consagrado en el artículo no es una norma en contra del oficial o suboficial en su condición de trabajador sino una limitante a la libre disposición superior, en favor del subalterno, a quien se otorga la certidumbre de que el Gobierno o la Policía no pueden hacer uso de la facultad de llamar a calificar los servicios de sus oficiales y suboficiales sino después de transcurridos quince años de servicios”.*

---

<sup>1</sup> Ref.: Expedientes acumulados D-1044, 1045 y 1046, demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 56 (parcial), 58 y 67 del Decreto 132 de 1995; 6, 7 y 11 del Decreto 574 de 1995; 8 y 12 del Decreto 573 de 1995, Actores: Efraín Largo, Jairo Armando Macera Romero y Jesús Antonio Ordoñez Camelo, Magistrado Ponente: Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

En el mismo sentido, el H. Consejo de Estado en sentencia del 17 de noviembre de 2011<sup>2</sup>, señaló que el llamamiento a calificar servicios es una herramienta que permite el relevo en la línea jerárquica de la entidad, permitiendo el ascenso y promoción del personal, siendo la forma corriente de culminar la carrera oficial, sin comportar sanción, despido ni exclusión denigrante. Al efecto, sostuvo:

*“En punto del tema del llamamiento a calificar servicios, estima la Sala que tal medida atiende a un concepto de evolución institucional, en este caso del Ejército Nacional, conduciendo necesariamente a la adecuación de su misión y la visión, a los desafíos a los que se enfrenta una institución cuyo objetivo principal, es salvaguardar la soberanía en todo el territorio nacional. En este sentido, estamos en presencia de un valioso instrumento que permite un relevo dentro de la línea jerárquica de los cuerpos armados, facilitando el ascenso y promoción de su personal, lo que responde a la manera corriente de culminar la carrera oficial dentro de ellos.*

*Si bien es cierto, el llamamiento a calificar servicios en términos prácticos conduce al cese de las funciones de un agente en servicio activo, ello no comporta una sanción, despido ni exclusión infamante o denigrante; por el contrario las normas que prevén tal instrumento consagran en favor del personal retirado, entre otras medidas, el reconocimiento y pago de una asignación mensual de retiro, con el fin de que puedan satisfacer sus necesidades familiares y personales”.*

Por su parte, la H. Corte Constitucional en Sentencia de Unificación 091 del 25 de febrero de 2016, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, señaló:

“(…)

*Por otra parte, la figura exclusiva de la Fuerza Pública del llamamiento a calificar servicios, que es incluida como causal de retiro temporal de las Fuerzas Militares, se constituye como una de las formas normales de terminación de la carrera activa, y a su vez, **bajo el entendido de que corresponde a la necesidad de las Fuerzas Militares de mantener una estructura piramidal en la que solo unas pocas excepciones van a lograr llegar a los escaños más altos de la pirámide jerárquica. Esta herramienta permite, con el mayor respeto a los derechos de los oficiales y suboficiales - pues solo opera cuando se han cumplido los requisitos para la asignación de retiro, - y dentro de la dignidad propia de la milicia - pues se mantiene el rango y los honores - que la institución disponga de una herramienta que le permita pasar a la reserva activa a los miembros de la institución, sin tener que buscar motivaciones distintas a la recomendación de la Junta Asesora que corresponda.***

---

<sup>2</sup> C.P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación número: 68001-23-31-000-2004-00753-01(0779-11). Actor: MARIO ALBERTO CAÑAS ORTEGA. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

(...)

**3.7.2.3.** *En síntesis, el retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios, régimen especial dispuesto por mandato constitucional y desarrollado en los Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006. El presupuesto que da razón a la aplicación de esta causal tal y como se mencionó es haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro*". (Negrilla del texto original).

El anterior criterio jurisprudencial fue reiterado en la sentencia de Unificación SU-217 del 28 de abril de 2016<sup>3</sup>, en la que dicha Corporación, concluyó:

**“Régimen legal del llamamiento a calificar servicios y las reglas jurisprudenciales vigentes para su aplicación y control. Reiteración de la sentencia SU-091 de 2016.**

15. *El llamamiento a calificar servicios es una figura que encuentra sustento en la naturaleza constitucional de la Fuerza Pública como garante de la integridad, convivencia y seguridad de la Nación. En el caso de la Policía Nacional, la Constitución le otorga al Legislador la facultad de regular todo lo concerniente al régimen de carrera de la institución<sup>4</sup>. Así, la Ley 857 de 2003 señala que los miembros del cuerpo de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional solo podrán ser llamados a calificar servicios cuando cumplan con los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro<sup>5</sup> y cuando exista un concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional<sup>6</sup>. A su vez, el Decreto 1791 de 2000<sup>7</sup> precisó que para*

<sup>3</sup> Referencia: Expedientes T-5.173.085 y T-5.189.329 y T-5.189.400 (acumulados), acciones de tutelas presentadas por el Ministerio de Defensa Nacional contra el Tribunal Administrativo de Caldas y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

<sup>4</sup> Constitución Política. Artículo 218. “La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz. La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”.

<sup>5</sup> Ley 857 de 2003. Artículo 3o. Retiro por llamamiento a calificar servicios. “El personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios, sólo cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro”.

<sup>6</sup> Ley 857 de 2003. Artículo 1o. Retiro. “El retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, es la situación por la cual este personal, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio. El retiro de los Oficiales se efectuará a través de decreto expedido por el Gobierno Nacional. El ejercicio de esta facultad, podrá ser delegada en el Ministro de Defensa Nacional hasta el grado de Teniente Coronel. El retiro de los Suboficiales se efectuará a través de resolución expedida por el Director General de la Policía Nacional. El retiro de los Oficiales deberá someterse al concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de Oficiales Generales. La excepción opera igualmente en los demás grados, en los eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, cuando no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en caso de muerte”.

<sup>7</sup> Decreto Ley 1791 de 2000. Artículo 57. Retiro por llamamiento a calificar servicios. “El personal de agentes de la Policía Nacional sólo podrá ser retirado por llamamiento a

que esto ocurra, el oficial o agente deben haber cumplido mínimo 15 años de servicio en la institución.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado las características principales de esta figura. Por ejemplo, la **sentencia C-072 de 1996**<sup>8</sup>, que en su momento analizó las normas vigentes sobre las formas de retiro en la Policía Nacional señaló que el llamamiento a calificar servicios, a diferencia del retiro por voluntad de la Dirección Nacional, se caracteriza por los siguientes elementos, a saber: (i) no consagra el retiro forzoso ni permanente del oficial por el simple hecho de cumplir cierto número de años en la institución, toda vez que esta figura implica el ejercicio de una facultad discrecional que, aunque conduce al cese de las funciones del oficial, no significa una sanción, despido o exclusión deshonrosa; (ii) **es un valioso instrumento institucional de relevo dentro de la línea jerárquica de la Fuerza Pública que busca permitir el ascenso y la promoción continua, lo cual no es otra cosa que la normal renovación del personal en los cuerpos armados y la manera corriente de culminar una carrera en la misma;** y (iii) el llamamiento hace parte de las atribuciones inherentes al ejercicio del poder de mando y conducción, en la medida en que las autoridades militares y policiales deben disponer de los poderes para sustituir eficazmente, en la medida de las necesidades y conveniencias, los mandos superiores y medios de la institución, con base en apreciaciones y evaluaciones de naturaleza institucional”.

Bajo el anterior contexto jurisprudencial, es claro que el llamamiento a calificar servicios es una figura aplicable en ejercicio de la facultad discrecional del Gobierno Nacional que conduce al cese de las funciones en el servicio activo del uniformado, la cual solo procede cuando se cumple el presupuesto *sine quanon* de hacerse acreedor a la asignación de retiro, **sin que ello signifique sanción, despido ni exclusión deshonrosa de la Institución.**

Descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que el señor Hugo Armando Franco González, a través de apoderado judicial, dentro del proceso 11001-33-42-048-2018-00256-00, deprecó la nulidad de la Resolución No. 9474 del 22 de diciembre de 2017, por medio de la cual fue retirado del servicio activo, en forma temporal con pase a la reserva, por llamamiento a calificar servicios.

Del marco normativo expuesto y de los precedentes jurisprudenciales citados líneas atrás, resulta claro que para que opere el llamamiento a calificar servicios el funcionario debe cumplir la exigencia del tiempo

---

calificar servicios, después de haber cumplido quince (15) años de servicio. El personal del Nivel Ejecutivo sólo podrá ser retirado por llamamiento a calificar servicios después de haber cumplido veinte (20) años de servicio”.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-072 de 1996. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

mínimo para acceder a la asignación de retiro y existir un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

Ahora bien, del extracto de la hoja de servicios obrante en el plenario, se advierte en primer término, que el señor Hugo Armando Franco González prestó sus servicios al Ejército Nacional por **21 años, 02 meses y 11 días**, por lo que resulta claro que cuando fue retirado por la causal de llamamiento a calificar servicios, ya había adquirido el derecho a la mencionada prestación, de conformidad con el artículo primero del Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015.

Igualmente, la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares a través del Acta 15 del 27 de noviembre de 2017, recomendó al Gobierno Nacional el retiro del señor Hugo Armando Franco González por la causal de llamamiento a calificar servicios, en razón a que contaba con más de 15 años de servicio, tiempo que lo hace acreedor a una asignación de retiro, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015 y en los artículos 100 y 103 del Decreto 1790 de 2000, modificados por los artículos 5° de la Ley 1792 de 2016 y 25 de la Ley 1104 de 2006, *respectivamente*.

En ese sentido, en virtud de la mencionada recomendación el Ministro de Defensa Nacional emitió la Resolución No. 9474 del 22 de diciembre de 2017, por medio de la cual retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares al actor, en virtud de la mencionada normatividad.

En consecuencia, se encuentra acreditado que el demandante cumplía con los requisitos expresamente establecidos por la Ley, que dieron lugar a la facultad legítima del Ministerio de Defensa Nacional de ser retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicios, esto es, tener derecho al pago de una asignación de retiro y que su desvinculación de la Institución estuviera precedida del concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares.

Ahora bien, la parte actora aludió que con la expedición del acto demandado se violentaron flagrantemente los principios de objetividad, publicidad e imparcialidad, toda vez que el proceso seguido para el retiro

del actor se basó en criterios eminentemente subjetivos, sin ningún tipo de evaluación formal en contravía de lo dispuesto en la sentencia SU 091 de 2016, pues se afirma que por el solo hecho de haber obtenido el derecho a la asignación de retiro no era dable retirarlo de la institución.

Al respecto, advierte el Despacho que, como quedó visto, a través del Acta 15 del 27 de noviembre de 2017, se sometió a consideración de los integrantes de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares el retiro del señor Hugo Armando Franco González, por la causal de llamamiento a calificar servicios, teniendo como única motivación que contaba con un tiempo en actividad superior a 15 años de servicios, el cual lo hacía acreedor a una asignación mensual de retiro, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015.

A su vez, la Resolución No. 9474 del 22 de diciembre de 2017, en sus dos primeras hojas contiene el sustento normativo y jurisprudencial que fundamenta el retiro por llamamiento a calificar servicios, indicando como único argumento, que se sometía a consideración de los Integrantes de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares dar de alta al señor Hugo Armando Franco González, en razón a que contaba con un tiempo superior de 15 años de servicios, circunstancia que lo hacía beneficiario de una asignación mensual de retiro.

Así las cosas, no le asiste razón al apoderado del actor al señalar que la entidad demandada al expedir el acto administrativo demandado faltó a los principios de objetividad, publicidad e imparcialidad, pues el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000, solo exige que *“Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares”*, requisito que se cumplió en el presente caso.

En ese sentido, se advierte que el acto administrativo demandado se ciñó a los parámetros establecidos para la causal de llamamiento a calificar servicios, toda vez que la misma solo exige que exista un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional y tener derecho a la asignación de retiro, lo que se constituye como un reconocimiento a la

labor, convirtiéndose en una forma normal de terminación de la carrera militar, que obedece a razones de conveniencia, permitiendo la renovación del personal uniformado, en razón a la estructura jerárquica piramidal establecida, sin que signifique como lo sostiene la parte actora un despido deshonoroso, ni desvinculación arbitraria con motivos sancionatorios, además que **no está sujeta exclusivamente a las condiciones personales o profesionales del funcionario.**

Ahora bien, en el libelo demandatorio se afirma que en el caso del demandante el llamamiento a calificar servicios se produjo única y exclusivamente porque el Comando del Ejército no lo consideró para efectuar el curso de Estado Mayor CEM 2018, encontrándose ligadas dichas decisiones, pues desde el mismo momento en que se adoptó esta última, se le insinuó a aquél que solicitara su retiro por voluntad propia.

En ese sentido se aduce que el acto administrativo objeto de control judicial es abiertamente violatorio de todas y cada una de las normas señaladas como vulneradas, toda vez que fue emitido por el Ministerio de Defensa Nacional bajo el uso de la facultad de llamamiento a calificar servicios, instrumento que de conformidad con la jurisprudencia no requiere de motivación particular, en tanto que la misma es de orden legal; sin embargo, reitera que el retiro del actor tuvo su origen en el hecho de no haber sido considerado para el curso de ascenso de Estado Mayor 2018, siendo que una prueba fehaciente de ese postulado argumentativo es la conexidad temporal que existe entre la decisión de no recomendar al actor al ingreso al Curso de Estado Mayor 2018 y la adopción de la decisión de retiro.

Al respecto, de las pruebas obrantes en el expediente se advierte que el actor fue aspirante al Curso de Estado Mayor, siendo citado para la realización de la evaluación psicológica por competencias 360°, al examen psicofisiológico – poligrafía y a la presentación de la pista de atletismo Escuela Militar de Cadetes.

Por su parte, el Teniente Coronel Luis Arturo Pérez Perdomo, Director Gestión Humana por Competencias del Ejército Nacional, mediante el Oficio No. 2021360000441541 del 4 de marzo de 2021, informó los

resultados obtenidos por el señor MY. Hugo Armando Franco González, en la prueba 360°, así:

| 360°     | PRUEBA DE COMPETENCIAS | PRUEBA DE PERSONALIDAD | PRUEBA DE VALORES | ENTREVISTA | TOTAL      |
|----------|------------------------|------------------------|-------------------|------------|------------|
| 8,86/10% | 15,38/20%              | 13,75/15%              | 12,25/15%         | 36,00/40%  | 86,24/100% |

A su vez, reposa en el expediente la prueba 360 grados, efectuada al actor las cual contiene el siguiente puntaje:

| 360° (1) | Competencias (2) | Personalidad (3) | Valores (4) | Entrevista (5) | 1     | 2      | 3      | 4      | 5     | Calificación | Ranking |
|----------|------------------|------------------|-------------|----------------|-------|--------|--------|--------|-------|--------------|---------|
| 8.9      | 1000             | 33.0             | 245.0       | 27.0           | 8.86% | 15.38% | 13.75% | 12.25% | 36.0% | 86.24%       | 38      |

En efecto, en la evaluación realizada al señor Hugo Armando Franco González, se precisó que obtuvo los siguientes puntajes:

- a) DESEMPEÑO PROFESIONAL:
  - *SUBTOTAL ASPECTOS POSITIVOS: 2800*
  - *SUBTOTAL ACCIONES POSITIVAS: 1005*
  - *Aspectos negativos: 0*
- b) TOTAL PUNTOS CARGOS DESEMPEÑADOS: 6987
- c) TOTAL PUNTOS CAPACITACIÓN Y PREPARACIÓN PROFESIONAL: 515
- d) TOTAL PUNTOS PRUEBA FÍSICA 2000

En virtud del anterior estudio, se precisó que “EL COMITÉ DE EVALUACIÓN, RECOMIENDA QUE EL OFICIAL **NO DEBE SER TENIDO EN CUENTA PARA INGRESO A CURSO**, PUESTO QUE NO REÚNE LOS LINEAMIENTOS ÉTICOS Y PROFESIONALES PARA ASCENDER A UN GRADO SUPERIOR, AL NO CONTAR CON LA CONFIANZA DEL MANDO PARA ASIGNARLE CARGOS DE MAYOR RESPONSABILIDAD, LO QUE AFECTA EL SERVICIO EN RAZÓN A LOS MOTIVOS ANTERIORMENTE EXPUESTOS, NO PERMITE QUE EL MILITAR DESEMPEÑE DEBERES DE MAYOR ENVERGADURA EN EL ÁREA ADMINISTRATIVA Y OPERACIONAL” -  
negrilla fuera del texto original-.

Así mismo, se aportó al expediente el **Acta No. 99049 del 2 de octubre de 2017**, en la cual se dejó constancia que el 26 de septiembre de dicha anualidad, el Brigadier General Marcos Evangelista Pinto Lizarazo, Presidente del Comité Evaluador y los señores Oficiales Evaluadores, bajo promesa de honor Militar afirmaron que efectuaron el estudio final de personal de Oficiales Superiores de grado Mayor, considerados para realizar Curso de Estado Mayor, determinado que el señor Hugo Armando Franco González *“NO DEBE SER TENIDO EN CUENTA PARA INGRESO A CURSO, PUESTO QUE NO REÚNE LOS LINEAMIENTOS ÉTICOS Y PROFESIONALES PARA ASCENDER A UN GRADO SUPERIOR, AL NO CONTAR CON LA CONFIANZA DEL MANDO PARA ASIGNARLE CARGOS DE MAYOR RESPONSABILIDAD, LO QUE AFECTA EL SERVICIO EN RAZÓN A LOS MOTIVOS ANTERIORMENTE EXPUESTOS, NO PERMITE QUE EL MILITAR DESEMPEÑE DEBERES DE MAYOR ENVERGADURA EN EL ÁREA ADMINISTRATIVA Y OPERACIONAL”*.

A su vez, en el **Acta No. 04346 del 20 de octubre de 2017**, que trata el estudio y recomendación por parte del Comité de Evaluación de los Oficiales Superiores de Grado Mayor considerados para realizar curso de Estado Mayor y Curso de Información Militar 2018, se consignó que *“Realizada la verificación del estudio realizado por el Comité de Evaluación para llamamiento a curso CEM CIM 2018, se pudo establecer que fue un estudio detallado y fundamentado en un análisis juicioso y metódico de todos los aspectos de la carrera militar, familiar y personal de los señores Oficiales en el grado Mayor que fueron estudiados, por lo que se ratifican las decisiones tomadas y **no se considera el LLAMAMIENTO A CURSO**”* del señor Hugo Armando Franco González.

Posteriormente, a través del Oficio No. 20173055141283 del 25 de octubre de 2017, el Coronel Giovanni Valencia Hurtado, Director de Personal del Ejército Nacional, le informó al actor que el *“COMITÉ MANTIENE DECISIÓN NO INCLUIRLO PRESENTACIÓN EXAMENES ADMISION X SEGÚN ACTA 04346 20 OCTUBRE DE 2017 X DIRECTOR DE PERSONAL EJERCITO NACIONAL”*

Bajo esta óptica, se colige que según lo indicado por la entidad demandada en las referidas documentales el demandante no cumplió a cabalidad con las exigencias requeridas para superar las pruebas de admisión al Curso de Estado Mayor CEM-2018; sin embargo, no por ello se puede atribuir que esta fuera la razón por la cual fue retirado de la Institución, pues como se señaló en párrafos precedentes, se encontraba incurso en una de las causales para ser retirado por llamamiento a calificar servicios, cual era tener derecho a la asignación de retiro, por haber cumplido el tiempo mínimo requerido, **hecho que, en criterio de esta juzgadora, no supone ningún tipo de fuerza, dolo o coacción ejercida en su contra.**

De otra parte, el apoderado del actor, manifestó que en la decisión adoptada por el Ministerio de Defensa Nacional debió tenerse en cuenta el folio de vida del señor Hugo Armando Franco González, pues el mismo refleja que es un oficial de superlativas condiciones éticas y militares, que no presenta llamados de atención, el cual recibió durante su trayectoria profesional un importante número de felicitaciones y reconocimientos por su gestión profesional, demostrando siempre cumplir con los méritos, aptitudes y capacidades para ascender en su carrera militar y continuar en servicio activo.

Al efecto, el señor Hugo Armando Franco González en el interrogatorio rendido ante este Despacho en la Audiencia llevada a cabo el 21 de septiembre de 2021, señaló que desde los inicios de su carrera se preparó para ser un General del Ejército Nacional, en la parte académica, física, técnica y táctica, obteniendo un buen rendimiento dentro de la Institución, sobresaliendo por su profesionalismo, realizando más de 24 cursos y capacitaciones dentro de la Fuerza, desempeñando 13 cargos en 12 unidades distintas.

Así mismo, indicó que en los cargos que ocupó, obtuvo siempre conceptos favorables y positivos de sus Comandantes, buenas calificaciones, felicitaciones, condecoraciones y distintivos militares, tal como se encuentra reflejado en su hoja de vida, nunca fue sancionado, ni objeto de amonestaciones y anotaciones negativas, como tampoco de investigaciones administrativas o disciplinarias.

A su vez, manifestó que era evaluado anualmente, frente al desempeño en el cargo, la ética militar y condiciones profesionales, siendo calificado en los últimos 10 años en lista 1, como excelente, sin haber sido relevado del cargo en su trayectoria profesional, lo que denotaba la confianza de sus superiores.

Sobre el particular, advierte el Despacho que si bien quedaron acreditadas las condiciones profesionales que tenía el demandante para el desempeño de las funciones propias de su cargo, así como el compromiso con el Ejército Nacional, lo cierto es que el retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuenta la Fuerza Pública para garantizar la **renovación o el relevo** del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el **ascenso y la promoción de otros funcionarios**, tal como se consignó en el acto administrativo demandado, sin entrar a hacer las consideraciones sobre el buen servicio a las que alude la parte actora, pues ha de recordarse que el buen desempeño en el empleo es una obligación legal y constitucional de todo servidor público

En consecuencia, la trayectoria profesional y las felicitaciones que en su momento se hayan otorgado al demandante, contrario a lo señalado por su apoderado, no generan un factor de inamovilidad como tampoco vinculan a la Administración para no decidir su remoción, habida cuenta que sin importar la idoneidad y las altas calidades profesionales para el desempeño de las funciones asignadas, basta el cumplimiento del presupuesto del tiempo de servicio requerido y la recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares para que proceda su aplicación, amén que para el retiro por llamamiento a calificar servicios no se exige como requisito, el estudio de la hoja de vida del Militar, pues como se dijo anteriormente, implica el ejercicio de una facultad discrecional.

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda- Subsección "A", en providencia del 21 de marzo de 2019<sup>9</sup>, señaló:

---

<sup>9</sup> Expediente: 1100133350182017-00238-01, demandante: Manuel Hernández Luna,

*“Una vez establecida la normatividad que regula el derecho que se reclama y aplicándola al caso sub lite, se puede establecer el personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública solo pueden ser retirados del servicio, cuando cumpla los requisitos para hacerse acreedor a la asignación de retiro o pensión jubilatoria, esto con la finalidad de proteger la condición y necesidad alimentaria mínima. Presupuesto éste, que se satisface en el caso del señor Manuel Hernández Luna, por haber laborado al servicio del Ejército Nacional, por el periodo de 22 años, 8 meses y 6 días.*

*De otra parte no se discute en el plenario por las partes, acerca de las condiciones del buen servicio prestado por parte del ahora demandante. Por el contrario, aparecen exaltaciones y condecoraciones reconocidas de manera expresa en documentos idóneos pero, ello no constituye o se traduce que el Mayor ® Manuel Hernández Luna no pudiese ser retirado del servicio activo, aún más cuando cumplía con los requisitos establecidos los artículos 100 y 103 del Decreto 1790 del 14 de septiembre de 2000.*

***Cabe resaltar que aunque el actor posea una excelente hoja de vida, el Gobierno Nacional puede llamar a los miembros de la Fuerza Pública a calificar servicios, pues dicha figura está legalmente reglamentada, y una vez que el uniformado haya prestado los servicios por el tiempo establecido para acceder o ser beneficiario a la asignación de retiro, puede ser desvinculado por la Institución, mediante Decreto Ministerial.***

*Ahora bien, respecto a las pruebas para la admisión al Curso de Estado Mayor - CEM - 2017, observa esta Sala, **que el demandante no aprobó los parámetros exigidos para ser admitido al CEM - 2017, sin embargo no por ello se le puede atribuir que el retiro de la institución hubiera sido originado por esta razón, ya que se reitera el señor Manuel Hernández Luna se encontraba inmerso en una de las causales para ser retirado por llamamiento a calificar servicios, la cual era ser merecedor de la asignación de retiro, por llevar más de 15 años de servicios.***

*Por último, en relación a la afirmación expuesta por la apoderada del señor Luna, referente a que la entidad accionada debía llamar nuevamente al accionante, para realizar por segunda vez las pruebas de admisión para el CEM - 2017, de conformidad con lo expuesto en el Decreto 989 de 1992, observa este Tribunal que mencionada normatividad fue derogada por el Artículo 60 del Decreto 1495 de 2002, el cual dispuso: "...El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto Reglamentario número 989 de 1992, con excepción del Capítulo I del Título II; Capítulo I, Capítulo II, Capítulo III y Capítulo IV del Título IV, y demás disposiciones que le sean contrarias...", **por lo anterior, queda demostrado que la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, no vulneró los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad del Mayor ® Manuel Hernández Luna**” (Negrillas fuera del texto original).*

Así las cosas, no es dable concluir que el retiro del actor por la causal de llamamiento a calificar servicios resultara violatorio de sus derechos al

debido proceso, pues se reitera que cuando fue desvinculado de la Institución contaba con **21 años, 02 meses y 11 días** y, aunque dicha situación, condujo al cese de las funciones desempeñadas, no significa una sanción, despido o exclusión deshonrosa, pues fue acreedor de una asignación de retiro, en virtud de lo contemplado en el artículo 1° del Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015.

En ese sentido, no se demostró que la Resolución No. 9474 del 22 de diciembre de 2017, fuera expedida con un fin distinto y ajeno a la potestad del Ministerio de Defensa Nacional de realizar renovación generacional dentro de la línea jerárquica institucional y los argumentos expuestos en el libelo demandatorio no sustentan por si solos la expedición irregular y la violación del debido proceso del demandante o que fue proferida contrariando el espíritu de la Ley y el ordenamiento jurídico o como consecuencia de no haber sido considerado para efectuar el curso de Estado Mayor, incurriendo en un vicio que amerite declarar su nulidad.

Sobre dicho aspecto, el H. Consejo de Estado<sup>10</sup>, discurrió:

*“El actor pretende demostrar esta censura con suposiciones y pareceres personales, sin allegar prueba fehaciente que demuestre el fin torcido de la administración, cuestión que no es posible tratándose de la censura por desvío de poder, como quiera que la carga de la prueba le incumbe al demandante que alega el fin contrario al buen servicio y en este aspecto, la prueba ha de ser contundente, con el fin de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la administración.”* (Subraya de la Sala).

Bajo tales circunstancias, el Despacho considera que el acto administrativo de retiro se profirió con el cumplimiento de los requisitos legales para su procedencia, esto es, tener el demandante derecho a la asignación de retiro y el concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, siendo el llamamiento a calificar servicios la terminación normal de la situación administrativa laboral del uniformado y no una sanción o despido.

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 9 de marzo de 2000, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Radicado 815-99, Actor: Wilson Ortiz Díaz.

En ese sentido, sin desconocer en momento alguno que el retiro de la institución militar por quien durante la mayor parte de su vida le sirvió a la patria puede generar sentimientos de dolor, tristeza y aflicción como ocurrió en el caso que nos ocupa, según lo afirmó el demandante en su declaración, lo cierto es que dicha circunstancia no acarrea como consecuencia el reconocimiento de los perjuicios morales, pues –se reitera– el retiro de la institución por dicha causal corresponde a una modalidad de finalización de la vida militar prevista en la ley.

Adicionalmente, cabe señalar que, la desvinculación con fundamento en el llamamiento a calificar servicios, es temporal y con pase a la reserva, por lo que el Gobierno Nacional o el Ministerio de Defensa Nacional, según el caso no pretende hacer deshonroso el retiro de los Oficiales de las Fuerzas Militares; por el contrario, con la asignación de retiro, brinda una especial protección al retirado y su familia, por lo que, cumplida la exigencia legal para obtener dicha prestación, ello se convierte en causa legal para el retiro, de modo que el actor pasó a disfrutar de un beneficio estatal no previsto para muchos otros sectores.

De todo lo anterior, resulta claro que el Ministerio de Defensa Nacional podía ejercer previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares la facultad de retiro del servicio del señor Hugo Armando Franco González al tener más de 20 años de servicio en la Institución y, así lo hizo, sin que se observe violación de las disposiciones invocadas en la demanda y sin que se haya desvirtuado por parte del demandante, la presunción de legalidad que reviste la Resolución 9474 de 22 de diciembre de 2017, razón por la cual, se negará el reintegro solicitado.

De acuerdo con lo anterior y en punto a las pretensiones PRIMERA Y SEGUNDA invocadas dentro del proceso 11001-33-35-018-2018-00124-00, relativas a que se declare la nulidad de las Actas Nos. 99049 del 2 de octubre y 04346 del 20 de octubre, ambas de 2017 y, en su lugar, se ordene a la entidad demandada convocar al señor Hugo Armando Franco González al curso de Estado Mayor en la Escuela Superior de Guerra y que una vez apruebe el mismo se disponga su ascenso al grado de Teniente Coronel, es importante advertir que, si en gracia de discusión el

Despacho al verificar las pruebas obrantes en el expediente arribara a la conclusión que el actor cumplía con los requisitos para ser llamado a curso de Estado Mayor, lo cierto es, que la prosperidad de dichas pretensiones se **encontraba ligada a la procedencia del reintegro**, aspecto que, como se estudió precedentemente, será negado, dado que no fue desvirtuada la presunción de legalidad del acto de retiro contenido en la Resolución No. 9474 del 22 de diciembre de 2017.

Así las cosas, tal como lo indicó la entidad demandada en su escrito de contestación, como quiera que el llamamiento a curso de ascenso para la promoción a otro grado supone una serie de presupuestos legales, los cuales solo son objeto de verificación si el demandante se encontrara en servicio activo, hecho que como se vio, no ocurre en el presente caso, dicha circunstancia conduce al Despacho a tener necesariamente que declararse INHIBIDO, para pronunciarse sobre la legalidad de las Actas Nos. 99049 del 2 de octubre y 04346 del 20 de octubre, ambas de 2017 expedidas por el Comité de Evaluación del Ejército Nacional, por medio de las cuales se decidió no tener en cuenta al señor Hugo Armando Franco González para el ingreso al curso de “ESTADO MAYOR” y se ratificó dicha decisión, *respectivamente*.

#### **5.5. COSTAS.**

Se advierte que si bien el artículo 365 del Código General del Proceso contempla la condena en costas respecto de la parte vencida del proceso, siempre y cuando se encuentren causadas dentro del expediente y, en la medida de su comprobación, lo cierto es que, en el caso bajo estudio no se evidenció que la parte demandante 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.- DENEGAR** las súplicas de la demanda por las consideraciones señaladas en esta providencia.

**SEGUNDO.- DECLARARSE** el Despacho **INHIBIDO** para pronunciarse respecto de las **Actas Nos. 99049 del 2 de octubre y 04346 del 20 de octubre, ambas de 2017**, expedidas por el Comité de Evaluación del Ejército Nacional, por medio de las cuales se decidió no tener en cuenta al señor Hugo Armando Franco González para el ingreso al curso de “ESTADO MAYOR” y se ratificó dicha decisión, *respectivamente*, por las razones anotadas en el presente fallo.

**TERCERO.-** Sin costas a cargo de la parte demandante.

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

Notifíquese y Cúmplase

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

|  |
|--|
| JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE<br>BOGOTÁ D.C.<br>Notificación por estado  |
| La providencia anterior se notificó por ESTADO N°<br>001 de hoy 28 de enero de 2022, a la hora de las<br>8.00 A.M.               |
| <br>LAURA MARCELA ROLÓN CANACHO<br>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:

**8071949615a05d26539b2c8f7ad55e6eb920b4e5507e7b2835d71baa8  
2aebfa**

Documento generado en 24/01/2022 10:25:16 AM

**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., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2018**-00**357**-00  
**Demandante:** **BRAYAN NICOLÁS ARDILA LLANES**  
Demandado: BOGOTÁ D.C. SECRETARÍA DISTRITAL DE  
INTEGRACIÓN SOCIAL  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **BRAYAN NICOLÁS ARDILA LLANES**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.022.962.871 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 BOGOTÁ, D. C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, 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 15 de septiembre de 2020, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

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

El apoderado de la parte actora estima desconocidas las siguientes normas:

**2.1. Constitucionales:** artículos 2, 4, 11, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58, y 128.

**2.2. Legales:** artículos 10 del Código Civil; 19 y 36 del Código Sustantivo del Trabajo; los Decretos 1042 de 1978, 1750 de 2003 y 4171 de 2008 y la Ley 80 de 1993.

Así mismo, considera infringidos pronunciamientos Jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los cuales se ocupó de citar.

Sobre el particular, sostuvo que el oficio No. SAL 55021 del 07 de junio de 2018, trasgrede las normas referidas, toda vez que desestimó de plano y sin fundamento legal el pago de las prestaciones laborales y sociales que el demandante dejó de percibir y a las que le asiste derecho como contraprestación de la labor que desempeñó entre los años 2014 hasta el año 2017, para la Secretaría Distrital de Integración Social.

Manifestó que el actor laboró en la entidad demandada, en virtud de los contratos u órdenes de prestación de servicios que suscribió; sin embargo, sus funciones cumplen con los presupuestos de una relación laboral, por las siguientes razones:

- Se le exigió la prestación personal del servicio, pacto de tipo contractual.
- Como remuneración de su labor, la entidad le pagaba las cantidades pactadas en los contratos de forma mensual, previa exigencia de contar con las afiliaciones al sistema de seguridad social y el pago al día.
- Existió subordinación, toda vez que no gozaba de autonomía, estaba sometida al horario que le era asignado, a los reglamentos de la entidad y tenía funciones predeterminadas, las cuales ejercía el personal de planta, comprendían el objeto misional de la entidad y le fueron asignados elementos de trabajo.
- Prestó de forma continua sus servicios.

En ese sentido, afirmó que se encuentran desvirtuados los presupuestos de un contrato de prestación de servicios, configurándose la relación laboral, a pesar de que las cláusulas allí contenidas pretendían disfrazar una actividad que por su naturaleza y funciones debe ser desempeñada mediante una relación legal y reglamentaria, incumpléndose con la prohibición constitucional y legal que tienen las entidades del Estado de celebrar este tipo de contratación para el ejercicio de labores de carácter permanente y, en consecuencia, lo procedente era la creación de los cargos correspondientes.

Señaló que la Corte Constitucional al estudiar las expresiones “*no puedan realizarse con personal de planta*” y “*en ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales*” contenidas en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con la sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, precisó la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral.

Advirtió que la entidad demandada pretende confundir las relaciones de trabajo u ocultar la realidad de los vínculos laborales, como en el sub examine, donde la entidad ha estructurado erróneamente una clase de contratos para vincular una persona para cumplir indefinidamente funciones que le son propias a su objeto misional.

Anotó que en el caso bajo estudio se evidencia la mala fe de la entidad demandada, por el hecho de camuflar una verdadera relación laboral, bajo la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, dado que infringe los postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales sobre la materia.

### **III. CONTESTACIÓN**

El auto admisorio de la demanda fue notificado el 26 de marzo de 2019 (fls. 58 a 60), razón por la cual el plazo para contestarla feneció el 21 de junio de 2019, lapso en el que la entidad demandada guardó silencio.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

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

El apoderado de la parte demandante, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **25 de octubre de 2021**, solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda ratificándose en los argumentos expuestos en los fundamentos de derecho de la demanda y aplicando el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, dado que la demandante prestó sus servicios sin solución de continuidad desde el año 2014 hasta el 2017, tal como se encuentra demostrado con el material probatorio aportado al expediente.

Adujo que se encuentra acreditado que el actor no laboró con autonomía técnica, administrativa, ni financiera, toda vez que no podía delegar o subcontratar a otra persona para desarrollar sus funciones y debía cumplir el horario que le era asignado.

Afirmó que la labor la desarrolló de forma continua, situación diferente es que la entidad demandada tomaba algunos días para la firma de los contratos u otros sí y sus funciones no se pueden considerar como esporádicas, puesto que las ejerció por más de 3 años.

Precisó que se encuentran probados los elementos para que se configure la existencia de una relación legal y reglamentaria, por las siguientes razones:

- El demandante estaba sometido a la subordinación tal como lo afirmaron los testigos, ya que tuvo diferentes jefes a lo largo del desarrollo de su labor, quienes la supervisaban, impartían órdenes, contralaban el horario y el desarrollo de las funciones que ejercía.
- Prestaba personalmente el servicio y debía informar cualquier situación que le impidiera ejecutar su labor.
- Recibió una remuneración por las funciones desarrolladas.

Así mismo, resaltó que de conformidad con lo manifestado por los deponentes, el demandante debía cumplir horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y ocasionalmente debía trabajar los domingos, en turnos diurnos o nocturnos, si así lo requería la entidad; tenía llamados de atención por parte del superior jerárquico, así mismo, se indicó que el actor debía solicitar permisos o autorizaciones, para cumplir sus actividades en horarios diferentes y no podía delegar o subcontratar sus funciones.

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

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito aportado el **8 de noviembre de 2021**, remitido vía correo electrónico, solicitó que se nieguen las pretensiones del libelo demandatorio, como quiera que no se configuran los elementos de la relación laboral.

Indicó que del acervo probatorio que reposa en el expediente, no se logra probar la existencia de una relación subordinada, toda vez, que las actividades contractuales en la prestación de los servicios deben ejecutarse dentro de unos presupuestos generales, para determinar si efectivamente se cumplieron las obligaciones pactadas.

Refirió que en el *sub examine* no aplica el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, puesto que el demandante incumple la carga probatoria para demostrar los hechos expuestos en que sustenta sus pretensiones; además, entre el actor y la entidad demandada no existió relación laboral, pues no se reunieron los elementos propios de la misma, de conformidad con lo señalado en la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y del Consejo de Estado que se ocupó de citar

Refirió que, si bien los contratos están sometidos a la supervisión, dicha circunstancia no es determinante para establecer la subordinación o dependencia, pues comprende un seguimiento al contratista para

establecer si cumplió con lo pactado en las cláusulas contractuales.

Sostuvo que respecto a contar con un horario de ingreso y salida para el cumplimiento de las actividades, tal circunstancia no se encuentra probada, aunado que, de serlo, por sí sola no corresponde necesariamente con la existencia de un contrato laboral, pues por la naturaleza de la entidad, bien podía requerirse que el contratista adecuara la prestación de sus servicios al horario de actividades que aquella requería.

Indicó que no existe ninguna obligación legal pendiente a favor del demandante, toda vez que la entidad demandada le pagó el valor correspondiente a los honorarios pactados, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios que suscribió, conforme al marco legal que cobija dicho aspecto, como lo es la Ley 80 de 1993.

En ese sentido, reitero que no puede predicarse que la administración encubrió una relación laboral a través de la celebración de contratos de prestación de servicios, por cuanto, el demandante no demostró, como le correspondía a términos de lo previsto por el artículo 167 del Código General del Proceso, que el cumplimiento de su labor, ni de las actividades desarrolladas en procura del cumplimiento del objeto contractual, implicaran la continuada subordinación y dependencia a la que dice estuvo sometido.

Aludió que los testigos no lograron acreditar que el demandante estaba sometido a la subordinación, ya que no especificaron las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la ejecución contractual del demandante y reiteró las tachas formuladas señalando lo siguiente:

- El conocimiento de los testigos, sobre la forma en que el demandante prestó sus servicios no es directo y dieron declaraciones desde la forma en que cada uno de ellos prestó sus servicios para la entidad.
- No les consta si el demandante prestaba sus servicios con autonomía o no.

- Aunque manifestaron que el demandante debía solicitar permisos para ausentarse de la prestación del servicio, también es cierto que señalaron no constarle de manera directa que en algún momento Brayán Nicolás Ardila lo hubiera hecho.
- Los deponentes no mencionaron cuál o cuáles eran los hechos que aquellos identificaban como constitutivos de órdenes, porque no compartieron prestación del servicio con aquel.
- Indicaron que nunca presenciaron que al demandante se le hicieran llamados de atención o similares.

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

Se advierte que el señor agente del Ministerio Público no emitió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES**

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

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante que sustenta los hechos y pretensiones:

##### **5.1.1 Documentales.**

**5.1.1.1.** Petición elevada el 31 de mayo de 2018, mediante la cual el demandante a través de apoderado, solicitó a la entidad demandada la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho, los aportes a la seguridad social y el reembolso de los valores que sufragó por este último concepto y por retención en la fuente, así como la sanción moratoria y ajustes de valor.

**5.1.1.2.** Oficio No. SAL-55021 del 7 de junio de 2018, mediante el cual la doctora María Clemencia Pérez Uribe, Directora de Gestión Corporativa de la Secretaría Distrital de Integración Social, negó lo solicitado por el accionante, al sostener que el vínculo que existió entre las partes tuvo

lugar como consecuencia de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, los cuales se regulan por las disposiciones contenidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como en el Decreto Reglamentario No. 1082 de 2015.

**5.1.1.3.** Oficio expedido el 8 de junio de 2018, por medio del cual la doctora Deisy Yohana Sabogal Castro, Subdirectora de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social certificó los contratos de prestación de servicios que suscribió el demandante con la entidad, especificando la fecha de inicio y finalización.

**5.1.1.4.** Certificaciones expedidas por la Secretaría de Hacienda Dirección Distrital de Tesorería, por la cual se hace constar los descuentos efectuados al actor, durante la vigencia fiscal 2014 al 2017.

**5.1.1.5.** Medio magnético contentivo de los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes inmersas en el presente asunto, la justificación de los mismos, los certificados de disponibilidad, la hoja de vida del actor, los informes de ejecución y supervisión de los contratos, la relación de pagos a la seguridad social y aportes parafiscales.

**5.1.1.6.** CD contentivo del manual de funciones dispuesto por la entidad demandada a través de la Resolución No. 1387 del 10 de octubre de 2016, para los empleos de Técnico de la planta de cargos de la Secretaría Distrital de Integración Social.

**5.1.1.7.** Memorando No. I2021013751 del 5 de mayo de 2021, por el cual la Doctora Sandra Yobana Bacca Piñeros, en su calidad de Subdirectora de Plantas Físicas de la Secretaría de Integración Social informó al Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de dicha entidad, lo siguiente:

- 1. El cargo de la planta de personal de la entidad (servidores públicos) que ejerce las funciones de ejecución de obras de mantenimiento en las unidades operativas de la "subdirección de plantas físicas" de la entidad demandada, determinando el horario laboral y los grados.***

**Repuesta.** La naturaleza del contrato de prestación de servicios obliga que las obligaciones del contratistas no pueden se equivalentes a los empleos existentes en la planta de la entidad.

El Estado vincula talento humano en dos modalidades que responde a situaciones distintas. En la primera se configura una relación laboral es decir un contrato laboral bajo amparo legal o reglamentario. Para que así ocurra se requiere de:

- 1) la existencia del empleo en la planta de personal.
- 2) Funciones dadas según el cargo existente.
- 3) El empleo debe estar contemplado en el presupuesto de la entidad a fin del pago de los gastos que demande el empleo, como salarios, prestaciones sociales, etc.

En el segundo escenario, no se genera una relación laboral y este es el caso del contrato de prestación de servicios cuya naturaleza hace que el mismo no se corresponda con las actividades y cargos existentes en la planta de una entidad, toda vez que una de sus razones es suplir necesidades que la planta no puede realizar o para las cuales no existe personal en ese momento.

Por lo expuesto, los contratos de prestación de servicios no se basan en los empleos existentes en la entidad por lo cual no tienen equivalentes en la misma.

**1. “Los horarios en que el señor Brayan Nicolás Ardila Llanes desempeñaba las labores propias de los contratos suscritos desde el año 2014 hasta el año 2017.”**

**Respuesta.** El horario laboral vigente para los años por usted requeridos en la Secretaria Distrital de Integración Social se estableció en la Resolución 0594 de 2016, siendo este de 7:00 a.m. a 4:30 p.m. incluyendo una hora de almuerzo. Debe mencionarse que dada la naturaleza del contrato de prestación de servicios, los contratistas no están obligados a cumplir con dicho horario. Sin embargo, el cumplimiento de un horario no constituye ipso facto una relación laboral

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado ha planteado que el horario puede indicar tanto un elemento de subordinación, el cual es esencial en la configuración de una relación laboral; como un elemento de coordinación indicativo de una relación no laboral, todo depende de las circunstancias del caso.

En este sentido, se pronunció el Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de abril de 2007, Exp. 1999-04369-01. El horario hace parte de la coordinación cuando es un elemento esencial para el desarrollo eficiente de la actividad contratada y constituye un elemento de subordinación cuando la exigencia de este no está directamente vinculada con el cumplimiento del objeto contratado.

**3. Si las funciones desempeñadas por el señor Ardila Llanes, fueron las mismas que compete al personal permanente que compone la “subdirección de plantas físicas” de la Entidad.**

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define por **contratos de prestación de servicios:** aquellos que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos se configuran siempre que se den las siguientes características:

- **Excepcionalidad**, pues solo se pueden celebrar con el fin de atender actividades que no puedan desarrollarse con el personal de planta o requieran conocimientos especializados;
- **Temporalidad**, porque su duración dependerá del tiempo estricto que conlleve la ejecución de la actividad contratada;
- **Autonomía**, pues el contratista ejerce de forma discrecional las obligaciones adquiridas, y en razón de su especialidad, desde el punto de vista técnico y científico, se presume que conoce la mejor manera de cumplir la labor; y
- **Retribución**, la cual se efectúa a través de honorarios.

Lo anterior ha sido reiterado por las altas cortes por lo que nos permitimos sugerir las siguientes providencias judiciales: Sentencia: C-154-97 y Sentencia: C-614-09.

Cuando un área requiere un contrato esta debe acreditar las condiciones para causar un contrato de prestación de servicios, luego este será sometido a aprobación y de aprobarse se elaborara de acuerdo a la tabla de honorarios vigente para la época en que se requiere la contratación.

Los contratistas no son equiparables a los empleos existentes en la planta de la entidad, los segundos comprenden costos adicionales aparte de su asignación básica dado que en estos se tienen en cuentas otros elementos que constituyen salario. En cambio los contratistas no tienen salarios y los perfiles que se solicitan no obedecen a cargos existentes en la planta de la entidad sino a las necesidades de las actividades a contratar. Se sigue de lo anterior que un contratista y un empleado de planta representan costos presupuestales distintos para la entidad y en sí existen diferencias entre lo devengado por un contratista y un empleado público, aun cuando se trate perfiles similares.

### **5.1.2. Testimoniales**

Declaraciones rendidas el 10 de noviembre de 2020, por los señores Edwin Fernando Rodríguez y Yeison Andrés Ardila, ante este Despacho por medio de la plataforma Microsoft teams y acta contentiva de dicha diligencia.

## **5.2. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo 15 de septiembre de 2020, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si el señor Brayan Nicolás Ardila Llanes, tiene derecho a que se le reconozca la existencia de un relación laboral, durante el tiempo que estuvo bajo la modalidad de prestación de servicios en la Secretaría Distrital de Integración Social y, en consecuencia, se efectúe el pago de salarios y prestaciones sociales que se le adeudarían en virtud de dicho vínculo laboral.

### **5.2.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO**

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...”*, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

**“Artículo 2.** *Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por*

autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones<sup>1</sup>. (Negrita del Despacho).

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 “por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”, contempla:

**“Artículo 1°.**- El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.

**Artículo 2°.**- Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.

**Artículo 3°.**- Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son 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.

---

<sup>1</sup> La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

**Artículo 4°.-** *Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes*

**Artículo 5°.-** *Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.*

**Artículo 7°.-** ***Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.***

*La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Negrita del Despacho)*

De la normatividad en cita, es claro que no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios, en tratándose de funciones públicas de carácter permanente.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53<sup>2</sup> la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

Igualmente, en el Capítulo II *ibídem*, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

---

<sup>2</sup> ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;  
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

*“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 (...)”.*

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, en el numeral 3° del artículo 32, determinó:

*“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.*

*(...)*

*3o. Contrato de Prestación de Servicios.*

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

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”<sup>3</sup>*

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) **los contratistas de prestación de servicio: vinculados a través de un contrato estatal.**

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios: i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad; ii) que se trate de actividades que no pueden

---

<sup>3</sup> Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente, en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, así:

*“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:*

**a.** *La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

*El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de 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 laborales<sup>4</sup>.***

*De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda<sup>5</sup> recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo*

---

<sup>4</sup> En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

<sup>5</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

*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).*

Posteriormente, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre de 2021, respecto a los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios, sostuvo:

**“2.3.3. Criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios**

95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.

97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual”.

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

“100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta

*litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «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».*

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

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

#### **“2.3.3.2. Subordinación continuada**

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

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

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

necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

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

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

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

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una

*relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral”.*

Luego, indicó respecto a la prestación del servicio, lo siguiente:

#### **“2.3.3.3. Prestación personal del servicio**

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

Así mismo, en canto a la remuneración, afirmó:

#### **“2.3.3.4. Remuneración**

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

### **5.3. CASO CONCRETO**

En el caso que nos ocupa, El señor Brayan Nicolás Ardila Llanes reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales a las que, aduce, tiene derecho, por el tiempo en el que prestó sus servicios en la Secretaría Distrital de Integración Social.

Por su parte, la Secretaría Distrital de Integración Social, mediante el Oficio No. SAL-55021 del 7 de junio de 2018, señaló que al demandante no le asiste el derecho a lo reclamado, al sostener que el vínculo que existió entre las partes tuvo lugar como consecuencia de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, los cuales se regulan por las

disposiciones contenidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como del Decreto Reglamentario No. 1082 de 2015.

Igualmente, señaló que para ejercer las actividades el demandante contó con autonomía técnica, administrativa y operativa y su contratación obedeció a necesidades del servicio, con un plazo de ejecución definido y, en ese sentido, no adquirió la condición de servidor público, puesto que no se vinculó bajo la modalidad de una relación legal y reglamentaria; amén, que suscribió los contratos por su cuenta y riesgo, tal como se señala en las cláusulas de los mismos.

En consecuencia, el Despacho entrará a determinar si en el caso que nos ocupa, se configuran los elementos estructurales de una relación laboral, como lo son: **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** la subordinación o dependencia y **iii)** el salario como retribución del servicio.

**i) Prestación personal del servicio.**

Sobre el particular, cabe resaltar que de las certificaciones expedidas por la Subdirección de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social, quedó plenamente demostrado que el actor prestó sus servicios, de la siguiente forma:

| No. CONTRATO | FECHA DE INICIO | FECHA FINAL |
|--------------|-----------------|-------------|
| 9618-2014 ✓  | 16/09/2014      | 15/01/2015  |
| 1774-2015 ✓  | 26/01/2015      | 25/07/2015  |
| 12045-2015 ✓ | 28/07/2015      | 28/01/2016  |
| 4172-2016 ✓  | 22/02/2016      | 21/06/2016  |
| 10074-2016 ✓ | 22/06/2016      | 30/01/2017  |

En este sentido, se encuentra demostrado que el demandante prestó sus servicios en la Secretaría Distrital de Integración Social, a través de la celebración de sendos contratos de prestación de servicios personales suscritos desde el 16 de septiembre de 2014 hasta el 30 de enero de 2017, **de forma interrumpida**, cuyos objetos contractuales en términos generales estaban encaminados a: i) apoyar a la Subdirección de plantas

físicas en las labores de mantenimiento, reparaciones y adecuaciones de inmuebles, ejecutando actividades de carpintería, pintura, plomería, instalaciones eléctricas, cerrajerías y las demás que se requieran en los diferentes Centros y Sedes de la entidad; ii) atender las solicitudes que se realicen para la atención de las obras de mantenimiento en la modalidad de reparaciones locativas; iii) apoyar a la Subdirección de Plantas en el desarrollo de actividades realizadas en el grupo de mantenimiento tales como ejecución de obra, implementación y ejecución de diseños de estructuras tradicionales y no convencionales y iv) realizar el desarrollo de las actividades y tareas asignadas en los cronogramas de intervención de los diferentes centros y sedes de la entidad.

Sobre el particular, el señor Edwin Fernando Rodríguez, en declaración rendida el día 10 de noviembre de 2020, respecto a las funciones que desempeñaba el actor, señaló que i) realizaba actividades de construcción, ii) ejecutaba actividades de carpintería, pintura, instalaciones eléctricas, y iii) apoyaba el mantenimiento y los arreglos locativos de los jardines de niños.

Por su parte, el señor Yeison Andrés Ardila Llanes, al rendir testimonio en la misma fecha indicó que el actor desarrollaba actividades de mantenimiento, reparaciones y adecuaciones locativas a los jardines de niños de la entidad demandada.

Así las cosas, se encuentra acreditado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se señaló en los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión parcial o total de los derechos y obligaciones emanados de los mismos sin contar con la autorización previa y escrita de la entidad

## **ii) Subordinación o dependencia.**

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en el acto administrativo demandado y en el Memorando No. I2021013751

del 5 de mayo de 2021, suscrito por la Doctora Sandra Yobana Bacca Piñeros, Subdirectora de Plantas Físicas de la Secretaría de Integración Social, señaló que *“los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor BRAYAN NICOLAS ARDILA LLANES y la Entidad, se desarrollaron con autonomía técnica, administrativa, operativa e independencia por parte del contratista, características propias de este tipo de contratos estatales, donde no se presenta una relación de jerarquía o subordinación”*; sin embargo, que en los contratos de prestación de servicios se estableció que el demandante estaba bajo la supervisión del Subdirector de Plantas Físicas.

A su vez, el señor Edwin Fernando Rodríguez en la declaración que rindió ante este Despacho, señaló que los arquitectos eran los jefes inmediatos del actor, quienes hacían seguimiento a las actividades desarrolladas, el cual era más explícito a fin de mes, debían entregar una bitácora mensual, le impartían ordenes, entre las que se encontraba el cumplimiento del horario y las funciones.

Así mismo, de la declaración del deponente se evidencia que las labores desempeñadas por el señor Brayan Nicolás Ardila Llanes implicaron la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia. Al respecto, señaló que el demandante debía cumplir con el horario de 8:00 a.m a 5:00 p.m., de lunes a viernes y contar con disponibilidad las veinticuatro horas del día, durante los siete días de la semana, exposición que coincide con lo narrado por el señor Yeison Andrés Ardila Llanes.

Por su parte, la Doctora Sandra Yobana Bacca Piñeros, Subdirectora de Plantas Físicas de la Secretaría de Integración Social en el memorando No. I2021013751 del 5 de mayo de 2021, indicó que el horario laboral establecido en la Resolución 0594 de 2016, era de 7:00 a.m. a 4:30 p.m. incluyendo una hora de almuerzo.

Así mismo, de las declaraciones de los deponentes se evidencia que las labores desempeñadas por el demandante implicaron la prestación de sus

servicios de manera directa, sin independencia y con la constante supervisión de la entidad demandada.

Al respecto el señor Edwin Fernando Rodríguez, compañero del área de mantenimiento locativo del demandante, indicó: i) que el arquitecto encargado era quien impartía las ordenes, le indicaba al demandante las actividades del día, supervisaba las funciones y vigilaba el cumplimiento del horario.

Como puede verse, las labores desempeñadas por el demandante implicaron la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia con la constante supervisión por parte de la Secretaría de Integración Social, a cargo de la arquitecta encargada, así como de los Subdirectores de Plantas Físicas o el Supervisor de apoyo, tal como se deriva de las Cláusulas cuarta y decimo segunda, de los contratos de prestación de servicios y de la declaración de los testigos Edwin Fernando Rodríguez y Yeison Andrés Ardila.

En relación con tales testimonios, es preciso destacar que la apoderada de la entidad demandada en la Audiencia llevada a cabo el 10 de septiembre de 2020, si bien señaló la falta de imparcialidad de los mismos, toda vez que promovieron demandas en contra de la Secretaría Distrital de Integración Social, no formuló tacha en los términos del artículo 211 del Código General del proceso.

En ese sentido, analizadas las declaraciones conforme a las reglas de la sana crítica, estima el Despacho que dicha circunstancia no le resta mérito probatorio a las manifestaciones, toda vez, que los testimonios fueron rendidos bajo la gravedad de juramento; amén que los hechos expuestos se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, la versiones rendidas por los deponentes no resultan parcializadas ni afectan su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre la vinculación del actor a la entidad demandada como

compañeros de trabajo que conocieron la manera como este desarrolló su labor, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas.

De otro lado, en los documentos que contienen la descripción de la necesidad que se pretendía satisfacer con los contratos de prestación de servicios suscritos con el demandante y la conveniencia de la misma, emitidos por la Subdirección de Plantas Físicas de la Secretaría de Integración Social, se justificó la contratación, así:

- La Secretaría Distrital de Integración Social en el desarrollo económico, social y de obras públicas para Bogotá continua con la búsqueda de avanzar en la construcción de una ciudad en la que las acciones del gobierno se dirijan al mejoramiento de la calidad de vida de la ciudadanía, es así como se continúan desarrollando proyectos para la población más vulnerable de la ciudad, a través de diferentes procesos y actividades que deben ser coordinadas por las subdirecciones.
- En esta contratación se deben tener en cuenta los objetivos de los diversos proyectos que conforman la Secretaría como es la dirección elaboración, la Dirección de Análisis y Diseño Estratégico, del Plan de Obras de infraestructura nueva, remodelaciones, reforzamiento estructural, adecuaciones, ampliaciones y mantenimiento locativo, de acuerdo con las necesidades y prioridades enmarcadas dentro del Plan de Equipamiento del Sector de Bienestar.
- Por lo anterior, se hace conveniente garantizar el apoyo a la Subdirección de Plantas Físicas y al Área de Mantenimiento, para lo cual se requiere una persona con título de Bachiller, que atienda las actividades propias de las reparaciones locativas y mantenimiento de los Equipamientos que administra la Secretaría.
- La Secretaría Distrital de Integración Social no cuenta con el personal necesario para el ejercicio de las actividades que se deben tramitar de manera oportuna ante las diferentes SDIS.

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por el actor por más de 3 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 atendiendo los horarios y bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión.

**iii) Remuneración por el trabajo cumplido.**

Sobre el particular, advierte el Despacho que en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor Brayan Nicolás Ardila Llanes y la entidad demandada, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, la cual, se pagaba dentro de los veinte (20) primeros días de cada mes, previa certificación expedida por el Supervisor de los contratos de prestación de servicios, donde constara la correcta ejecución del contrato.

De acuerdo con lo anterior, se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que: i) el demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio como Auxiliar de mantenimiento locativo, servicio que, valga la pena anotar, **es propio de la actividad misional de la entidad contratante**, ii) recibía una remuneración por el trabajo prestado y iii) actuaba bajo subordinación y dependencia de la Subdirección de Plantas Fiscales y al Área de Mantenimiento al cual prestaba sus servicios.

Ahora bien, en el Oficio del 07 de junio de 2018, la Doctora María Clemencia Pérez Uribe, Directora de Gestión Corporativa de la Secretaría de Integración Social indicó que *“En los documentos que conforman las carpetas de los contratos de prestación de servicios profesionales firmados entre su poderdante y la Secretaría Distrital de Integración Social, se observa, que los mismos fueron suscritos para cumplir objetos*

determinados, (...) motivo por el cual, la contratación del señor BRAYAN NICOLAS ARDILA LLANES obedeció a la necesidad de la prestación del servicio, para ejecutar unos contratos con objetos específicos y con un plazo de ejecución definido.

Por su parte, por medio del Memorando No. I2021013751 del 5 de mayo de 2021, la Doctora Sandra Yobana Bacca Piñeros, Subdirectora de Plantas Físicas de la Secretaría de Integración Social, indicó que no existe en la planta de personal de la entidad cargos que ejerzan las funciones del demandante, así:

“(...)

*este es el caso del contrato de prestación de servicios cuya naturaleza hace que el mismo **no se corresponda con las actividades y cargos existentes en la planta de una entidad**, toda vez que una de sus razones es suplir necesidades que la planta no puede realizar o para las cuales no existe personal en ese momento. Por lo expuesto, los contratos de prestación de servicios no se basan en los empleos existentes en la entidad por lo cual no tienen equivalentes en la misma.” (Negrillas del Despacho)*

Sin embargo, el apoderado de la entidad demandada mediante escrito del 7 de marzo de 2019, aportó en medio magnético la Resolución 1387 del 10 de octubre de 2016, “*Por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de la Planta de Empleos de la Secretaría Distrital de Integración Social*”, en el cual se evidencia que está relacionado el cargo de auxiliar de servicios generales 470-08, del área funcional – Subdirección de Plantas Físicas – Mantenimiento Locativo de la entidad demandada, el cual tiene el siguiente propósito y funciones:

|  |   |
|--|---|
| <b>I. IDENTIFICACIÓN – AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES 470-08</b>  |   |
| <b>II. ÁREA FUNCIONAL – SUBDIRECCIÓN DE PLANTAS FÍSICAS – MANTENIMIENTO LOCATIVO</b>   |   |
| <b>III. PROPÓSITO PRINCIPAL</b>  |   |
| Apoyar la ejecución de obras tradicionales y no convencionales, las labores de mantenimiento, las reparaciones y/o adecuaciones de las unidades operativas de la SDIS en cuanto a carpintería, pintura, plomería, instalaciones eléctricas, cerrajería, reparaciones menores de albañilería, con el fin de mantener en buen estado de conservación los bienes muebles e inmuebles de la Entidad. |   |
| <b>IV. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES</b>   |   |
| <b>1.</b> Apoyar la ejecución de obras tradicionales y no convencionales en las unidades operativas, de acuerdo a las instrucciones impartidas y la normatividad legal vigente.  | <b>4.</b> Verificar y hacer revisiones permanentes a las instalaciones en las áreas de trabajo, velando por el buen estado de las plantas físicas de la Secretaría Distrital de Integración Social. |
| <b>2.</b> Apoyar las labores de mantenimiento de Carpintería y pintura en las unidades operativas, según las instrucciones impartidas por la autoridad competente.   | <b>5.</b> Apoyar el traslado de muebles y equipos cuando se requiera su reubicación, de acuerdo a las instrucciones impartidas por la autoridad competente.   |
| <b>3.</b> Apoyar las labores de mantenimiento de Cerrajería y reparaciones menores de albañilería, según las instrucciones impartidas por la autoridad competente.   | <b>6.</b> Las demás que le asigne la autoridad competente y correspondan a la naturaleza del empleo.  |

En ese sentido, se evidencia que las labores que desempeñó el demandante como auxiliar para el desarrollo de los procesos administrativos y operativos, las ejercen empleados de planta de la entidad y, como quedó sentado en los contratos de prestación de servicios y en las justificaciones de los mismos, para el correcto desarrollo de su objeto misional fue necesario la contratación del señor Brayan Nicolás Ardila Llanes, debido a la falta de personal de la Secretaría Distrital de Integración Social.

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 se encontraba en las mismas condiciones del empleo de **auxiliar de servicios generales – Código 470-08**, cargo que pertenece a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de los contratos suscritos entre la Secretaría Distrital de

Integración Social y el señor Brayan Nicolás Ardila Llanes, razón por la cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que haya lugar, debidamente indexadas como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer al demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Ahora bien, es importante advertir que no por el hecho de que se tipifique la relación laboral 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 y, pese, a que el empleo desempeñado por el actor hace parte de la planta de personal de la Secretaría Distrital de Integración Social, no se reúnen a satisfacción los demás 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 emolumentos<sup>6</sup>,*

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones

*incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión<sup>7</sup>.*

*Con lo anterior se tiene que en este punto no le asiste razón al a quo cuando decidió negar la pretensión referida al reconocimiento en favor de la accionante de estas últimas prestaciones, por lo que se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos”.*

#### **5.4. De las prestaciones sociales**

##### **5.4.1. Pago del 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 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*

---

establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse** en un **75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

*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.

#### **5.4.2. Cesantías, intereses y sanción moratoria por el no pago de las cesantías.**

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso

Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en Sentencia del 6 de octubre de 2016, señaló:

*“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, **el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.** En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a 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 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.

#### **5.4.3. Dotación de Calzado y vestido de labor.**

Sobre el particular, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018<sup>8</sup>, indicó:

*“Sobre la “dotación de calzado y vestido de labor” que solicita el demandante a título de restablecimiento del derecho, no es*

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018, M. P. Dr.: César Palomino Cortés, expediente No. 68001-23-31-000-2010- 00799-01, actor: Pablo Emilio Torres Garrido, demandado: E.S.E Centro de Salud Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander.

*procedente en la medida en que el artículo 1 de la Ley 70 de 1988 reguló el derecho que le asiste a “los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente (...) resaltado fuera del texto”, supuestos que no concurren en el caso concreto”*

De conformidad con la jurisprudencia cita, encuentra el Despacho que al demandante no le asiste el derecho a la indemnización de perjuicios reclamada por concepto de calzado y vestido de labor, dado que los honorarios que percibió por las funciones que desarrolló, superan más de dos veces el salario mínimo legal mensual para cada vigencia, tal como se desprende de la certificación de las órdenes o contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, desde el 2014 hasta el 2016.

#### **5.4.4. 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 2019<sup>9</sup>, 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’<sup>10</sup>” (Negrilla fuera del texto original).*

Bajo dicho marco jurisprudencial, se concluye que no es dable ordenar a la entidad demandada que realice el reembolso 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 Brayan Nicolás Ardila Llanes.

#### **5.4.5. 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:

---

<sup>9</sup> Actor: Jorge Arturo Acuña García, Demandado: Ministerio de Justicia y otro

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de junio de 2013, C.P., Dr. Luis Rafael Vergara Quintero y Sentencia de 27 de abril de 2016, rad. 68001-23-31-000-2010-00090-01(3480-14). C.P. Dr. William Hernández Gómez.

*“(...) 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.

#### **5.4.6. Cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar.**

Respecto de las cotizaciones a las Cajas de Compensación Familiar, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”<sup>11</sup>, refirió:

*“(...) Bajo los anteriores supuestos, observa la Subsección que en el caso concreto no se acreditó por parte del señor Luis Eduardo Moreno Caro la calidad de beneficiario del subsidio familiar reprochado, pues el artículo 5° de la citada Ley 21 de 1982 prevé que “El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios...”, enlistando los requisitos en su artículo 18, así:*

*“1°. Tener el carácter de permanentes.*

*2°. Encontrarse dentro de los límites de remuneración señalados en el artículo 20;*

*3°. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajado indicados en el artículo 23, y*

*4°. Tener personas a cargo, que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el Capítulo IV de esta ley.*

*” De cuyo numeral cuarto, el artículo 27 establece que darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:*

*“1°. Los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros.*

*2°. Los hermanos huérfanos de padre.*

*3°. Los padres del trabajador”.*

*Y a renglón seguido, determina que esos familiares se consideran*

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”, C P. Dr.: César Palomino Cortés, mediante sentencia del 14 de marzo de 2019, expediente No. 15001-23-31-000-2012-00042-01(3246-15), actor: Luis Eduardo Moreno Caro, demandado: Departamento de Boyacá – Casa del Menor Marco Fidel Suárez.

*personas a cargo cuando convivan y dependan económicamente del trabajador, sumado a que se hallen dentro de los condicionamientos indicados en el articulado sucesivo”.*

Del anterior criterio jurisprudencial, se colige que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los aportes correspondientes a la Caja de Compensación Familiar, en razón a que no demostró estar dentro de los presupuestos para ser beneficiario del subsidio familiar.

### **5.5. De la prescripción.**

Con el objeto de estudiar de oficio la excepción de prescripción, es menester precisar que este Despacho en las controversias orientadas a la declaración de la existencia de una relación laboral, como la que ahora ocupa el Despacho, había adoptado el 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<sup>12</sup>, según la cual “... **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**, y en ese sentido, daba aplicación, a lo dispuesto 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), que dispuso que “... *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”.*

---

<sup>12</sup> Asunto: sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro, temas: contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

Ahora bien, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre del mismo año, respecto al fenómeno prescriptivo, dispuso:

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

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

*138. Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. Tanta ha sido la heterogeneidad de las decisiones, que en algunas providencias se han computado plazos que van desde «un día», «15 días hábiles»; y, unas menos, hasta más de un mes inclusive. De ahí la necesidad de unificar la jurisprudencia de la Sección en torno a un término de referencia de interrupción y a la definición del momento desde el cual debe iniciarse su cómputo, con el objetivo de identificar si se produjo o no la ruptura de la unidad contractual y, de concretarse esta, la consecuente prescripción de los derechos reclamados.*

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

*140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por*

la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.

(...)

Y más adelante, agregó:

### **“3.2.1. Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia**

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. Con todo, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

[...] 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.

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

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

149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

### **3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad**

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse” (Negrilla del texto original).

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era de la tesis que la interrupción de un día entre uno u otro contrato conllevaba a la aplicación del fenómeno prescriptivo, varía dicha posición y acoge el criterio

interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual debe tenerse en cuenta un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios.

Ahora bien, de conformidad con la certificación expedida por la Subdirectora de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social del 8 de junio de 2018, así como de los contratos aportados al plenario, los mismos fueron celebrados así:

Del 16 de septiembre de 2014 al 15 de enero de 2015

Del 26 de enero al 25 de julio de 2015

Del 28 de julio de 2015 al 28 de enero de 2016

Del 22 de febrero al 21 de junio de 2016

Del 22 de junio de 2016 al 30 de enero de 2017

Como puede verse, entre los contratos de prestación de servicios, **no existieron lapsos de interrupción superiores a los treinta (30) días hábiles** a los que hace alusión la sentencia de unificación citada anteriormente, por lo que se concluye que el demandante prestó sus servicios de forma continua e ininterrumpida desde el **16 de septiembre de 2014 al 30 de enero de 2017**.

Así las cosas, en consideración a que el demandante presentó reclamación administrativa mediante escrito del **31 de mayo de 2018** y que en los contratos celebrados hubo vocación de permanencia en la labor, se concluye que no se configuró fenómeno prescriptivo alguno.

#### **5.6.Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por la parte actora al Sistema de Seguridad Social en Salud.**

Respecto a los aportes efectuados en exceso a salud por el contratista, el Despacho era del criterio de reconocer a título de reparación integral del daño, el pago de dichos aportes en el porcentaje correspondiente al empleador, en virtud de la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, por cuanto no existe una disposición de orden

legal que señale expresamente un término que extinga la posibilidad de reclamarlos en cualquier tiempo, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, en la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, al indicar: *“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”*.

Sin embargo, en la aludida sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 9 de septiembre de 2021, aclarada el 11 de noviembre del mismo año, se dispuso la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el Contratista al Sistema de Seguridad Social en Salud, así:

***“3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.***

*163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.*

*164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud,*

no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal**” (Negrilla del texto original y subrayado del despacho).

Y más adelante, indicó:

“236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».137 Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley138, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal»” (Negrillas del texto original).

En ese sentido, esta Juzgadora varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en la providencia referenciada, en el sentido de que es improcedente el reembolso de los aportes a salud que el contratista hubiese realizado de más, por tratarse de contribuciones de pago obligatorio, con una destinación específica y con carácter parafiscal.

Por lo anterior, no procede ordenar la devolución de los aportes a salud que efectuó el demandante en su calidad de contratista de la Secretaría

Distrital de Integración Social, como quiera que éstos fueron debidamente cotizados al Sistema General de Seguridad Social al existir una obligación legal de realizar dicha contribución, los cuales por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal no admiten otro tipo de destinación que el sostenimiento mismo del sistema sanitario.

### **5.7. De los aportes no efectuados por el contratante al Sistema General de Pensiones.**

Sobre el particular, es menester precisar que en la misma sentencia de Unificación que se viene de leer, sobre los aportes no efectuados por la parte contratante al fondo de pensiones, se dispuso:

*“De igual manera la entidad demandada deberá a título de restablecimiento del derecho tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de el demandante (sobre los honorarios pactados), dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Manco Quiroz como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.*

*Por último, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema general de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación y, en el evento de no haberlo hecho o existir diferencia en su contra deberá pagar o completar según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora”.*

En consecuencia, la entidad demandada deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones del actor la suma faltante por concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, con fundamento en el Ingreso Base de Cotización correspondiente a los honorarios pactados.

### **5.8. 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 **BRAYAN NICOLÁS ARDILA LLANES**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.022.962.871 de Bogotá y BOGOTÁ, D. C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.

**SEGUNDO.- DECLARAR** la nulidad del Oficio No. SAL 55021 del 07 de junio de 2018, a través del cual la doctora María Clemencia Pérez Uribe, Directora de Gestión Corporativa de la Secretaría Distrital de Integración Social, 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 ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, **RECONOCER Y PAGAR** al señor **BRAYAN NICOLÁS ARDILA LLANES**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.022.962.871 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, que devenga un **auxiliar de servicios generales – Código 470-08**, 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 **16 de septiembre de 2014 y el 30 de enero de 2017**.

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 ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.- SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL a **EFFECTUAR** las correspondientes cotizaciones al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta la totalidad del tiempo laborado por el señor BRAYAN NICOLÁS ARDILA LLANES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.022.962.871 de Bogotá, tomado el ingreso base de cotización o IBC pensional de éste, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes. De existir diferencias entre los aportes dados y los que se debieron realizar, **COTIZAR** la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Lo anterior, una vez la parte actora acredite 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.

**QUINTO.-** Sin costas a cargo de la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.- SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.

**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**



**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

*Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, D. C.  
Expediente No. 2018-00357-00*

Código de verificación: **bc868d2790b298848e196a22c05742dd4b93393149504536ae6ade9a47e4d339**

Documento generado en 26/01/2022 07:29:59 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., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2018**-00**501**-00  
**Demandante:** **HÉCTOR AUGUSTO GIRALDO CAICEDO**  
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD  
NORTE E. S. E. – HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR III NIVEL  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **HÉCTOR AUGUSTO GIRALDO CAICEDO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.236.107 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda contra la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E. S. E., 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 10 de septiembre de 2020, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

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

El apoderado de la parte actora estima desconocidas las siguientes normas:

**2.1. Constitucionales:** 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 a 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 6° 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 Simón Bolívar, como quiera que están relacionadas con el servicio de salud.

Precisó que el actor al momento de ejercer sus funciones como auxiliar de farmacia 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 del 21 de junio de 1999 al 28 de febrero de 2018.

### **III. CONTESTACIÓN**

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito del **25 de junio de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Manifestó que el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes se adelantó con sujeción a lo establecido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así como al amparo de lo dispuesto en el artículo 122 de la constitución política.

Indicó que los trabajadores que se vinculen por medio de contrato de prestación de servicios, no generan ningún tipo de estabilidad laboral o de derechos adquiridos, dado que existe una serie de requisitos previos para el desarrollo o ejecución del objeto contractual, tales como el pago de la seguridad social y otros que de no presentarse por parte del contratista implican la imposibilidad de continuar con la relación laboral.

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) Legalidad del acto administrativo acusado:** Señaló que el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a la constitución y a la Ley, por lo cual, el oficio acusado goza de presunción de validez y afirmó que la ilegalidad del mismo debe ser acreditada probatoriamente por la parte demandante.

**iii) falta de causa e inexistencia de la obligación:** Indicó que si bien entre el demandante y la entidad se suscribieron varios contratos de prestación de servicios, esto no implica una relación o vínculo laboral, toda vez, que el contrato de prestación de servicios es de naturaleza civil y no laboral, en los términos del numeral tercero del artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Alude a que, el demandante en autonomía de su voluntad prestó el servicio de una forma tiempo determinada, sin que ello signifique subordinación y prestación personal, toda vez, que el contratista tiene conocimiento de la necesidad del servicio y las condiciones en que se requiere la prestación, de manera que el hecho de ejercer supervisión al contrato y exigir su cumplimiento a la luz de lo pactado no puede convertirse en una relación laboral.

**iv) Inexistencia de la calidad de empleado público:** Sostuvo que la relación entre las partes se generó únicamente en virtud de un contrato de prestación de servicios, el cual tuvo como propósito desarrollar

actividades administrativas propias de la entidad estatal que contrata para propugnar su adecuado funcionamiento, teniendo en cuenta que la actividad no puede llevarse a cabo con personal de planta, por lo cual, la calidad que ostentó la parte actora, siempre fue la de contratista. Así mismo, señaló que no se reúnen los requisitos esenciales exigidos por la Constitución y la ley para ostentar dicha calidad.

Agregó que, sin que se acepte el vínculo laboral entre las partes, se debe tener en cuenta que aún el reconocimiento judicial de un contrato realidad, no le confiere al demandante la calidad de empleado público, toda vez, que el ingreso a la función pública tiene un carácter reglado.

**v) Genérica:** Solicitó que se declaren las excepciones que resulten probadas dentro del proceso.

Así mismo, propuso la excepción de caducidad, la cual fue resuelta desfavorablemente en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 10 de septiembre de 2020.

#### **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**

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito del **2 de noviembre de 2021**, allegado vía correo, el mismo día, solicitó que no se acceda a las pretensiones de la demanda, toda vez, que (i) el señor Giraldo, sostuvo una relación contractual propia de los contratos de prestación de servicios con la Subred Norte E.S.E., (ii) que sus actividades se ejecutaron con plena autonomía e independencia y (iii) sin que pueda señalarse

subordinación alguna.

Señaló que la contratación civil de prestación de servicios del demandante se efectuó con el lleno de los requisitos legales, y que obedeció exclusivamente a la necesidad de entrega de productos especializados que no podían ser generados por el personal de la planta de la entidad, que represento por un tiempo prudente que no obra en contravía de la Ley y jurisprudencia aplicable, ajustándose al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Expresó que, la parte demandante no allegó al proceso material probatorio que permita afirmar, sin asomo de duda, la configuración de los elementos esenciales de un contrato de trabajo.

Indicó que en las pruebas testimoniales recaudadas, los deponentes declararon que i) no presenciaron que al demandante se le impartieran órdenes, ni llamados de atención, iii) no hubo coincidencia en las actividades realizadas entre unos y otros, iv) no hubo citación a capacitaciones, v) no se le entregaron elementos de trabajo, por lo cual, afirma que no hubo existencia del contrato realidad deprecado en el presente proceso.

En ese sentido, afirmó que bajo ninguna circunstancia podría predicarse la existencia de una relación de trabajo, cuando nadie pudo constatar que el demandante fue sometido a las supuestas directrices imperativas de la entidad, que éste no pudiera autónomamente guiar su profesión o celebrar contratos laborales con empresas públicas y privadas, que recibiera órdenes y/o llamados de atención.

Adujo que, se incorporaron al proceso pruebas que demuestran que quienes ejercieron la supervisión de los contratos suscritos por el actor con la entidad, respetaron su autonomía e independencia, concluyendo que, no es cierto que el demandante fue coartado en sus libertades y menos que fuere sometido a subordinación.

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

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

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

Frente a las excepciones de **legalidad del acto administrativo acusado, falta de causa, inexistencia de la obligación e inexistencia de la calidad de empleado público** este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden al Despacho resolver de fondo la controversia planteada, razón por la cual deben tenerse como alegaciones de la defensa y, por tanto, es preciso proferir fallo que resuelva 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 **genérica**, se advierte que, tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 10 de septiembre de 2020, no se encontraron excepciones que debieran ser declaradas de oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

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

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante que sustenta los hechos y pretensiones:

##### **5.2.1. Documentales.**

**5.2.2.** Petición elevada el 29 de mayo de 2018, a través de la cual el demandante le solicitó a la entidad demandada, que le reconozca y pague las prestaciones salariales, legales y extralegales, por haber laborado como Auxiliar de Farmacia en el Hospital Simón Bolívar III Nivel, durante el periodo comprendido entre el 21 de junio de 1999 y el 28 de febrero de 2018.

**5.2.3.** Oficio No. 20181100133831 del 18 de junio de 2018, por medio del cual la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., 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 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por lo cual, siempre actuó bajo su autonomía y no existió subordinación alguna.

**5.2.4.** Certificaciones expedidas por el Director de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., en las que consta los contratos de prestación de servicios que suscribió el demandante con la entidad, especificando la fecha de inicio y finalización.

**5.2.5.** Contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante con el Hospital Simón Bolívar III Nivel, por el periodo comprendido entre el 21 de junio de 1999 y el 28 de febrero de 2018, cuyo objeto se circunscribió a desarrollar labores de auxiliar de farmacia.

**5.2.6.** Hoja de vida del señor Héctor Augusto Giraldo Caicedo

**5.2.7.** 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”*.

**5.2.8.** Certificación expedida el 12 de junio de 2018, por medio de la cual el Director de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud

Norte E.S.E., hizo constar las fechas en que el demandante desarrolló su labor como Auxiliar de Farmacia, en virtud de los contratos de servicios que suscribió con la entidad, desde el 1 de enero de 2008 al 28 de febrero de 2018.

**5.2.9.** Programación de actividades mensuales del Hospital Simón Bolívar III Nivel, en las cuales se relaciona al demandante, en el servicio de farmacia.

### **5.2.3 Interrogatorio de parte y Testimonios**

**5.2.3.** Declaraciones rendidas el 5 de octubre de 2020, por las señoras NELLY SUSANA BUSTOS AMAYA y LUZ ÁNGELA PÁEZ PÁEZ, ante este Despacho por medio de la plataforma Microsoft teams y acta contentiva de dicha diligencia e Interrogatorio de parte del demandante, realizado en la misma fecha.

## **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo 10 de septiembre de 2020, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si el señor Héctor Augusto Giraldo Caicedo, tiene derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculado bajo la modalidad de prestación de servicios en el Hospital Simón Bolívar III Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E. S. E. y, en consecuencia, se efectúe el pago de salarios y prestaciones sociales que se le adeudarían en virtud de dicho vínculo laboral.

### **5.3.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO**

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...”*, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

**“Artículo 2.** Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

*Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.*

*Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.*

*Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.*

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones*<sup>1</sup>. (Negrita del Despacho).

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 “por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”, contempla:

**“Artículo 1°.-** El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.

**Artículo 2°.-** Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.

**Artículo 3°.-** Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son 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*

---

<sup>1</sup> La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

*o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.*

**Artículo 4°.-** *Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes*

**Artículo 5°.-** *Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.*

**Artículo 7°.-** **Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.**

*La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Negrita del Despacho)*

De la normatividad en cita, es claro que no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios, en tratándose de funciones públicas de carácter permanente.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53<sup>2</sup> la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

---

<sup>2</sup> ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;  
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Igualmente, en el Capítulo II *ibídem*, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

*“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)”*

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

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 *“Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, en el numeral 3° del artículo 32, determinó:

*“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.*

*(...)*

*3o. Contrato de Prestación de Servicios.*

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

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”<sup>3</sup>*

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) **los contratistas de prestación de servicio: vinculados a través de un contrato estatal.**

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las

---

<sup>3</sup> Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios: i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad; ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente, en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, así:

*“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:*

**a.** *La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

*El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de 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 concurran 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 laborales<sup>4</sup>.***

*De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda<sup>5</sup> recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás*

---

<sup>4</sup> En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

<sup>5</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

*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).*

Posteriormente, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre de 2021, respecto a los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios, sostuvo:

**“2.3.3. Criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios**

95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.

97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual”.

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

*“100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «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».*

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

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

#### **“2.3.3.2. Subordinación continuada**

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

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

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

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

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

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

*el objeto misional de la entidad.*

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

Luego, indicó respecto a la prestación del servicio, lo siguiente:

#### **“2.3.3.3. Prestación personal del servicio**

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

Así mismo, en cuanto a la remuneración, afirmó:

#### **“2.3.3.4. Remuneración**

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

## **5.4. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.**

### **5.4.1. De la solicitud de desestimación del testimonio de la señora Nelly Susana Bustos Amaya.**

El apoderado de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonio llevada a cabo el 5 de octubre de 2020, tachó de sospechoso el testimonio de la señora Nelly Susana Bustos Amaya, al sostener que promovió una demanda en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.

S. E., por hechos similares, efecto para el cual, confirió poder al mismo abogado que representa los intereses del demandante.

Descorrido el traslado de tal solicitud, el apoderado de la parte demandante indicó que el hecho de que una testigo instaure un proceso en contra de la entidad demandada, no es obstáculo para que pueda rendir testimonio, bajo el entendido de que, para ello, se encuentra bajo gravedad de juramento. Por su parte, la señora Agente del Ministerio Público solicitó que la tacha formulada fuera resuelta al momento de proferirse la decisión de fondo que dirima la controversia.

Sobre el particular, el artículo 211 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que *“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”*.

A su vez, dicha normativa preceptúa que la tacha deberá formularse con la expresión de las razones en que se funda, sin que se especifique si la misma deba hacerse antes, durante o después de la deposición y prevé que dicha solicitud se resolverá en la sentencia de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de Procedimiento Civil<sup>6</sup>, señala en relación con la tacha de testigos, que dicha figura en momento alguno impide que se reciba la declaración del testigo, sino que lo que se pretende es que el juez en el momento del fallo o de resolver el incidente, aprecie con especial atención y mayor severidad la versión respectiva.

---

<sup>6</sup> Tomo 3 - Pruebas, Segunda Edición 2008, página 192

En ese sentido, se advierte que, en efecto, la señora Nelly Susana Bustos Amaya, en la 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 le resta mérito probatorio a su testimonio, toda vez, que la deponente como compañera de trabajo del demandante en el Hospital Simón Bolívar, conoce de forma directa la manera como este desarrolló su labor, amén que su 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 la 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 Héctor Augusto Giraldo Caicedo reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales que aduce tiene derecho, por el tiempo en que prestó sus servicios como Auxiliar de farmacia en la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E. S. E.

Por su parte, la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., mediante el Oficio 20181100133831 del 18 de junio de 2018, 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 3° del artículo 32 de la Ley 80 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 de prestación de servicios, obrantes en el plenario, así como las certificaciones expedidas por la entidad demandada, quedó plenamente demostrado que el actor prestó sus servicios como **Auxiliar de Farmacia** al Hospital Simón Bolívar, por el periodo comprendido entre el 21 de junio de 1999 y el 28 de febrero de 2018, de la siguiente forma:

| No. de contrato          | Fecha de ingreso | Fecha de terminación | Objeto Contractual   |
|--------------------------|------------------|----------------------|----------------------|
| 1516-1999                | 21-06-1999       | 13-07-1999           | Auxiliar de Farmacia |
| 1980-1999                | 27-07-1999       | 22-08-1999           | Auxiliar de Farmacia |
| 1516-1999                | 21-06-1999       | 13-07-1999           | Auxiliar de Farmacia |
| 2811-1999                | 01-09-1999       | 04-10-1999           | Auxiliar de Farmacia |
| 3235-1999                | 08-10-1999       | 07-11-1999           | Auxiliar de Farmacia |
| 3641-1999                | 11-11-1999       | 10-12-1999           | Auxiliar de Farmacia |
| 4005-1999                | 11-12-1999       | 31-12-1999           | Auxiliar de Farmacia |
| 0021-2000                | 03-01-2000       | 28-01-2000           | Auxiliar de Farmacia |
| 645-2000                 | 03-02-2000       | 24-02-2000           | Auxiliar de Farmacia |
| 675-2000                 | 01-03-2000       | 22-03-2000           | Auxiliar de Farmacia |
| 1060-2000                | 01-04-2000       | 10-05-2000           | Auxiliar de Farmacia |
| 1435-2000                | 11-05-2000       | 23-05-2000           | Auxiliar de Farmacia |
| 1595-2000                | 01-06-2000       | 30-06-2000           | Auxiliar de Farmacia |
| 2026-2000                | 04-07-2000       | 31-07-2000           | Auxiliar de Farmacia |
| 2160-2000                | 01-08-2000       | 31-08-2000           | Auxiliar de Farmacia |
| 2262-2000                | 01-09-2000       | 30-09-2000           | Auxiliar de Farmacia |
| 2878-2000                | 01-10-2000       | 31-10-2000           | Auxiliar de Farmacia |
| 3329-2000                | 01-11-2000       | 30-11-2000           | Auxiliar de Farmacia |
| 3540-2000                | 01-12-2000       | 31-12-2000           | Auxiliar de Farmacia |
| 333-2001                 | 01-01-2001       | 31-01-2001           | Auxiliar de Farmacia |
| 472-2001                 | 01-02-2001       | 28-02-2001           | Auxiliar de Farmacia |
| 870-2001                 | 01-03-2001       | 31-03-2001           | Auxiliar de Farmacia |
| 1016-2001                | 01-04-2001       | 30-04-2001           | Auxiliar de Farmacia |
| 1183-2001                | 01-05-2001       | 31-05-2001           | Auxiliar de Farmacia |
| 1589-2001                | 01-06-2001       | 30-06-2001           | Auxiliar de Farmacia |
| 1757-2001                | 01-07-2001       | 31-07-2001           | Auxiliar de Farmacia |
| 2179-2001                | 01-08-2001       | 31-08-2001           | Auxiliar de Farmacia |
| 2427-2001                | 28-09-2001       | 10-10-2001           | Auxiliar de Farmacia |
| Acta de Conciliación 315 | 11-10-2001       | 10-12-2001           | Auxiliar de Farmacia |

*Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, D. C.  
Expediente No. 2018-00501-00*

|                         |            |            |                      |
|-------------------------|------------|------------|----------------------|
| 2696-2001               | 11-12-2001 | 31-12-2001 | Auxiliar de Farmacia |
| 018-2002                | 01-01-2002 | 30-04-2002 | Auxiliar de Farmacia |
| 493-2002                | 01-05-2002 | 15-06-2002 | Auxiliar de Farmacia |
| 919-2002                | 16-06-2002 | 31-10-2002 | Auxiliar de Farmacia |
| Acta de conciliación 84 | 01-11-2002 | 30-11-2002 | Auxiliar de Farmacia |
| 1526-2002               | 02-12-2002 | 31-12-2002 | Auxiliar de Farmacia |
| 221-2003                | 02-01-2003 | 31-03-2003 | Auxiliar de Farmacia |
| 643-2003                | 01-04-2003 | 15-05-2003 | Auxiliar de Farmacia |
| 908-2003                | 16-05-2003 | 15-06-2003 | Auxiliar de Farmacia |
| 1249-2003               | 24-06-2003 | 31-07-2003 | Auxiliar de Farmacia |
| 1566-2003               | 01-09-2003 | 15-10-2003 | Auxiliar de Farmacia |
| 1971-2003               | 23-10-2003 | 30-11-2003 | Auxiliar de Farmacia |
| 2104-2003               | 01-12-2003 | 31-12-2003 | Auxiliar de Farmacia |
| 239-2004                | 01-01-2004 | 29-02-2004 | Auxiliar de Farmacia |
| 562-2004                | 01-03-2004 | 30-04-2004 | Auxiliar de Farmacia |
| 921-2004                | 01-05-2004 | 30-06-2004 | Auxiliar de Farmacia |
| 1238-2004               | 01-07-2004 | 20-07-2004 | Auxiliar de Farmacia |
| Contrato de Transacción | 21-07-2004 | 31-08-2004 | Auxiliar de Farmacia |
| Contrato de Transacción | 01-09-2004 | 30-09-2004 | Auxiliar de Farmacia |
| Contrato de Transacción | 01-10-2004 | 30-11-2004 | Auxiliar de Farmacia |
| Contrato de Transacción | 01-12-2004 | 31-12-2004 | Auxiliar de Farmacia |
| 263-2005                | 03-01-2005 | 31-03-2005 | Auxiliar de Farmacia |
| 927-2005                | 01-04-2005 | 30-04-2005 | Auxiliar de Farmacia |
| 1344-2005               | 02-05-2005 | 30-09-2005 | Auxiliar de Farmacia |
| 2096-2005               | 01-10-2005 | 31-10-2005 | Auxiliar de Farmacia |
| Contrato de transacción | 01-11-2005 | 30-11-2005 | Auxiliar de Farmacia |
| 3000-2005               | 01-12-2005 | 31-12-2005 | Auxiliar de Farmacia |
| 429-2006                | 02-01-2006 | 30-06-2006 | Auxiliar de Farmacia |
| Contrato de transacción | 01-07-2006 | 31-07-2016 | Auxiliar de Farmacia |
| 1126-2006               | 01-08-2006 | 31-12-2006 | Auxiliar de Farmacia |
| 504-2007                | 02-01-2007 | 30-01-2007 | Auxiliar de Farmacia |
| 1081-2007               | 01-02-2007 | 31-08-2007 | Auxiliar de Farmacia |
| 1864-2007               | 01-09-2007 | 31-10-2007 | Auxiliar de Farmacia |
| Contrato de transacción | 01-11-2007 | 30-11-2007 | Auxiliar de Farmacia |
| 2458-2007               | 01-12-2007 | 31-12-2007 | Auxiliar de Farmacia |
| 499-2008                | 01-01-2008 | 31-01-2008 | Auxiliar de Farmacia |
| 1074-2008               | 01-02-2008 | 31-07-2008 | Auxiliar de Farmacia |
| 1800-2008               | 01-08-2008 | 31-08-2008 | Auxiliar de Farmacia |
| 2355-2008               | 01-09-2008 | 31-10-2008 | Auxiliar de Farmacia |
| 2940-2008               | 01-11-2008 | 30-11-2008 | Auxiliar de Farmacia |
| Contrato de transacción | 01-12-2008 | 31-12-2008 | Auxiliar de Farmacia |
| 514-2009                | 02-01-2009 | 31-01-2009 | Auxiliar de Farmacia |
| 1046-2009               | 01-02-2009 | 31-05-2009 | Auxiliar de Farmacia |
| 1633-2009               | 01-06-2009 | 30-06-2009 | Auxiliar de Farmacia |
| 2131-2009               | 01-07-2009 | 31-07-2009 | Auxiliar de Farmacia |
| Contrato de Transacción | 01-08-2009 | 31-08-2009 | Auxiliar de Farmacia |
| Contrato de Transacción | 01-09-2009 | 30-09-2009 | Auxiliar de Farmacia |
| Contrato de Transacción | 01-10-2009 | 06-10-2009 | Auxiliar de Farmacia |

|                         |            |            |                      |
|-------------------------|------------|------------|----------------------|
| 3310-2009               | 07-10-2009 | 31-10-2009 | Auxiliar de Farmacia |
| Contrato de Transacción | 01-11-2009 | 30-11-2009 | Auxiliar de Farmacia |
| Contrato de Transacción | 01-12-2009 | 31-12-2009 | Auxiliar de Farmacia |
| Contrato de transacción | 01-01-2010 | 03-01-2010 | Auxiliar de Farmacia |
| 556-2010                | 04-01-2010 | 31-01-2010 | Auxiliar de Farmacia |
| 1147-2010               | 01-02-2010 | 28-02-2010 | Auxiliar de Farmacia |
| 1826-2010               | 01-03-2010 | 31-03-2010 | Auxiliar de Farmacia |
| 2523-2010               | 01-04-2010 | 31-07-2010 | Auxiliar de Farmacia |
| 3494-2010               | 01-08-2010 | 31-12-2010 | Auxiliar de Farmacia |
| 347-2011                | 01-01-2011 | 31-01-2011 | Auxiliar de Farmacia |
| 1002-2011               | 01-02-2011 | 28-02-2011 | Auxiliar de Farmacia |
| 1772-2011               | 01-03-2011 | 30-04-2011 | Auxiliar de Farmacia |
| 2652-2011               | 01-05-2011 | 30-06-2011 | Auxiliar de Farmacia |
| 3485-2011               | 01-07-2011 | 31-10-2011 | Auxiliar de Farmacia |
| 4274-2011               | 01-11-2011 | 31-12-2011 | Auxiliar de Farmacia |
| 189-2012                | 01-01-2012 | 29-02-2012 | Auxiliar de Farmacia |
| 1169-2012               | 01-03-2012 | 31-12-2012 | Auxiliar de Farmacia |
| 0157-2013               | 02-01-2013 | 31-12-2013 | Auxiliar de Farmacia |
| 667-2014                | 01-01-2014 | 31-12-2014 | Auxiliar de Farmacia |
| 259-2015                | 01-01-2015 | 31-01-2015 | Auxiliar de Farmacia |
| 1361-2015               | 01-02-2015 | 31-12-2015 | Auxiliar de Farmacia |
| 0521-2016               | 01-01-2016 | 31-01-2016 | Auxiliar de Farmacia |
| 1618-2016               | 01-02-2016 | 30-06-2016 | Auxiliar de Farmacia |
| 1396-2016               | 01-07-2016 | 31-07-2016 | Auxiliar de Farmacia |
| 455-2016                | 01-08-2016 | 30-09-2016 | Auxiliar de Farmacia |
| 4251-2016               | 01-10-2016 | 31-12-2016 | Auxiliar de Farmacia |
| 0161-2017               | 01-01-2017 | 31-01-2018 | Auxiliar de Farmacia |
| 1170-2018               | 01-02-2018 | 28-02-2018 | Auxiliar de Farmacia |

En este sentido, se encuentra demostrado que el demandante prestó sus servicios en el Hospital Simón Bolívar, a través de la celebración de sendos contratos de prestación de servicios personales suscritos desde el 21 de junio de 1999 hasta el 28 de febrero de 2018, **de forma interrumpida**, como auxiliar de farmacia, cuyos objetos contractuales en términos generales estaban encaminados a: **i)** apoyar la dispensación de medicamentos, **ii)** realizar la recepción de fórmulas, dosificación, alistamiento, entrega y devolución de medicamentos y dispositivos médicos, **iii)** apoyar las actividades y procedimientos de almacenamiento, reacondicionamiento, cadena de frío y distribución de medicamentos, **iv)** diligenciar los formularios de suministros medicamentos No Pos a pacientes hospitalizados, entregar a facturación periódicamente soportes de medicamentos No Pos de EPS, entes territoriales y SOAT, **v)** aplicar las normas de bioseguridad, prestar apoyo al control de factores ambientales y fechas de vencimiento, **vi)** controlar los inventarios, **vii)** cumplir los procedimientos del aérea, diligenciar los perfiles farmacoterapéuticos a los pacientes, clasificar, ordenar, realizar los inventarios y pedidos periódicos de los medicamentos al almacén.

Sobre el particular, la señora Nelly Susana Bustos Amaya en la declaración rendida ante este Despacho el 5 de octubre de 2020, respecto a las funciones que desempeñaba el actor, señaló que i) realizaba la dosificación del medicamento, ii) preparaba los medicamentos para subirlos al piso del hospital que se requería, iii) digitalizaba la fórmula y iv) realizaba el inventario

Por su parte, la señora Luz Ángela Páez Páez al rendir testimonio en la misma fecha indicó que el actor hacía parte de los auxiliares de farmacia y refirió que desarrollaba la función de dispensar los medicamentos e inventariarlos.

Así las cosas, se encuentra acreditado que el demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se incorporó en las cláusulas décima de los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión del contrato sin contar con la autorización previa de la entidad.

Al respecto, las mencionadas deponentes fueron coincidentes en señalar que el actor desarrollaba sus funciones en la farmacia del Hospital Simón Bolívar.

## **ii) Subordinación o dependencia.**

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en la cláusulas quinta de los contratos de prestación de servicios obrantes a folios 18 a 188 del plenario y se estableció que el contratista realizaría su actividad con total autonomía e independencia y, en desarrollo del mismo, no se generaría vínculo laboral alguno entre las partes.

No obstante, obra en el plenario la Programación de actividades del área de servicio Farmacéutico del Hospital Simón Bolívar, en la cual consta los turnos que eran asignados al demandante por el Coordinador de Farmacia y el Subdirector Científico, de los que se advierte que debía realizar su labor de lunes a domingo, en jornadas de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., de 1:00

p.m. a 7:00 p.m. y de 7:00 p.m. a 7 a.m. (fls. 199 a 238).

Sobre este aspecto, la señora Nelly Susana Bustos Amaya en la declaración que rindió ante este Despacho, indicó que el demandante debía cumplir con los turnos se programaban mensualmente, mediante planillas, en las jornadas de mañana, tarde y noche de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., de 1:00 p.m. a 7:00 p.m. y de 7:00 p.m. a 7 a.m., exposición que coincide con lo narrado por la señora Luz Ángela Páez Páez, quien refirió que los turnos eran rotativos en los mencionados horarios, y así también lo reiteró el señor Héctor Augusto Giraldo Caicedo, en el interrogatorio de parte que rindió, siendo enfático en señalar que los turnos que realizó fueron mañana, tarde y noche, en horarios rotativos.

Así mismo, de las declaraciones de las deponentes se evidencia que las labores desempeñadas por el demandante implicaron la prestación de sus servicios de manera directa, sin independencia y con la constante supervisión de la entidad demandada.

Al respecto, la señora Nelly Susana Bustos Amaya, compañera del área de farmacia del demandante, indicó: i) que el líder del Servicio era el Químico Farmacéutico, quien impartía las ordenes, y ii) que los líderes de los procesos que este debía llevar a cabo, fueron los señores Luz Stella Luengas, Jean Carlos Machuca y Lorena (no especificó apellido), quienes le impartían órdenes al demandante.

Por su parte, la señora Luz Ángela Páez Páez, quien fue secretaria de farmacia: indicó i) que los Jefes Sara Quintero, Jean Carlos Machuca, Andrea Paneso y Adriana Garay, le indicaban al demandante las instrucciones del servicio del día.

A su vez, el señor demandante, manifestó: i) que sus jefes fueron los señores Maria Melba González, Luz Stella Rosas, Luz Dary Teherán, Sara del Pilar Quintero, Jean Carlos Machuca y Sara Rodríguez.

Así mismo, las deponentes e interrogado fueron coincidentes en señalar: i) que el demandante debía cumplir las órdenes que le impartía el Químico Farmacéutico, ii) que en la entidad había personas de planta que realizaba las mismas labores que el actor, estos son, los señores María de los Ángeles Becerra, Ever Merlano y Rodrigo Rubiano, y iii) que para ausentarse de su labor, debía cambiar el turno con un compañero.

Como puede verse, las labores desempeñadas por el demandante implicaron la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia con la constante supervisión por parte del Hospital Simón Bolívar, a cargo del Químico Farmacéutico, así como de los Subdirectores Administrativo y Científico, tal como se deriva de las Cláusulas novena y vigésima segunda, de los contratos de prestación de servicios.

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por el actor por más de 18 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 su labor en el Hospital Simón Bolívar y usar las herramientas del centro hospitalario, bajo los parámetros establecidos, atendiendo los turnos y horarios que le asignaban y bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión.

### **iii) Remuneración por el trabajo cumplido.**

Sobre el particular, advierte el Despacho que en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor Héctor Augusto Giraldo Caicedo 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.

De acuerdo con lo anterior, se encuentran acreditados los elementos

esenciales de la relación laboral, como quiera que: i) el demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio en el centro hospitalario como Auxiliar de Farmacia, servicio que, valga la pena anotar, **es propio de la actividad misional de la entidad contratante**, ii) recibía una remuneración por el trabajo prestado y iii) actuaba bajo subordinación y dependencia del hospital al cual prestaba sus servicios.

Ahora bien, la Doctora Yiney Isabel García Rodríguez, Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., en el oficio 20181100133831 del 18 de junio de 2018, indicó que en los contratos de prestación de servicios suscritos por el actor se estableció la ausencia de la relación laboral, teniendo en cuenta la absoluta autonomía e independencia en la ejecución.

Sin embargo, el apoderado de la entidad demandada mediante escrito del 21 de abril de 2021, aportó en medio magnético la Resolución 305 del 21 de agosto de 2007, *“Por la cual se ajusta el Manual de Funciones y de Competencias Laborales de la Planta de Personal del HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR III NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, en cumplimiento de lo establecido en el Decreto 785 de 2005 y el Acuerdo No. 03 del 17 de marzo de 2006”*, en el que se evidencia que existía el cargo de Auxiliar Área Salud – código 412 y a su vez fueron allegados al plenario por la autoridad demandada los Acuerdos Nos. 012 del 2 de junio de 2015, y 010 del 5 de abril de 2017, en los que se lee que existe el empleo de Auxiliar Área de la Salud – Código 412 – Grado 08 (fls. 374 a 379), el cual tiene el siguiente propósito y funciones:

| III. PROPÓSITO PRINCIPAL  |
|---|
| Apoyar los procesos y procedimientos de abastecimiento, almacenamiento y dispensación de medicamentos y elementos de farmacia de conformidad con las normas legales vigentes en términos de calidad y oportunidad.  |
| IV. DESCRIPCIÓN DE LAS FUNCIONES ESENCIALES   |
| <ol style="list-style-type: none"><li>1. Brindar atención al usuario sobre los asuntos de su competencia de conformidad con los trámites de la dependencia de manera humanizada, respetuosa y oportuna.</li><li>2. Apoyar las labores de abastecimiento, almacenamiento, dispensación y registro en el sistema de información los medicamentos y elementos de farmacia de manera eficiente y oportuna.</li><li>3. Verificar al momento de la entrega, las especificaciones de los medicamentos y elementos de acuerdo con la prescripción médica, órdenes de pedido de los servicios de salud y disposiciones legales.</li><li>4. Vigilar, controlar e informar al superior inmediato la fecha de caducidad de los medicamentos, con el fin de asegurar la entrega en términos de calidad.</li><li>5. Mantener el correcto y adecuado archivo de documentos de la dependencia, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.</li><li>6. Diligenciar y tramitar los formatos requeridos de acuerdo con las funciones de la dependencia, con calidad y oportunidad, para la adecuada prestación del servicio.</li><li>7. Apoyar la realización de los inventarios periódicos de existencias de medicamentos y elementos de farmacia y el adecuado control de los mismos con la calidad y oportunidad requerida.</li><li>8. Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del empleo y área de desempeño.</li></ol> |

En ese sentido, se evidencia que las funciones asignadas al demandante como Auxiliar de Farmacia en el Hospital Simón Bolívar III Nivel, las ejerce un empleado de planta del centro hospitalario; sin embargo, como quedó sentado en las órdenes y contratos de prestación de servicios, para el correcto desarrollo de su **objeto misional** fue necesario la contratación del señor Héctor Augusto Giraldo Caicedo debido a la falta de personal de la entidad.

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 se encontraba en las mismas condiciones del empleo de **Auxiliar Área de la Salud – Código 412 – 08**, cargo que pertenece a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de los contratos suscritos entre el Hospital Simón Bolívar, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E. S. E. y el señor Héctor Augusto Giraldo Caicedo, 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 el actor, 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 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 el demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Ahora bien, es importante advertir que no por el hecho de que se tipifique la relación laboral 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 y, pese, a que el empleo desempeñado por el actor hace parte de la planta de personal del Hospital Simón Bolívar, no se reúnen a satisfacción los demás 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 emolumentos<sup>7</sup>, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud*

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

y pensión<sup>8</sup>.

*Con lo anterior se tiene que en este punto no le asiste razón al a quo cuando decidió negar la pretensión referida al reconocimiento en favor de la accionante de estas últimas prestaciones, por lo que se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos”.*

## **5.6. De las prestaciones sociales**

### **5.6.1 Pago del concepto de vacaciones.**

Respecto a la compensación en dinero de las vacaciones el H. Consejo de Estado - Sala de lo 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 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,*

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse** en un **75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

*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. Cesantías, intereses y sanción moratoria por el no pago de las cesantías.**

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en Sentencia del 6 de octubre de 2016, señaló:

*“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación*

*contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, **el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio.** En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibirlas, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas". (Negritas del Despacho).*

De conformidad con el precedente jurisprudencial expuesto, no es viable el reconocimiento de cesantías ni de la sanción moratoria por el no pago de las mismas en tiempo reclamadas por el actor, como tampoco los intereses que se hayan podido generar, toda vez que para la fecha en que se celebraron los contratos de prestación de servicios entre las partes inmersas en la *litis*, se encontraba en discusión dicho derecho y solo se hacen exigibles a partir de la sentencia que las reconozca.

### **5.6.3. 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 2019<sup>9</sup>, Magistrado Ponente: Doctor Alberto Espinosa Bolaños, señaló:

“(…)

*En cuanto a la **devolución de retefuente y rete ICA** pretendidas por el actor, **no es del caso acceder a ello**, toda vez, que tratándose de valores pagados por concepto de retención en la fuente o rete ICA en contratos realidad, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó, que ‘... este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión’<sup>10</sup> (Negrilla fuera del texto original).*

Bajo dicho marco jurisprudencial, se concluye que no es dable ordenar a la entidad demandada que realice el reembolso 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 Héctor Augusto Giraldo Caicedo.

#### **5.6.4. 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:

---

<sup>9</sup> Actor: Jorge Arturo Acuña García, Demandado: Ministerio de Justicia y otro

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de junio de 2013, C.P., Dr. Luis Rafael Vergara Quintero y Sentencia de 27 de abril de 2016, rad. 68001-23-31-000-2010-00090-01(3480-14). C.P. Dr. William Hernández Gómez.

*“(...) 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.

#### **5.6.5. Cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar.**

Respecto de las cotizaciones a las Cajas de Compensación Familiar, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”<sup>11</sup>, refirió:

*“(...) Bajo los anteriores supuestos, observa la Subsección que en el caso concreto no se acreditó por parte del señor Luis Eduardo Moreno Caro la calidad de beneficiario del subsidio familiar reprochado, pues el artículo 5° de la citada Ley 21 de 1982 prevé que “El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios...”, enlistando los requisitos en su artículo 18, así:*

*“1°. Tener el carácter de permanentes.*

*2°. Encontrarse dentro de los límites de remuneración señalados en el artículo 20;*

*3°. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajado indicados en el artículo 23, y*

*4°. Tener personas a cargo, que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el Capítulo IV de esta ley.*

*” De cuyo numeral cuarto, el artículo 27 establece que darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:*

*“1°. Los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros.*

*2°. Los hermanos huérfanos de padre.*

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”, C P. Dr.: César Palomino Cortés, mediante sentencia del 14 de marzo de 2019, expediente No. 15001-23-31-000-2012-00042-01(3246-15), actor: Luis Eduardo Moreno Caro, demandado: Departamento de Boyacá – Casa del Menor Marco Fidel Suárez.

3°. Los padres del trabajador”.

*Y a renglón seguido, determina que esos familiares se consideran personas a cargo cuando convivan y dependan económicamente del trabajador, sumado a que se hallen dentro de los condicionamientos indicados en el articulado sucesivo”.*

Del anterior criterio jurisprudencial, se colige que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los aportes correspondientes a la Caja de Compensación Familiar, en razón a que no demostró estar dentro de los presupuestos para ser beneficiario del subsidio familiar.

### **5.7. De la prescripción.**

Con el objeto de estudiar de oficio la excepción de prescripción, es menester precisar que este Despacho en las controversias orientadas a la declaración de la existencia de una relación laboral, como la que ahora ocupa el Despacho, había adoptado el 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<sup>12</sup>, según la cual “... **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,** y en ese sentido, daba aplicación, a lo dispuesto 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), que dispuso que “... *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,*

---

<sup>12</sup> Asunto: sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro, temas: contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

*inclusive*”.

Ahora bien, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre del mismo año, respecto al fenómeno prescriptivo, dispuso:

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

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

*138. Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. Tanta ha sido la heterogeneidad de las decisiones, que en algunas providencias se han computado plazos que van desde «un día», «15 días hábiles»; y, unas menos, hasta más de un mes inclusive. De ahí la necesidad de unificar la jurisprudencia de la Sección en torno a un término de referencia de interrupción y a la definición del momento desde el cual debe iniciarse su cómputo, con el objetivo de identificar si se produjo o no la ruptura de la unidad contractual y, de concretarse esta, la consecuente prescripción de los derechos reclamados.*

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

*140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se*

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

(...)

Y más adelante, agregó:

### **“3.2.1. Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia**

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. Con todo, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

[...] 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.

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

[...] quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos **dentro del término**

**de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.** (Negrillas del texto)

149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

**3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad**

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se itera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse” (Negrilla del texto original).

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era de la tesis que la interrupción de un día entre uno u otro contrato conllevaba a la aplicación del

fenómeno prescriptivo, varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual debe tenerse en cuenta un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios.

Ahora bien, de conformidad con la certificación expedida por el Director de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., del 19 de febrero de 2014 y el 19 de abril de 2021, así como de los contratos aportados al plenario, los mismos fueron celebrados así:

Del 21 de junio al 13 de julio de 1999  
Del 27 de julio al 22 de agosto de 1999  
Del 1 de septiembre al 4 de octubre de 1999  
Del 8 de octubre al 7 de noviembre del 1999  
Del 11 de noviembre al 10 de diciembre de 1999  
Del 11 al 31 de diciembre de 1999  
Del 3 al 28 de enero de 2000  
Del 3 al 24 de febrero de 2000  
Del 1 al 22 de marzo de 2000  
Del 1 de abril al 10 de mayo de 2000  
Del 11 al 23 de mayo de 2000  
Del 1 al 30 de junio de 2000  
Del 4 al 31 de julio de 2000  
Del 1 al 31 de agosto de 2000  
Del 1 al 30 de septiembre de 2000  
Del 1 al 31 de octubre de 2000  
Del 1 al 30 de noviembre de 2000  
Del 1 al 31 de diciembre de 2000  
Del 1 al 31 de enero de 2001  
Del 1 al 28 de febrero de 2001  
Del 1 al 31 de marzo de 2001  
Del 1 al 30 de abril de 2001  
Del 1 al 31 de mayo de 2001  
Del 1 al 30 de junio de 2001  
Del 1 al 31 de julio de 2001  
Del 1 al **31 de agosto de 2001**  
**Del 28 de septiembre** al 10 de octubre de 2001  
Del 11 de octubre al 10 de diciembre de 2001  
Del 11 al 31 de diciembre de 2001  
Del 1 de enero al 30 de abril de 2002  
Del 1 de mayo al 15 de junio de 2002  
Del 16 de junio al 31 de octubre de 2002  
Del 1 al 30 de noviembre de 2002  
Del 2 al 31 de diciembre de 2002  
Del 2 de enero al 31 de marzo de 2003

Del 1 de abril al 15 de mayo de 2003  
Del 16 de mayo al 15 de junio de 2003  
Del 24 de junio **al 31 de julio** de 2003  
Del **1 de septiembre** al 15 de octubre de 2003  
Del 23 de octubre al 30 de noviembre de 2003  
Del 1 al 31 de diciembre de 2003  
Del 1 de enero al 29 de febrero de 2004  
Del 1 de marzo al 30 de abril de 2004  
Del 1 de mayo al 30 de junio de 2004  
Del 1 al 20 de julio de 2004  
Del 21 de julio al 31 de agosto de 2004  
Del 1 al 30 de septiembre de 2004  
Del 1 de octubre al 30 de noviembre de 2004  
Del 1 al 31 de diciembre de 2004  
Del 3 de enero al 31 de marzo de 2005  
Del 1 al 30 de abril de 2005  
Del 2 de mayo al 30 de septiembre de 2005  
Del 1 al 31 de octubre de 2005  
Del 1 al 30 de noviembre de 2005  
Del 1 al 31 de diciembre de 2005  
Del 2 de enero al 30 de junio de 2006  
Del 1 al 31 de julio de 2006  
Del 1 de agosto al 31 de diciembre de 2006  
Del 2 al 30 de enero de 2007  
Del 1 de febrero al 31 de agosto de 2007  
Del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2007  
Del 1 al 30 de noviembre de 2007  
Del 1 al 31 de diciembre de 2007  
Del 1 al 31 de enero de 2008  
Del 1 de febrero al 31 de julio de 2008  
Del 1 al 31 de agosto de 2008  
Del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2008  
Del 1 al 30 de noviembre de 2008  
Del 1 al 31 de diciembre de 2008  
Del 2 al 31 de enero de 2009  
Del 1 de febrero al 31 de mayo de 2009  
Del 1 al 30 de junio de 2009  
Del 1 al 31 de julio de 2009  
Del 1 al 31 de agosto de 2009  
Del 1 al 30 de septiembre de 2009  
Del 1 al 6 de octubre de 2009  
Del 7 al 31 de octubre de 2009  
Del 1 al 30 de noviembre de 2009  
Del 1 al 31 de diciembre de 2009  
Del 1 al 3 de enero de 2010  
Del 4 al 31 de enero de 2010  
Del 1 al 28 de febrero de 2010  
Del 1 al 31 de marzo de 2010  
Del 1 de abril al 31 de mayo de 2010  
Del 1 al 30 de junio de 2010  
Del 1 al 31 de julio de 2010

Del 1 de agosto al 31 de diciembre de 2010  
Del 1 al 31 de enero de 2011  
Del 1 al 28 de febrero de 2011  
Del 1 de marzo al 30 de abril de 2011  
Del 1 de mayo al 30 de junio de 2011  
Del 1 de julio al 31 de agosto de 2011  
Del 1 al 30 de septiembre de 2011  
Del 1 al 31 de octubre de 2011  
Del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2011  
Del 1 de enero al 29 de febrero de 2012  
Del 1 de marzo al 31 de diciembre de 2012  
Del 2 de enero al 31 de diciembre de 2013  
Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2014  
Del 1 de enero al 31 de enero de 2015  
Del 1 de febrero al 31 de diciembre de 2015  
Del 1 al 31 de enero de 2016  
Del 1 de febrero al 30 de junio de 2016  
Del 1 al 31 de julio de 2016  
Del 1 de agosto al 30 de septiembre de 2016  
Del 1 de octubre al 31 de diciembre de 2016  
Del 1 de enero de 2017 al 31 de enero de 2018  
Del 1 de febrero al 28 de febrero de 2018

Como puede verse, entre los contratos de prestación de servicios, **no existieron lapsos de interrupción superiores a los treinta (30) días hábiles** a los que hace alusión la sentencia de unificación citada anteriormente, por lo que se concluye que el demandante prestó sus servicios de forma continua e ininterrumpida desde el **21 de junio de 1999 al 28 de febrero de 2018**.

Así las cosas, en consideración a que el demandante presentó reclamación administrativa mediante escrito del **29 de mayo de 2018** y que en los contratos celebrados hubo vocación de permanencia en la labor, se concluye que no se configuró fenómeno prescriptivo alguno.

#### **5.4. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por la parte actora al Sistema de Seguridad Social en Salud.**

Respecto a los aportes efectuados en exceso a salud por el contratista, el Despacho era del criterio de reconocer a título de reparación integral del daño, el pago de dichos aportes en el porcentaje correspondiente al empleador, en virtud de la declaratoria de la existencia de la relación

laboral entre las partes, por cuanto no existe una disposición de orden legal que señale expresamente un término que extinga la posibilidad de reclamarlos en cualquier tiempo, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, en la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, al indicar: *“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”*.

Sin embargo, en la aludida sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 9 de septiembre de 2021, aclarada el 11 de noviembre del mismo año, se dispuso la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el Contratista al Sistema de Seguridad Social en Salud, así:

***“3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.*”**

*163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.*

*164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto,*

independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal**” (Negrilla del texto original y subrayado del despacho).

Y más adelante, indicó:

“236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».137 Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley138, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal»” (Negrillas del texto original).

En ese sentido, esta Juzgadora varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en la providencia referenciada, en el sentido de que es improcedente el reembolso de los aportes a salud que el contratista hubiese realizado de más, por tratarse de contribuciones de pago obligatorio, con una destinación específica y con carácter parafiscal.

Por lo anterior, no procede ordenar la devolución de los aportes a salud

que efectuó el demandante en su calidad de contratista del Hospital Simón Bolívar, como quiera que éstos fueron debidamente cotizados al Sistema General de Seguridad Social al existir una obligación legal de realizar dicha contribución, los cuales por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal no admiten otro tipo de destinación que el sostenimiento mismo del sistema sanitario.

#### **5.5. De los aportes no efectuados por el contratante al Sistema General de Pensiones.**

Sobre el particular, es menester precisar que en la misma sentencia de Unificación que se viene de leer, sobre los aportes no efectuados por la parte contratante al fondo de pensiones, se dispuso:

*“De igual manera la entidad demandada deberá a título de restablecimiento del derecho tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de el demandante (sobre los honorarios pactados), dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Manco Quiroz como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.*

*Por último, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema general de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación y, en el evento de no haberlo hecho o existir diferencia en su contra deberá pagar o completar según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora”.*

En consecuencia, la entidad demandada deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones del actor la suma faltante por concepto de aportes, pero solo el en el porcentaje que le correspondía como empleador, con fundamento en el Ingreso Base de Cotización correspondiente a los honorarios pactados.

#### **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 **HÉCTOR AUGUSTO GIRALDO CAICEDO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.236.107 de Bogotá y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. (antes HOSPITAL SIMÓN BOÍVAR III NIVEL).

**SEGUNDO.- DECLARAR** la nulidad del Oficio No. 20181100133831 del 18 de junio de 2018, a través del cual la doctora Yidney Isabel García Rodríguez - Gerente - Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., 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 NORTE E.S.E., **RECONOCER Y PAGAR** al señor HÉCTOR AUGUSTO GIRALDO CAICEDO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.236.107 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 **21 de junio de 1999 y el 28 de febrero de 2018.**

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 NORTE E.S.E. a **EFFECTUAR** las correspondientes cotizaciones al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta la totalidad del tiempo laborado por el señor HÉCTOR AUGUSTO GIRALDO CAICEDO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.236.107 de Bogotá, tomado el ingreso base de cotización o IBC pensional de éste, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes. De existir diferencias entre los aportes dados y los que se debieron realizar, **COTIZAR** la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Lo anterior, una vez la parte actora acredite 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.

**QUINTO.-** Sin costas a cargo de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE - E.S.E.

**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**



**Firmado Por:**

**Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez**

**Juez**

**Juzgado Administrativo**

**018**

**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

*Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, D. C.  
Expediente No. 2018-00501-00*

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: **5205311c3e58a2561ef510dc2126b95e884f6ef3b16707e7d3fddf33ea5c7d56**

Documento generado en 24/01/2022 12:37:00 PM

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