



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Auto Sust. No. 599

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2017-00544-00
Demandante:	NOHORA MUÑOZ GARCÉS
Demandado:	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
Decisión:	Auto deja sin efectos disposición anterior y ordena archivo

Visto el expediente de la referencia, se observa que, mediante el Auto de Sustanciación No. 151 del 26 de marzo de 2021 se obedeció y cumplió lo dispuesto por el superior y se aprobaron las costas que fueron ordenadas en la sentencia de segunda instancia (archivo 1, págs. 167 y 168 expediente digital).

Frente a lo anterior, el apoderado de la parte demandante formuló recurso de apelación en lo que tiene que ver con la aprobación de la liquidación de costas, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia del 24 de marzo de 2022 (archivo 9 expediente digital).

Posteriormente, a través de Auto de Sustanciación No. 430 del 28 de julio de 2022 se obedeció y cumplió la decisión de segunda instancia relacionada con la liquidación y aprobación de costas y, teniendo en cuenta que ya obraba una solicitud de la parte demandada de ejecución respecto de las costas aprobadas, en atención al pronunciamiento de la Corte Constitucional¹ citado, se ordenó remitir dicha solicitud de ejecución de costas a los juzgados civiles municipales del circuito judicial de Bogotá (reparto) (archivo 11 expediente digital).

Ahora, se evidencia que la apoderada de la Nación-Ministerio de Educación Nacional-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para ejecutar la obligación de costas, informó que la señora Nohora Muñoz Garcés ya realizó el pago por concepto de costas procesales a las que fue condenada, por lo que puso en conocimiento que la obligación de la que solicitó ejecución ya fue cancelada (archivo 14 expediente digital).

Así las cosas, al carecer de objeto la solicitud de ejecución y teniendo en cuenta que el proceso no ha sido enviado a los juzgados civiles municipales del circuito judicial de Bogotá, se dejará sin efectos el numeral segundo del Auto de Sustanciación No. 430 del 28 de julio de 2022 y se ordenará el archivo del expediente.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE

PRIMERO.- Dejar sin efectos lo dispuesto en el numeral segundo del Auto de Sustanciación No. 430 del 28 de julio de 2022, por las razones expuestas.

SEGUNDO.- RECONOCER personería a la abogada Diana Marcela Contreras Supelano, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.013.646.934 y T.P. No. 314.235 del C.S. de la J., como apoderada sustituto de la entidad demandada.

¹ Auto 857/21 del 27 de octubre de 2021, referencia: expediente CJU-328, Conflicto de jurisdicciones entre el Juzgado 35 Administrativo del Circuito de Medellín y el Juzgado 16 Civil Municipal de Oralidad de Medellín, magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

Expediente: 11001-3342-051-2017-00544-00
Demandante: NOHORA MUÑOZ GARCES
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

TERCERO.- Ejecutoriada la presente decisión, **ARCHIVAR** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LF

notificacionesbogota@giraldoabogados.com.co
notificacionesjudiciales@mineducacion.gov.co
notificacionesjudicialesfomag@fiduprevisora.com.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co
t_nrtrivino@fiduprevisora.com.co
nestortrivio@gmail.com
t_jcgarcia@fiduprevisora.com.co
jcamilo190@gmail.com
t_dcontreras@fiduprevisora.com.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **9fd1a35241620b39a87990f180557ab847cd8a786d38e8ffb50fd0e62ec55954**

Documento generado en 28/09/2022 09:22:48 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA No. 237

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2019-00341-00
Demandante:	IVÁN NOE MURCIA PADILLA
Demandada:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.
Decisión:	Sentencia que accede parcialmente a las pretensiones de la demanda
Tema:	Contrato realidad

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Iván Noe Murcia Padilla, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.241.837, contra el Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 1-30 del archivo 2 expediente digital):

La demandante solicitó la nulidad del Oficio No. OJU-E-2836 del 29 de mayo de 2019¹, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales del demandante como consecuencia de la existencia de un contrato realidad.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se declare que el actor fungió como empleado público de hecho en el cargo de auxiliar administrativo II durante el periodo entre el 15 de junio de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2018 y que se condene a la entidad a pagar: i) las diferencias salariales entre lo pagado por la entidad a los auxiliares administrativos II de planta y lo pagado al demandante bajo contratos de prestación de servicios, durante el periodo comprendido entre el 15 de junio de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2018; ii) el valor correspondiente a las cesantías, los intereses de las cesantías, las primas de servicios de junio y diciembre, bonificación por servicios prestados, prima extralegal de navidad, prima de antigüedad, prima de vacaciones, vacaciones en dinero, subsidio de alimentación, subsidio de transporte, horas extras diurnas, y dominicales; iii) los aportes correspondientes a salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación; iv) indemnización de la Ley 244 de 1995; v) daños morales; vi) los ajustes de valor conforme al IPC según el inciso final del Artículo 187 y 193 del CPACA; vii) dar cumplimiento al fallo en los términos de los Artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011; viii) pagar intereses moratorios dentro del término previsto en el Artículo 192 del CPACA; y ix) condenar en costas y expensas de este proceso.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, el apoderado del extremo activo adujo que el demandante laboró de manera constante e ininterrumpida para la “Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.”, en el cargo de auxiliar administrativo desde el 15 de junio de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2018. Así mismo, adujo que las funciones que desempeñó tienen vocación de permanencia y las funciones estuvieron encaminadas al desarrollo de la misión de la entidad cual es la prestación del servicio de salud.

Señaló que el horario de trabajo que debía cumplir el accionante en el cargo de auxiliar administrativo II era diurno de lunes a viernes de 7:00 am a 5:00 pm, sábado y domingo una vez al mes de 7:00 am a 5:00 pm, y posteriormente le modificaron el horario de lunes a viernes de 8:00 am a 6:00 pm, y sábado y domingo una vez al mes de 8:00 am a 6:00 pm.

Adujo que las funciones que desempeñó el demandante como auxiliar administrativo II fueron: i)

¹ Si bien se citó como fecha del acto administrativo el 29 de mayo de 2019, lo cierto es que esta data corresponde al radicado de salida y la fecha de elaboración del documento es **27 de mayo de 2019** (págs. 52 y ss del archivo 2 expediente digital), día que se tendrá en cuenta en el presente fallo al momento de citar el acto demandado.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

sacar consulta diaria de historias clínicas; ii) realizar la conversión del número del documento al consecutivo antiguo o consecutivo de dinámica; iii) ingresar al sistema las devoluciones y prestamos de historias clínicas; iv) dar resúmenes de historia clínica a los pacientes; v) organizar e inventariar el archivo de gestión y archivo central del Hospital Tunal III nivel; y vi) realizar el custodio, preservar, conservar, controlar y custodiar los documentos varios como de la historia clínica y documentos administrativos del Hospital, o contratos, cuentas de cobro e informes, actas, etc.

Afirmó que, el actor durante su vinculación estuvo bajo ordenes y supervisión de sus jefes inmediatos cumpliendo un horario de trabajo y realizando de manera personal la labor encomendada.

Sostuvo que el demandante tenía compañeros de trabajo que cumplían las mismas funciones, pero estaban vinculados formalmente en la planta de personal de la entidad demandada.

2.3. NORMAS VIOLADAS

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1.
- Ley 6 de 1945.
- Decreto 2127 de 1945.
- Decreto 1045 de 1978.
- Decreto 2400 de 1979.
- Decreto 3074 de 1968.
- Decreto 3135 de 1968: Artículo 8.
- Decreto 1848 de 1968: Artículo 51.
- Decreto 1045 de 1968: Artículo 25.
- Decreto 1335 de 1990.
- Ley 4ª de 1992.
- Ley 332 de 1996.
- Ley 1437 de 2011.
- Ley 1564 de 2012.
- Ley 100 de 1993: Artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204
- Ley 244 de 1995.
- Ley 443 de 1998.
- Ley 909 de 2004.
- Ley 80 de 1993: Artículo 32.
- Ley 4ª de 1990: Artículo 8.
- Ley 3135 de 1968.
- Decreto 1250 de 1970: Artículos 5 y 71.
- Decreto 2400 de 1968.
- Ley 6 de 1945.
- Decreto 2127 de 1945.
- Decreto 1950 de 1973: Artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242.
- Decreto 3135 de 1968.
- Decreto 1919 de 2002: Artículo 2.
- Código Sustantivo del Trabajo: Artículos 23 y 24.
- Ley 1438 de 2008: Artículo 59.
- Decreto 1374 de 2010.
- Decreto 3148 de 1968.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Adujo que la contratación a través de la figura de prestación de servicios ha sido contemplada para la administración únicamente en aquellos casos donde se evidencia la ausencia de subordinación, así como la ocurrencia de otros factores tales como la prestación presencial y personal del servicio y el pago de salario como remuneración.

Sostuvo que las funciones desempeñadas por el demandante al interior de la entidad demandada durante toda su vinculación en el cargo de auxiliar administrativo II fueron encaminadas al desarrollo de la misión de la entidad, cual es la prestación del servicio de salud. Además, indicó que existió personal que en el ejercicio del mismo cargo del actor estaban vinculados directamente a la planta de personal, por lo que se encuentra demostrado que el cargo desempeñado por el demandante tenía vocación de permanencia y, en consecuencia, este debió ser vinculado a la planta

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de personal como servidor público y no como contratista.

Agregó que el demandante laboró durante 4 años para la entidad demandada de manera constante, ininterrumpida, presencial, personal, cumpliendo un horario de trabajo y bajo la supervisión y órdenes de sus jefes inmediatos.

Igualmente, trajo a colación varios pronunciamientos jurisprudenciales.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (págs. 1-22 archivo 8 expediente digital):

Admitida la demanda mediante auto del 24 de septiembre de 2019 (archivo 5 expediente digital), y notificada en debida forma, conforme lo dispuesto en el referido auto admisorio (archivo 6 expediente digital), la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. presentó escrito de contestación en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Como razones de defensa, precisó que entre el demandante y la entidad nunca existió un vínculo laboral, toda vez, que el demandante prestó un servicio a la entidad por medio de la suscripción de diferentes contratos de prestación de servicios, es decir que entre las partes existió una relación contractual regida por normas del derecho privado, conforme se expresa en el Artículo 195, numeral 6 de la Ley 100 de 1993.

Sostuvo que acatar el marco normativo en salud y los lineamientos para ejecutar idóneamente el objeto contractual suscrito no significa en ningún momento que el actor se encontrara subordinado, sino que en el cumplimiento de las obligaciones contractuales debía hacerse bajo parámetros de eficiencia prestables a las empresas sociales del estado. En consecuencia, el contratista siempre gozó de plena independencia para realizar las actividades contratadas, pues lo que existió fue una actividad coordinada y de supervisión del quehacer diario de la entidad, que requiere la figura del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes para llegar a la ejecución satisfactoria del mismo.

Propuso como excepciones de mérito las siguientes:

- 1. Inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas:** el principio de la realidad sobre las formas no es aplicable al presente caso, pues la relación entre la entidad y el demandante fue regida por las normas de derecho privado en materia civil y comercial, conforme al Artículo 195, numeral 6º de la Ley 100 de 1993, por medio de un contrato de prestación de servicios. Así mismo, afirmó que nunca se configuraron los elementos esenciales de un contrato de trabajo.
- 2. Inexistencia de la obligación y del derecho:** la parte actora no goza de ningún derecho laboral, pues frente a la relación con la entidad nunca se configuraron los elementos esenciales del contrato laboral, toda vez que la demandada siempre actuó conforme a las leyes contractuales que rigen la modalidad contractual de prestación de servicios, pero recordando su especial calidad de prestadora de servicios públicos de salud. Por tanto, en el caso concreto se puede apreciar una indiscutible ausencia de subordinación.
- 3. Ausencia de vínculo de carácter laboral:** afirmó que el demandante siempre actuó como contratista y no como trabajador oficial de la entidad. Así mismo, señaló que los contratos fueron firmados por las partes en diversas oportunidades, donde el actor tenía pleno conocimiento y voluntad de su suscripción, pues nunca manifestó ninguna inconformidad.
- 4. Cobro de lo no debido:** señaló que no ha nacido obligación frente al pago de acreencias, puesto que el contrato celebrado entre las partes fue de prestación de servicios, del cual no se deriva ningún tipo de obligación o derecho laboral como lo quiere expresar el demandante.
- 5. Relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral:** adujo que el demandante no tiene calidad de trabajador del sector público, pues el actor bajo su propia responsabilidad ejecutaba las actividades propias indicadas en cada uno de los contratos que suscribió con el demandado.
- 6. Buena fe:** afirmó que la parte demandada actuó apegada a lo indicado en la Ley 100 de 1993, obrando siempre bajo el convencimiento de estar amparada bajo distintos contratos de prestación de servicios.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

7. **Genérica:** invocó el Artículo 282 del CGP y solicitó declarar las excepciones que se llegaren a encontrar probadas.

2.6. AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial prevista en el Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se instaló el 8 de marzo de 2021, como consta en el archivo 22 del expediente digital, en desarrollo de la cual se saneó el proceso, se agotó la etapa de excepciones previas y, una vez fijado el litigio, se procedió al decreto de las pruebas correspondientes y se señaló el día 28 de abril de 2021 para la audiencia de pruebas.

2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El 28 de abril de 2021, se instaló la audiencia de práctica de pruebas (archivo 30 del expediente digital), en la cual se practicó el interrogatorio de parte y los testimonios decretados. Posteriormente, mediante auto del 11 de agosto de 2022 (archivo 58 expediente digital) se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

Alegatos del demandante (archivo 61 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en el escrito de demanda y afirmó que se deben acceder a las pretensiones de la demanda porque no existe dudas sobre: la prestación personal del servicio por parte de la demandante, como auxiliar administrativo; el pago mensual de una suma de dinero como abono a pago de nómina; la subordinación de tipo laboral al recibir órdenes directas de sus jefes inmediatos, quienes de igual manera le daban órdenes a los empleados de planta y que realizaban las mismas funciones que la demandante.

Alegatos del demandado (archivo 62 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda e insistió en que nunca existió subordinación entre las partes sino por el contrario una coordinación de actividades y dicha obligación incluye facultades de carácter administrativo, que implica coordinar algunas funciones, el establecimiento de horarios en la prestación del servicio contratado e incluso el suministro de algunos elementos, que identifiquen al contratista con la comunidad; empero, coordinar de ningún modo lleva implícita la superioridad jerárquica ínsita de la subordinación.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar si de la relación contractual existente entre el señor Iván Noe Murcia Padilla y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. se configuran los elementos necesarios para declarar la existencia del contrato realidad y como consecuencia de ello acceder al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales, cotizaciones correspondientes al Sistema de Seguridad Social en salud, pensión y riesgos laborales, las cotizaciones impagas a la caja de comprensión familiar, la indemnización contenida en la Ley 244 de 1995, 20 salarios mínimos legales mensuales por concepto de daño moral y las demás pretensiones de restablecimiento del derecho formuladas en la demanda.

3.2. DEL FONDO DEL ASUNTO

Para resolver el problema jurídico planteado, se efectuará en primera medida un recuento del material probatorio arrimado al plenario; posteriormente, un análisis normativo tanto a la luz del derecho internacional como del derecho interno y, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, se resolverá lo correspondiente en el caso concreto.

Acervo probatorio

Del material probatorio arrimado al plenario, se destaca:

1. Contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. (pág. 78-163 archivo 3; y archivos 24.1, 39.1 del expediente digital):

No. Contrato	Fecha de ingreso	Fecha de terminación	Objeto	Observaciones
5016	02/10/2014	30/11/2014		-El contrato no fue aportado al expediente,

Expediente: 11001-3342-051-2019-00341-00
 Demandante: IVÁN NOE MURCIA PADILLA
 Demandada: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

				<p>sin embargo la entidad certificó que su inicio fue el 2 de octubre de 2014.</p> <p>- 1era prórroga hasta el 11 de noviembre de 2014, pág. 21, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2016.</p> <p>-2da prórroga hasta el 30 de noviembre de 2014, pág. 27 archivo 54.</p> <p>-2da prórroga hasta 15 de noviembre de 2014, pág. 64, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA CARPETA 15 archivo 31.1.</p> <p>-2da prórroga hasta el 21 de noviembre de 2014, pág. 63, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA CARPETA 15 archivo 31.1</p> <p>-3ra prórroga hasta el 30 de noviembre de 2014, pág. 62, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA CARPETA 15 archivo 31.1</p>
0-5161	01/12/2014	01/01/2015	<p>OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete para con EL HOSPITAL a prestar servicios personales de apoyo, en la ejecución de actividades asistenciales en el área de enfermería.</p>	<p>-Contrato desde el 1 de diciembre de 2014 hasta el 4 de enero de 2015 Págs. 60-61, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA CARPETA 15 archivo 31.1</p> <p>-Aclaración duración del 1 de diciembre de 2014 hasta el 1 de enero de 2015. Pág. 58 documento IVAN NOE MURCIA PADILLA CARPETA 15 archivo 31.1.</p>
0-82	02/01/2015	31/01/2015	""	<p>-Contrato hasta el 31/01/2015, págs. 20-22, archivo 54.</p>
868	01/02/2015	28/02/2015	""	<p>-Contrato 1 de febrero de 2015 hasta el 28 de febrero de 2015, págs. 11-13, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA CARPETA 15 archivo 31.1</p> <p>-1era prórroga hasta</p>
1656	01/03/2015	30/09/2015	<p>OBJETO: EL CONTRATISTA se compromete para con EL HOSPITAL a prestar servicios personales de apoyo, en la ejecución de actividades asistenciales en el traslado de pacientes en el área de enfermería.</p>	<p>-Contrato desde el 1 de marzo de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2015, págs. 36-39 documento IVAN NOE MURCIA PADILLA CARPETA 15 archivo 31.1.</p>
2667	01/10/2015	30/11/2015	""	<p>El contrato no fue aportado al expediente, sin embargo la entidad certificó su existencia del 1 de octubre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2015.</p>
1274	03/11/2015	03/01/2016	<p>OBJETO. EL CONTRATISTA se compromete para con EL HOSPITAL a prestar servicios personales de apoyo y soporte, en la ejecución de actividades de asignación de citas y facturación ambulatoria.</p>	<p>-Contrato 3 de noviembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2015, págs. 27-29, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA CARPETA 15 archivo 31.1.</p> <p>-1era prórroga hasta el 3 de enero de 2016, pág. 26 documento IVAN NOE MURCIA PADILLA CARPETA 15 archivo 31.1.; pág. 13 archivo 54.</p>
A0018	04/01/2016	21/08/2016	""	<p>-Contrato desde el 4 de enero de 2016 hasta el 30 de abril de 2016. Págs. 23-26 documento IVAN NOE MURCIA PADILLA CARPETA 15 archivo 31.1.</p>

Expediente: 11001-3342-051-2019-00341-00
 Demandante: IVÁN NOE MURCIA PADILLA
 Demandada: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

				<p>-1era prórroga hasta el 31 de mayo de 2016, págs. 9-10, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA CARPETA 15 archivo 31.1.</p> <p>-2da prórroga hasta el 30 de junio de 2016, pág. 31, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2016.</p> <p>-3ra prórroga hasta el 31 de julio de 2016, pág. 38, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2016.</p> <p>-4ta prórroga hasta el 21 de agosto de 2016, pág. 41, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2016.</p>
002705	22/08/2016	31/08/2016	“”	<p>-Contrato desde el 22 de agosto de 2016 hasta el 31 de agosto de 2016 Págs. 48-50 archivo 39.1 documento documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2016.</p>
5543	01/09/2016	31/12/2016	OBJETO. Prestar servicios profesionales y de apoyo a la gestión como AUXILIAR ADMINISTRATIVO dentro de los diferentes procesos y procedimientos de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. de acuerdo a las necesidades de la Institución.	<p>-Contrato hasta el 31 de octubre de 2016, Págs. 53-55, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2016.1023871070 5.</p> <p>-Prorroga hasta el 31 de diciembre de 2016, pág. 69 y 71, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2016.</p>
00705	02/01/2017	15/01/2017	“”	<p>-Contrato desde el 2 de enero de 2017 hasta el 15 de enero de 2017, Págs. 38-40 documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2017, archivo 31.1.</p>
3986	01/02/2017	31/08/2017	“”	<p>-Contrato desde el 1 de febrero de 2017 hasta el 30 de abril de 2017, págs. 48-50 documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2017, archivo 31.1.</p> <p>-1era prórroga hasta el 31 de mayo de 2017, pág. 67, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2017, archivo 31.1.</p> <p>-2da prórroga hasta el 30 de junio de 2017, pág. 75 documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2017, archivo 31.1.</p> <p>-incapacidad médica desde el 29 de junio de 2017 al 28 de julio de 2017, pág. 82 documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2017, archivo 31.1.</p> <p>-No obran más prórrogas en el expediente, sin embargo, la entidad certificó que dicho contrato se ejecutó hasta el 31 de agosto de 2017.</p>
8598	01/09/2017	31/12/2017	OBJETO: prestar servicios de apoyo a la gestión administrativa en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.	<p>-Contrato por 2 meses, págs. 83-85, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2017, archivo 31.1.</p> <p>-1era prórroga por 14 días, pág. 95, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2017, archivo 31.1.</p> <p>-2da prórroga por 16 días. Pág. 96, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA</p>

Expediente: 11001-3342-051-2019-00341-00
 Demandante: IVÁN NOE MURCIA PADILLA
 Demandada: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

				AÑO 2017, archivo 31.1. -3ra prórroga por 31 días, pág. 101, documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2017, archivo 31.1.
1277	01/01/2018	31/03/2018	“”	-Contrato por 2 meses pág. 24-26 documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2018, archivo 31.1. -1era prórroga por un mes, pág. 38 documento IVAN NOE MURCIA PADILLA AÑO 2018, archivo 31.1.
5087	01/04/2018	31/07/2018	“”	-Obra acta de liquidación por mutuo acuerdo en la cual se advierte que el contrato se ejecutó del 01 de abril de 2018 al 31 de julio de 2018, pág. 77 y s.s. archivo 54. -Así mismo, la entidad certificó que el presente contrato fue hasta el 31 de agosto de 2018.
11653	01/09/2018	31/12/2018	“”	-El contrato no fue aportado, sin embargo de las prórrogas se desprende que inicialmente el contrato fue desde el 01 de septiembre de 2018 y plazo de ejecución por 2 meses. -1era prórroga por 1 mes, hasta el 30 de noviembre de 2018, pág. 79, archivo 54. 2da prórroga por 1 mes, pág. 80 archivo 54.

2. Certificación suscrita por la subdirectora de contratación de la entidad demandada, en donde consta que el demandante prestó sus servicios a dicha entidad, a través de los siguientes contratos de prestación de servicios como camillero y auxiliar administrativo (pág. 9 archivo 31; págs. 50-51 archivo 2 del expediente digital):

Contrato	Valor contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación
5016	\$1.924.871	2/10/2014	30/11/2014
5161	\$1.026.598	01/12/2014	01/01/2015
0-81	\$939.658	02/01/2015	31/01/2015
868	\$972.040	01/02/2015	28/02/2015
1656	\$7.182.00	01/03/2015	30/09/2015
2667	\$4.104.000	01/10/2015	30/11/2015
1274	\$3.031.600	01/12/2015	03/01/2016
A0018	\$13.688.133	04/01/2016	31/08/2016
5543	\$6.300.000	01/09/2016	31/12/2016
3986	\$7.400.000	01/02/2017	31/08/2017
8598	\$6.024.852	01/09/2017	31/12/2017
1277	\$6.024.852	01/01/2018	31/03/2018
5087	\$10.592.079	01/04/2018	31/08/2018
11653	\$8.753.099	1/09/2018	31/12/2018

3. Solicitud radicada el 15 de mayo de 2019 en la entidad demandada, en la cual el demandante solicitó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales (págs. 80-85, archivo 2 expediente digital).

4. Oficio No. OJU-E-2836-2019 del 27 de mayo de 2019, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales al demandante (pág. 52-67 archivo 2 expediente digital).

5. Obra cuestionario resuelto por el representante legal de la entidad demandada (archivo 25 expediente digital).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

6. Obra el Acuerdo No. 003 de 2006, “por el cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de Planta de Personal del Hospital El Tunal III Nivel Empresa Social del Estado”, en el cual se desprende que existe el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 14, el cual tiene las siguientes funciones (págs. 17 y s.s. archivo 31.1 expediente digital):

Auxiliar administrativo, código 407 grado 14

-Naturaleza del cargo: ejecución de labores de auxiliares de administración en el área de tesorería en el Hospital El Tunal III Nivel Empresa social del estado.

-Propósito principal: proporciona el apoyo respectivo al personal del área en las labores operativas pertinentes del área.

- Descripción de funciones esenciales:

1. Tramitar las novedades de facturación y preparar los comunicados relacionados con los asientos financieros del Hospital.
2. Mantener actualizados los Kardex de facturas, comprobantes y demás documentos.
3. Colaborar con los informes financieros mensuales que rinde el área a la institución.
4. Anotar movimientos varios en las tarjetas auxiliares.
5. Mecanografiar documentos, cuadros, reportes, facturas u otros.
6. (...)”

7. Obra Acuerdo No. 009 de 2015, “por el cual se modifica el Manual de Funciones y Competencias Laborales de los empleos de la Planta de Personal del Hospital El Tunal III Nivel ESE, respecto del cargo de auxiliar administrativo, código 407 grado 11 (págs. 61 archivo 31.1 expediente digital):

Auxiliar administrativo, código 407 grado 11

- Área funcional- subgerencia apoyo logístico- tesorería.

-Propósito principal: realizar los registros generados desde las diversas áreas de la entidad y elaborar los reportes por los conceptos de ingreso y gasto.

- Descripción de funciones esenciales:

1. Realizar apoyo en el recaudo de dineros por venta de servicios y elaborar los respectivos recibos que faciliten el control de ingresos.
2. Elaborar boletín de ingresos, especialmente rubros.
3. Elaborar comprobantes por concepto de los dineros recibidos o entregados.
4. Recibir o entregar documentos negociables de acuerdo con instrucciones, normas y procedimientos previamente establecidos.
5. Contar, clasificar y reunir dineros en efectivo y/o cheques recibidos durante la jornada.
6. Apoyar en la elaboración de arqueos diarios conjuntamente con el tesorero, para verificar la exactitud de las sumas obtenidas.
7. (...)”

8. Obra Acuerdo No. 13 de 2017, “por medio de la cual se establece el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.”, respecto del cargo de auxiliar administrativo, código 407 grado 12 (págs. 118 archivo 31.1 expediente digital):

Auxiliar administrativo, código 407 grado 12

- Área funcional- subgerencia corporativa- dirección financiera.

-Propósito principal: realizar los registros generados desde las diversas áreas de la entidad y elaborar los reportes por los conceptos de ingreso y gasto.

- Descripción de funciones esenciales:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1. Realizar apoyo en el recaudo de dineros por venta de servicios y elaborar los respectivos recibos que faciliten el control de ingresos.
2. Elaborar boletín de ingresos, especialmente rubros.
3. Elaborar comprobantes por concepto de los dineros recibidos o entregados.
4. Recibir o entregar documentos negociables de acuerdo con instrucciones, normas y procedimientos previamente establecidos.
5. Contar, clasificar y reunir dineros en efectivo y/o cheques recibidos durante la jornada.
6. Apoyar en la elaboración de arquezos diarios conjuntamente con el tesorero, para verificar la exactitud de las sumas obtenidas.
(...)"

9. En desarrollo de la audiencia de pruebas que se llevó a cabo el 28 de abril de 2021 (archivo 30 del expediente digital), se escuchó en interrogatorio de parte del demandante **Iván Noe Murcia Padilla**, quien señaló que no ha presentado otra demanda contra la Subred Sur ESE. Adujo que contrató con la Subred desde junio de 2014 hasta diciembre de 2018. Señaló que durante estuvo vinculado no hubo convocatoria para proveer algún cargo y no consultó la oferta pública en la página de la Comisión. Adujo que tiene claro los contratos que suscribió, y que lo hizo de manera libre y voluntaria. Así mismo, señaló que desarrolló el objeto de cada uno de los contratos. Adujo que para que le cancelaran mes a mes sus honorarios, tenía que cumplir con sus obligaciones, tener al día el pago de su eps, tenía que facturar las cuentas y tenerlas al día y pasarlas al área de facturación. Sostuvo que durante el tiempo que prestó sus servicios a la Subred no prestó ningún servicio a otra entidad pública o privada. Indicó que se desempeñó en el área de facturación, de archivo. Adujo que no tuvo tiempos de interrupción en la prestación del servicio. Agregó que no recibió felicitaciones o llamados de atención con copia a su hoja de vida. Adujo que en las instalaciones del Hospital estaban los equipos de trabajo y lo que necesitaba para realizar sus labores, y que no podía realizar sus funciones en otro lado, ya que allí estaban sus implementos de trabajo, el computador, el sistema y el aplicativo para hacer las cuentas. Señaló que siempre contrató de manera directa con el Hospital. Sostuvo que las cuentas de cobro las firmaba un revisor y su jefe inmediata. Sostuvo que el cumplimiento de sus obligaciones las supervisaba Adriana Castillo, su jefe inmediata. Por otro lado, sostuvo que frente a las actividades que desarrollaba era de auxiliar administrativo en el área de facturación, en la parte de salas de cirugía, recibía las historias clínicas, debía liquidarlas y soportarlas, y entregar las cuentas soportadas con la historia clínica al área de facturación, y ellos verificaban que estuviera bien la cuenta o sino la devolvían y tenía que verificarla.

También se recibió la declaración del testigo **Luis Eduardo Lagos Rubio**, quien señaló que estuvo vinculado a la subred sur desde febrero de 2006 a diciembre de 2018 por OPS, y adujo que se desempeñó en admisiones y facturación, y conoció al demandante cuando fusionaron los hospitales y coincidieron en algunas reuniones que hacían en facturación, y en el 2018 en el mismo turno. Adujo que el actor llegó al Hospital Tunal a facturar en salas de cirugía, entonces programaban cirugías o cirugías de urgencia, a él le pasaban la historia, liquidaba, le ponían los códigos, le ponía si tenía material de osteosíntesis cuando era de ortopedia, liquidaba o facturaba, daba paz y salvo, y pedía el soporte para soportar la cuenta y luego entregarla al técnico de facturación para que la revisara. Adujo que el actor cumplía un horario por turnos de trabajo de 7 a 1 y de 1 a 7, y un fin de semana intermedio de sábado a domingo de 7 am a 7 pm, y los horarios los establecía el área de facturación, la jefe. Adujo que en el caso del actor cuando ingresó los jefes inmediatos eran Guillermo Quiroz, Adriana Castillo y Jenny Ávila. Señaló que la prestación del servicio era personal y se debía hacer en la institución porque en los equipos estaba el Microsoft donde estaba toda la información de los pacientes. Sostuvo que para que le pagaran al actor tenían que presentar un formato donde decían que habían cumplido el 100% de las actividades, lo que llamaban la cuenta de cobro, lo revisaban y después le daban el visto bueno que lo daba cada mes y no se podía tener cosas pendientes durante el mes, como entrega de facturas, y cuando le daban el visto bueno lo pasaban a tesorería y les pagan el 10 de cada mes. Indicó que el horario lo controlaba una persona de facturación y cuando se ingresaba al sistema sabía si la persona había llegado o no, además que debían recibirle el turno a su compañero anterior. Respecto de pedir permiso, indicó que si era para una cita médica debían llenar un formato establecido por la entidad, y debían buscar quien le hacía el turno, y la oficina de facturación daba el visto bueno, debían pagar el turno. Afirmó que había una persona de planta que hacía las mismas funciones del demandante y estaba asignado a la parte de consulta externa. Así mismo, señaló que debían entregar el turno a la persona de urgencias, había un libro y debían dejar un registro de como entregaban el turno y la jefe lo revisaba. Por otro lado, señaló que él presentó una demanda en contra de la Subred Sur y el demandante no es testigo en su proceso. Señaló que no tiene conocimiento que el actor se haya presentado algún concurso ofertado por la comisión y las veces que consultaron la página salía era para cargos asistenciales, como enfermeras. Señaló que conoció el objeto del contrato pero que ellos no

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

tenían injerencia en su redacción, era impositivo. Señaló que no le consta que el actor haya hecho algún reclamo ante esas minutas. Sostuvo que el demandante desarrolló las obligaciones de esas minutas que eran iguales para todos. Indicó que mientras laboró con el demandante por el horario no había opción de buscar otra entrada o laborar en otra entidad. Indicó que su relación con el demandante solo fue laboral. Señaló que duda mucho que el actor hubiera recibido una felicitación con copia a su hoja de vida. Adujo que en esa época cuando laboró con el actor estaban contratados directamente con el Hospital. Señaló que no asistió a reuniones o fiestas, solo coincidieron en las capacitaciones pero fuera del Hospital nunca.

Del contrato realidad en el ámbito internacional

En este punto, es menester recordar que el Artículo 53 de la Carta Constitucional de 1991 establece la protección del trabajo y de los trabajadores, precisando principios mínimos fundamentales como: igualdad de oportunidades, remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador, **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**, garantía de la seguridad social, entre otros; principios que no solo deben ser observados por el legislador al momento de expedir el estatuto del trabajo, sino que además deben ser acatados por la administración en condición de empleador.

Frente al principio de **primacía de la realidad sobre las formalidades**, la Recomendación Internacional del Trabajo No. 198 sobre la relación de trabajo adoptada por la OIT en 2006, señaló que la existencia de una relación de trabajo debe determinarse de acuerdo a los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, indistintamente de la manera en que se caracterice la relación y puntualmente precisó:

“(…)

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.
(Subrayado fuera de texto)

Son de resaltar los literales a y b del numeral 13 de la recomendación referida, en donde se señala que los indicios a tener en cuenta para declarar la existencia de una relación laboral pueden estar determinados por:

8. Que la labor se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona.
9. Que la prestación del servicio implica la integración del trabajador en la organización de la empresa.
10. Que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador.
11. Que debe desempeñarse dentro de un horario determinado.
12. Que se realice en el lugar indicado por quien solicita el trabajo, con cierta duración y continuidad.
13. Que requiere la disponibilidad del trabajador, suministrando herramientas, materiales y maquinaria por parte de la persona que requiere el trabajo.
14. El pago de una remuneración periódica al trabajador, que vendría a constituir su única y principal fuente de ingresos

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Cabe recordar que, en la legislación colombiana, el Artículo 93 de la Constitución Política reconoce la importancia de tratados y convenios internacionales y los incluye como parte del llamado bloque de constitucionalidad y pese a que las recomendaciones de la OIT no tienen el mismo efecto vinculante que podría tener un convenio ratificado por el Estado colombiano, sí deben ser observadas y tenidas en cuenta para la interpretación y protección de derechos fundamentales.

Normativa interna y posición jurisprudencial

La Constitución Política ha establecido que por regla general los cargos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto aquellos empleos de elección popular, de libre nombramiento y remoción y que desempeñen trabajadores oficiales; mientras que, por su parte, la Ley 80 de 1993 estableció en el numeral 3º del Artículo 32 la posibilidad utilizar contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y estableció que dichos contratos solamente podrán celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, resaltando además que no generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebraran por el término estrictamente indispensable.

Ahora bien, particularmente tratándose de las empresas sociales del Estado, estas fueron creadas por gracia de la Ley 100 de 1993, norma que además estableció el régimen jurídico y el estatuto de personal, en los siguientes términos:

“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:

- 1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".*
- 2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.*
- 3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.*
- 4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.*
- 5. 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.***
- 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.*
- 7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.*
- 8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.*
- 9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.” (Resaltado fuera del texto)*

Por su parte, la referida Ley 10 de 1990, **“Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”**, a la que se hace alusión en la norma trascrita, indicó:

“Artículo 26º.- 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. **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-387 de 1996.***

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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.*

Es así como de la normativa citada deviene que el acceso al servicio público en las empresas sociales del Estado tiene un carácter reglado y obedece a unos postulados de mérito, eficiencia y calidad, siendo el concurso de méritos el mecanismo idóneo para vincularse laboralmente con este tipo de entidades administrativas.

Sin embargo, se ha visto cómo la administración en sus diferentes niveles ha utilizado los contratos de prestación de servicios para cumplir funciones misionales de la entidad desdibujando las formas propias de vinculación, razón por la cual la Corte Constitucional ha indicado que, siempre que se estructuren los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, este se entiende constituido en desarrollo y aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, y ha señalado que la independencia y autonomía del empleado o contratista respecto de la entidad en donde presta sus servicios en una relación de prestación de servicios profesionales constituye pieza fundamental de esa situación. Así, se trae en cita lo previsto por esta Corporación en Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara, por medio de la cual se estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del numeral 3º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que particularmente señaló:

*“...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**”.* (Resaltado fuera de texto).

Posteriormente, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C – 171 de 2012, fijó ciertos límites a la contratación estatal en defensa del derecho al trabajo, resaltando de manera especial que no puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pero siendo enfática en precisar las condiciones que se configure ese criterio funcional, en los siguientes términos:

“5.5 En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (iii) requieran de conocimientos especializados.

En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar *funciones de carácter permanente* de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. **Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente**, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren **(i) al criterio funcional, que hace alusión a “la**

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)²; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; (iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral” . (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, en cuanto a los elementos que debe demostrar la parte actora para que se declare configurada la relación laboral, el Consejo de Estado, en un caso similar al que aquí se debate, mediante sentencia del 2 de junio de 2016, con ponencia del consejero Luis Rafael Vergara Quintero, dentro del proceso No. 81001233300020120004301, señaló:

“Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la actora pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe acreditar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público 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 vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”.

Adicionalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001, unificó algunos criterios relacionados con la prescripción extintiva del derecho y la forma en que ha de restablecerse el derecho en las demandas de contrato realidad y precisó que para que se entienda configurado el mismo deben concurrir los siguientes elementos:

“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.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda 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”.

A su vez, en reciente sentencia de unificación de la Sección Segunda SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, dentro del proceso con radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), procedió a fijar las siguientes reglas de unificación respecto del contrato realidad, así:

² Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“(i) La primera regla define que el concepto de «**término estrictamente indispensable**», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

(ii) La segunda regla establece un **periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad**, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

(iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal”.

En consecuencia, para que se declare la existencia de la relación laboral es necesario que la parte interesada despliegue una importante tarea probatoria a efectos de demostrar que se configuran tres elementos indispensables, a saber:

1. La prestación personal del servicio,
2. La remuneración, y
3. La subordinación o dependencia, siendo este último elemento el que encierra circunstancias como el cumplimiento de órdenes; la imposición de reglamentos; la permanencia en la entidad; la similitud con los funcionarios de planta la cual hace referencia al *criterio funcional* desarrollado por la Corte Constitucional y citado en precedencia y que implica la ejecución de labores correspondientes al ejercicio ordinario de las funciones de la entidad desarrolladas en las mismas condiciones del personal de planta, es decir, configurando los tres elementos de la relación laboral; la habitualidad que implica que la labor se desarrolle en el mismo horario que se desarrolla la relación laboral; un criterio excepcional, es decir, que no haya sido contratada por conocimientos especializados o para una tarea transitoria que resulte necesario redistribuir por exceso de trabajo; y la continuidad que también atañe a desempeñar funciones de carácter permanente.

Del caso concreto

Inicialmente, en atención a que el apoderado de la entidad demandada presentó de manera expresa tacha contra el testigo Luis Eduardo Lagos Rubio, por haber presentado demanda contra la entidad por hechos similares y por ello habría conflicto de intereses, es necesario indicar que, de conformidad con el Artículo 211 del C.G.P., al momento del fallo se debe efectuar un análisis crítico de todos los medios de prueba allegados al expediente, con el fin de establecer si existe alguno que secunde o respalde las declaraciones de los deponentes, de manera que la duda respecto de la imparcialidad de los testigos desaparezca, y se obtenga la credibilidad necesaria para tener certeza sobre los hechos que quieren demostrarse.

Así las cosas, advierte el despacho que el apoderado de la entidad no allegó suficientes elementos de juicio para considerar por parte del despacho que la sola presentación de demanda contra la entidad afecte su declaración. Por el contrario, el testigo antes mencionado expuso de forma pormenorizada, precisa y sin contradicciones las circunstancias en que el señor Iván Noe Murcia Padilla desarrolló sus actividades en el Hospital, toda vez que fueron compañeros de trabajo, lo cual permite descartar – junto con el restante material probatorio – cualquier circunstancia que afecte su imparcialidad.

Efectuadas las anteriores precisiones, debe esta sede judicial entrar a analizar si el demandante logró probar la configuración de los elementos constitutivos del contrato realidad, como se sigue:

De la remuneración

Al expediente se allegó certificación en la que constan los pagos efectuados al demandante con ocasión de los contratos de prestación de servicios celebrados desde el año 2014 al año 2018, como contraprestación directa a los servicios prestados en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., (págs. 9-10 archivo 31 expediente digital), circunstancia que configura este elemento de la relación laboral.

Adicionalmente, en los contratos se indicó expresamente que la forma de pago consistiría en que el

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Hospital le pagaría al demandante el valor del contrato mediante pagos realizados cada mensualidad³, es decir que el pago se realizaba como contraprestación directa a los servicios prestados en el Hospital, circunstancia que configura este elemento de la relación laboral.

De la prestación personal del servicio

Está demostrado en el plenario que el demandante prestaba personalmente sus servicios, toda vez que se trata de una labor que no podía delegar como auxiliar administrativo, en un horario que debía cumplir por turnos de trabajo de 7am a 1pm y de 1pm a 7pm, y un fin de semana intermedio de sábado a domingo de 7am a 7pm, tal como lo afirmó el testigo, es decir que las actividades desarrolladas por el actor no podían ser delegadas y debían efectuarse en las instalaciones de la institución, pues trabajaba con el sistema de la entidad y manejaba las historias clínicas y la facturación de órdenes de cirugía.

De la subordinación

Aunque para declarar configurada la relación laboral es necesario que la parte interesada demuestre de manera fehaciente que se reúnen los tres elementos antes señalados, **la subordinación** resulta ser el más importante, porque reúne varios aspectos a saber:

1. El cumplimiento de órdenes y reglamentos: al respecto, se encuentra que el actor y el testigo en sus declaraciones afirmaron que éste tuvo como jefes inmediatos a Guillermo Quiroz, Adriana Castillo y Jenny Ávila, quienes estaban pendientes del cumplimiento de sus labores. Así mismo, de los contratos se desprende que el actor debía cumplir con las normas y procedimientos técnicos y administrativos de la Subred y asistir a las capacitaciones e indicaciones convocadas por la entidad⁴.
2. Permanencia en la entidad: de la mano con lo expuesto en el numeral anterior, es evidente que el demandante debía permanecer en la entidad demandada por lo menos durante el turno de trabajo asignado; no le fue permitido coordinar la ejecución del objeto contractual por fuera de los horarios establecidos ni en otro sitio diferente a las dependencias de la institución.

Adicionalmente, la demandante tenía entre sus actividades registrar los pacientes que ingresaban a la institución, realizar los cargos diarios, los egresos con entrega de orden de salida al familiar del paciente⁵, lo cual permite constatar que las actividades debía realizarlas en la entidad demandada.

3. Similitud con los funcionarios de planta / funciones del giro ordinario de la empresa: al expediente se allegó el manual específico de funciones y competencias de la entidad demandada -Acuerdo No. 003 de 2006, Acuerdo No. 009 de 2015 y Acuerdo No. 13 de 2017- donde consta que existe el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 14, 11 y 12 respectivamente (archivo 31.1. expediente digital), de igual forma de las pruebas allegadas al proceso se infiere que el demandante como auxiliar administrativo desarrollaba similares actividades o funciones a las que desarrollaba un auxiliar administrativo del área de facturación código 407 grado 14, 11 y 12 (conforme a los años en que rigieron los manuales de funciones antes relacionados), de lo cual se deduce que las funciones para las cuales fue contratado hacen parte del giro ordinario de la entidad. Las actividades desarrolladas por el demandante como auxiliar administrativo contratista eran, entre otras, las de: crear de forma completa los pacientes que ingresan a la institución dejando registro en el sistema de información, realizar verificación de derechos en las bases de datos identificando pagador correspondiente y anotación en la hoja de seguimiento de autorizaciones, asignar cama en el sistema de información, solicitar autorización diaria a las diferentes EAPB y consignar diariamente en la hoja de ruta institucional la gestión adelantada por cada pacientes a los que correspondió hacer la gestión de trámite de autorización, verificar y realizar los cargos diarios, realización de egresos con orden de salida al familiar del usuario para paz y salvo, entre otras⁶. Estas funciones resultan similares con las relacionadas en el acervo probatorio para el empleo auxiliar administrativo del área de facturación y/o financiera Código 407

³ Contrato de Prestación de Servicios No. 1277 de 2018 Clausula Quinta: Forma de pago (pág. 24- documento (...) AÑO 2018, archivo 31.1 expediente digital)

⁴ Contrato de Prestación de Servicios No. 1277 de 2018, clausula segunda literales g) y s), (pág. 24 y s- documento (...) AÑO 2018, archivo 31.1.

⁵ Contrato de Prestación de Servicios No. 1277 de 2018, clausula segunda, (pág. 24 y s- documento (...) AÑO 2018, archivo 31.1.

⁶ Contrato No. 1003 de 2015, clausula segunda: actividades del contratista (pág. 149- archivo 03 expediente digital).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

grado 14 (2014), 11 (2015-2016) y 12 (2017-2018) -conforme a los años en que rigieron los manuales de funciones antes relacionados.

Adicionalmente, lo cierto es que las funciones para las cuales fue contratado hacen parte del giro ordinario de la entidad, pues no se trata de conocimientos especializados para una tarea transitoria sino de una labor que se volvió continua; tanto es así que los contratos se suscribieron de forma sucesiva a lo largo de aproximadamente 4 años, teniendo en cuenta que entre uno y otro no hubo solución de continuidad, excepto por algunos días de interrupción, elementos que configuran los criterios de habitualidad y continuidad y desvirtúan la excepcionalidad en la prestación del servicio.

En conclusión, esta sede judicial encuentra desvirtuada la existencia del contrato de prestación de servicios y configurados los elementos que constituyen el contrato realidad del señor Iván Noe Murcia Padilla, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.241.837, por lo que se procederá a declarar la nulidad del acto administrativo Oficio No. OJU-E-2836 del 27 de mayo de 2019 y, a título de restablecimiento del derecho⁷, se ordenará el reconocimiento y pago en favor del demandante de: i) la diferencia salarial que se pueda originar a su favor entre los honorarios percibidos con ocasión de los contratos de prestación de servicios y lo que devenga un auxiliar administrativo del área de facturación y/o financiera Código 407 grado 14 (año 2014), grado 11 (años 2015-2016) y grado 12 (años 2017-2018) de planta de la entidad demandada desde el 2 de octubre de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2018 (descontando el periodo de interrupción de los contratos); ii) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas desde el 2 de octubre de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2018, tomando como base lo realmente devengado por un auxiliar administrativo del área de facturación y/o financiera Código 407 grado 14 (año 2014), grado 11 (años 2015-2016) y grado 12 (años 2017-2018) de planta de la entidad (descontando el periodo de interrupción de los contratos); y iii) tomar el ingreso base de cotización del demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones conforme a lo cotizado por un auxiliar administrativo del área de facturación y/o financiera Código 407 grado 14 (año 2014), grado 11 (años 2015-2016) y grado 12 (años 2017-2018) de planta de la entidad, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador⁸, por el periodo trabajado entre el 2 de octubre de 2014 al 31 de diciembre de 2018 (descontando el periodo de interrupción de los contratos).

El tiempo efectivamente laborado por el actor se computará para efectos pensionales.

Respecto a las pretensiones dirigidas al reconocimiento de cesantías, intereses de las cesantías y vacaciones, se advierte que el Consejo de Estado⁹, recientemente señaló lo siguiente:

“(...) Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016¹⁰, la sección segunda de esta Corporación determinó, entre otras reglas, 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 y órdenes de prestación de servicios, «[...] 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 comoquiera 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”.

Igualmente, la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, el Consejo de Estado ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a las cesantías y las vacaciones, cuando se trate de

⁷ Se ordena a título de restablecimiento del derecho y no a título indemnizatorio de acuerdo a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, proferida por el consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

⁸ Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

⁹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda., 06 de mayo de 2021, radicación: 50001-23-31-000-2011-00304-01(2079-18), Actor: Eider Orlando del Río Carrillo, C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

¹⁰ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (88-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

relaciones laborales encubiertas, así: “... Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de contornos análogos fáctica y jurídicamente al asunto que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, la Sala concluye que a la señora Gloria Luz Manco Quiroz, como parte trabajadora de una relación laboral (encubierta o subyacente), le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales que depreca (**cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otras**), en el periodo comprendido entre el 29 de enero de 2005 y el 30 de diciembre de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”(negrilla fuera del texto).

Así las cosas, resulta que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento de las cesantías, intereses de las cesantías, y al descanso remunerado por ser prestaciones sociales emanadas de la relación laboral declarada. Ahora bien, respecto de las vacaciones como el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía, en los términos del Artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978 y de la Ley 995 de 2005.

Respecto de la pretensión encaminada a obtener el pago de las cotizaciones impagas que la entidad debió efectuar a riesgos laborales, conforme a la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, **“es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.”** Así las cosas, la citada regla de unificación impide la devolución de los dineros reclamados por concepto de riesgos laborales. Así las cosas, la citada regla de unificación se debe aplicar en lo referente a los aportes a las cajas de compensación¹¹, dado que tiene naturaleza parafiscal, razón por la cual no es procedente acceder a lo solicitado por la demandante.

Ahora bien, si bien se acreditó la relación laboral, ello no otorga la condición de empleado público, toda vez que dicha condición solamente la otorga la Constitución y la Ley con las formalidades de la relación legal y reglamentaria y, en este sentido la jurisprudencia ha sido reiterada en señalar que la existencia del contrato realidad no puede otorgar derechos ni condiciones por fuera del mandato legal. Así lo señaló el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, en la que dispuso *“Pese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal de servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior”*.

Igualmente, se torna improcedente la realización de las cotizaciones impagas al sistema de seguridad social en salud, dado que el servicio de salud fue garantizado con los aportes ya realizados en su momento por la demandante para cada contrato. En similares términos fue decidido este tema por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 19 de agosto de 2020, Radicación: 11001-33-42-056-2018-00200-01, magistrada ponente Amparo Oviedo Pinto, al exponer:

*“(...) debe considerarse que en primer lugar, el artículo 202 de la ley 100 de 1993 establece que la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, “se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico **previo** financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador o la Nación, según el caso.” Esto quiere decir, que los afiliados tendrán derecho a los servicios médico asistenciales a partir del pago de sus aportes en forma previa, lo que indica que el beneficio o contraprestación por la cotización se recibe a futuro, pero no antes de hacer el aporte. (Subrayado inter texto) En otras palabras, no es procedente efectuar afiliaciones retroactivas, dado que la cotización o aporte se paga en forma previa. En segundo lugar, en el régimen contributivo, el aporte a seguridad social en salud otorga el derecho a la prestación de los servicios médico asistenciales por el periodo de cobertura dispuesto en la ley, y por lo tanto si en su momento el contratista realizó las cotizaciones con destino a salud obtuvo la cobertura en ese momento y se garantizó su derecho, y en consecuencia la Sala observa que se cumplió con la finalidad de los aportes, y en nada cambia la situación el ordenar a la entidad que realice cotizaciones retroactivas.”*

En lo que respecta a la pretensión encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de la sanción mora que consagra la Ley 244 de 1995, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 18 de marzo de

¹¹ Resulta pertinente precisar que los aportes que éstas reciben en su calidad de administradores del subsidio familiar, también tienen la calidad de recursos parafiscales, es así como el Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, señaló en su artículo 2.2.7.5.3.2: *“Los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar están destinados a la atención de las prestaciones y servicios de la seguridad social y demás finalidades que prevea la ley y no podrán comprometerse para fines diferentes. Los que provengan de los aportes obligatorios pagados por los empleadores y por las cooperativas de trabajo asociado tienen la condición de recursos parafiscales y como tales, su administración se rige por las disposiciones legales correspondientes”*.

Expediente: 11001-3342-051-2019-00341-00
Demandante: IVÁN NOE MURCIA PADILLA
Demandada: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2021, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001-23-33-000-2016-00147-01(2420-19), señaló que no se está frente a una relación legal y reglamentaria, razón por la cual, acogiendo dicho criterio, esta sede judicial no accede a esta pretensión.

Por último, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de daños morales; sin embargo, no aportó prueba alguna al expediente que permita establecer la configuración de los mismos, razón por la que no se accede a esta pretensión.

3.3. PRESCRIPCIÓN

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001, concluyó que tratándose de demandas de contrato realidad el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial de tres (3) años contados a partir de la terminación del último contrato.

A su vez, conforme a la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021 se estableció que *“un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad”*.

Estas reglas fueron observadas por el extremo activo toda vez que no hubo solución de continuidad, ya que no transcurrió un periodo de 30 días hábiles entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente. Igualmente, el último contrato de prestación de servicios objeto de reclamación finalizó el 31 de diciembre de 2018, la reclamación fue presentada por el demandante el 15 de mayo de 2019 (pág. 80-85 archivo 2 expediente digital) y la demanda fue presentada el 30 de julio de 2019 (archivo 3 expediente digital), por lo que al no transcurrir un lapso superior a tres años entre una actuación y otra no operó el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la **NULIDAD** del Oficio No. OJU-E-2836 del 27 de mayo de 2019, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales al demandante como consecuencia de la existencia de un contrato realidad, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a reconocer y pagar en favor del señor **IVÁN NOE MURCIA PADILLA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.241.837: i) la diferencia salarial que se pueda originar a su favor entre los honorarios percibidos con ocasión de los contratos de prestación de servicios y lo que devenga un auxiliar administrativo del área de facturación y/o financiera Código 407 grado 14 (año 2014), grado 11 (años 2015-2016) y grado 12 (años 2017-2018) de planta de la entidad demandada desde el 2 de octubre de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2018 (descontando el periodo de interrupción de los contratos); ii) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas desde el 2 de octubre de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2018, tomando como base lo realmente devengado por un auxiliar administrativo del área de facturación y/o financiera Código 407 grado 14 (año 2014), grado 11 (años 2015-2016) y grado 12 (años 2017-2018) de planta de la entidad (descontando el periodo de interrupción de los contratos); y iii) tomar el ingreso base de cotización del demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensiones conforme a lo cotizado por un auxiliar administrativo del área de facturación y/o financiera Código 407 grado 14 (año 2014), grado 11 (años 2015-2016) y grado 12 (años 2017-2018) de planta de la entidad, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el

Expediente: 11001-3342-051-2019-00341-00
Demandante: IVÁN NOE MURCIA PADILLA
Demandada: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

porcentaje que le correspondía como trabajador¹², por el periodo trabajado entre el 2 de octubre de 2014 al 31 de diciembre de 2018 (descontando el periodo de interrupción de los contratos).

TERCERO.- CONDENAR a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a actualizar las sumas debidas de la condena impuesta conforme al inciso 4º del Artículo 187 del CPACA, y de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar a la demandante por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse cada pago.

CUARTO.- DECLARAR que el tiempo laborado por el señor **IVÁN NOE MURCIA PADILLA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 80.241.837, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios desde el 2 de octubre de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2018 (descontando los días de interrupción de los contratos) se deben computar para efectos pensionales.

QUINTO.- La **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- No condenar en costas ni agencias en derecho conforme a los lineamientos de la parte motiva.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, por secretaría, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

DÉCIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LPGO

garzonabogados@outlook.es
jagr.abogado7@gmail.com
elvg32@hotmail.com
notificacionesjudiciales@subredsur.gov.co
juridica.apoyo10@subredsur.gov.co
eduarvera321@gmail.com

¹² Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **189fb4cb11a189a24401af68ccc926f969a2b237d1914209cb07c48ef4a0897a**

Documento generado en 28/09/2022 09:22:49 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA No. 241

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2020-00212-00
Demandante:	RONAL BONILLA SANDOVAL
Demandado:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL
Decisión:	Sentencia anticipada que niega las pretensiones de la demanda
Tema:	Incremento salarial 20%, prima de actividad y subsidio familiar. Soldado profesional- Decreto 1794 de 2000

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA ANTICIPADA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Ronal Bonilla Sandoval, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 14.608.074, contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 1-16, archivo 3 expediente digital):

El demandante solicitó como pretensiones principales: i) declarar la nulidad del acto administrativo No. 20183111349401: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 17 de julio de 2018; y ii) declarar la existencia del silencio administrativo negativo y, en consecuencia, la nulidad del acto administrativo ficto o presunto por medio del cual se negó la diferencia salarial del 20% y el reconocimiento y pago de la prima de actividad.

Así mismo, pidió de manera subsidiaria aplicar la excepción de inconstitucionalidad e inaplicar el acto administrativo acusado, teniendo en cuenta los Artículos 13, 25, 53 y 209 de la Constitución Política. Así mismo, instó de manera subsidiaria aplicar la excepción de convencionalidad e inaplicar el acto administrativo acusado, teniendo en cuenta los Artículos 1, 2, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A título de restablecimiento del derecho, deprecó condenar a la entidad demandada a: i) declarar que el actor realiza las mismas funciones de un soldado profesional que fue voluntario; ii) declarar que el actor se encuentra en el mismo supuesto de hecho que contempla la norma para el reconocimiento de la prima de actividad de los oficiales y suboficiales; iii) reconocer y pagar de la diferencia salarial del 20%, conforme a la Ley 131 de 1985 y el Decreto 1794 de 2000; iv) reconocer y pagar la prima de actividad conforme a las normas y porcentajes que regulan la prima de actividad para oficiales y suboficiales; v) reconocer y pagar el subsidio familiar conforme el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; vi) reliquidar todas las prestaciones sociales y/o factores salariales, de acuerdo al salario básico conformado por el mínimo aumentado al 60%; vii) realizar el pago desde el año en que el actor ingresó al Ejército, hasta el pago real y efectivo de la sentencia, con intereses y con IPC; viii) condenar a la entidad demandada al pago de agencias en derecho, costas procesales y gastos; y ix) condenar a la entidad demandada al cumplimiento de la sentencia de acuerdo a lo señalado en el Artículo 192 del C.PACA.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, el apoderado del extremo activo adujo que el demandante es soldado profesional y que no recibe el salario justo, conformado por el salario mínimo mensual vigente incrementando en un 60%, como si lo tienen los otros soldados profesionales que fueron soldados voluntarios.

Así mismo, afirmó que el actor al igual que los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional se

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

encuentran en el mismo supuesto de hecho, que contempla la norma para el reconocimiento y pago de la prima de actividad. Igualmente, tiene derecho al reconocimiento del subsidio familiar en mejores condiciones del que tiene reconocido actualmente.

Indicó que el demandante elevó petición a la entidad demandada con radicado FB1KFAHWRW en la fecha de 2018-06-29, en el que solicitó que se le reconociera la diferencia salarial del 20%, el reconocimiento y pago de la prima de actividad y el reajuste del subsidio familiar. La entidad demandada guardó silencio respecto de la solicitud de reconocimiento y pago de la prima de actividad y de la solicitud de reconocimiento y pago de la diferencia del 20%.

Mediante Oficio No. No. 20183111349401: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 17 de julio de 2018, la entidad demandada le negó el reconocimiento y pago del subsidio familiar conforme el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Que, a través de derecho de petición radicado en la página web de la entidad demandada con código de solicitud V3BADQJ184, se le realizó consulta a la entidad sobre las funciones y diferencias de los soldados profesiones y voluntarios, y señaló que -únicamente en razón de cumplimiento de un fallo de tutela- la entidad contestó dicha petición, a través de los oficios: 00383: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 30 de julio de 2018; oficio 20183131332691: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-SJU-1.9 del 13 de julio de 2018.

2.3. NORMAS VIOLADAS

- Constitución Política: preámbulo y Artículos 1, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 93, 94, 125 y 217.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículos 1, 2, 23 y 24.
- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, Artículo 7.
- Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, Artículo 24.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 7.
- Ley 1437 de 2011, Artículo 134

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Argumentó respecto del reajuste del 20% que el Parágrafo del Artículo 5 del Decreto 1793 de 2000 permitió que los soldados voluntarios vinculados por medio de la Ley 131 de 1985 y con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que manifestaran su intención de incorporarse como soldados profesionales, debían continuar con el salario que venían devengando, en virtud del inciso 2 del Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

Consideró que el Ejército Nacional, en forma contraria al inciso 2 del Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, vulneró los derechos de los soldados y disminuyó sus salarios en un 20%, al aplicar lo dispuesto en el inciso 1 del Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

Hizo alusión al principio de igualdad como derecho fundamental, a la carrera administrativa de los soldados profesionales del Ejército Nacional, al enriquecimiento sin causa por parte del Estado frente al trabajador, al principio de trabajo igual salario igual y a la realidad sobre las formas.

Por otro lado, sostuvo que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad, y realizó un comparativo con el cuerpo de oficiales y suboficiales del Ejército, destacando que la prima de actividad sólo es reconocida a estos uniformados y no a los soldados profesionales, pese a que todos trabajan en la misma Fuerza y se encuentran constantemente en actividad, lo que justifica el reconocimiento de este beneficio en igualdad de condiciones.

Efectuó el análisis de la Ley 131 de 1961 y los Decretos 613 de 1977, 2062 de 1984, 096 de 1989, 1211, 1212 y 1214 de 1990, que establecen como supuesto de hecho para devengar la prima de actividad el encontrarse en servicio activo, hecho que ocurre con los soldados profesionales, por lo cual considera que se le discrimina al no reconocérsele este beneficio.

Finalmente, frente al subsidio familiar adujo que existe un conflicto normativo en la aplicación del derecho, ya que con la declaratoria con efectos *ex tunc* de la nulidad total del Decreto 3770 de 2009, por medio del cual se derogó el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es apenas lógico concluir que las disposiciones contenidas en dicho decreto, en la actualidad se encuentran en plena

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

vigencia. De ahí que, por el principio de la condición más beneficiosa en materia laboral del Artículo 53 superior, se debe aplicar el Decreto 1794 de 2000 al demandante.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (archivo 18 expediente digital).

Admitida la demanda mediante auto del 25 de febrero de 2021 (archivo 14 expediente digital) y notificada en debida forma, conforme lo dispuesto en el referido auto admisorio (archivo 17 expediente digital), la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional presentó escrito de contestación en el que solicitó fueran negadas las pretensiones de la demanda.

En cuanto al reajuste del 20%, sostuvo la apoderada de la entidad demandada que el actor ingresó a las Fuerzas Militares bajo el Decreto 1793 de 2000 en calidad de soldado nuevo, sin haber sido soldado voluntario, por lo que nunca ostentó dicha condición. Por lo tanto, no tiene derecho al reajuste pues no es viable reclamar derechos que no se han adquirido.

A su vez, indicó que el demandante, en su condición de soldado profesional, tiene derechos prestacionales establecidos en el Decreto 1794 de 2000, "*Régimen Salarial y Prestacional para el personal de Soldados Profesionales*", el cual no establece el pago de la prima de actividad, razón por la que no le asiste el derecho al demandante, ni la obligación de concederla a la entidad demandada.

Finalmente, la entidad accionada hizo alusión a la regulación del subsidio familiar y refirió que el demandante solicitó dicho emolumento bajo el Decreto 1161 de 2014, por lo que la entidad debe cumplir con el ordenamiento jurídico, y en este caso el decreto en mención es aplicable al momento en que radicó la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar; desconocer dicho precepto es decretar el pago de lo no debido.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El despacho, mediante auto del 17 de febrero de 2021, (archivo 28 expediente digital), procedió a decretar pruebas, a fijar el litigio, y se dispuso a correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

2.6.1. Alegatos de la parte demandante: (archivo 36 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Solicitó acceder a las pretensiones de la demanda.

2.6.2. Alegatos de la demandada: (archivo 37 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y señaló que el demandante se incorporó como soldado profesional sin ser soldado voluntario, el cual conoció y aceptó las normas bajo las cuales se incorporaba y ha recibido los haberes de acuerdo a las normas que lo cobijan.

Finalmente, sostuvo que al demandante no se le ha vulnerado ningún derecho pues, de acuerdo a las normas bajo las cuales se incorporó, se le han reconocido las prestaciones a que tiene derecho y en consecuencia solicitó negar todas las pretensiones formuladas por el actor.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el demandante, señor Ronal Bonilla Sandoval, como soldado profesional, tiene derecho a lo siguiente: como soldado profesional, tiene derecho a lo siguiente: i) al pago de las diferencias que resulten del incremento salarial en un 20% conforme a lo previsto en el inciso segundo del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, para lo cual se deberá constatar si existe o no vulneración al principio de igualdad entre los soldados profesionales frente a los que fungieron como soldados voluntarios y se incorporaron posteriormente al "*Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*" contenido en el Decreto 1793 de 2000; ii) a que se declare la excepción de inconstitucionalidad frente al Decreto 1161 de 2014, y en consecuencia se le reconozca y pague como soldado profesional en actividad el subsidio familiar en un porcentaje del 4% del salario básico más la prima de antigüedad de conformidad con el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; y iii) al reconocimiento y pago de la prima de actividad prevista en el Artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, para lo cual se deberá corroborar si existe o no vulneración al principio de igualdad entre los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que devengan dicha prestación.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3.2. Cuestión previa

Advierte el despacho que mediante auto del 22 de julio de 2022 (archivo 39 expediente digital), el despacho concedió el recurso de queja al apoderado de la parte actora. No obstante, dicho trámite no suspende el proceso.

Por otro lado, es de aclararse que en la demanda se invocó el principio de realidad e igualdad bajo el entendido de que el demandante como soldado profesional desarrolló las mismas funciones de los soldados profesionales que fueron voluntarios y también de los oficiales y suboficiales, lo cual le harían merecedor de una diferencia salarial y de la prima de actividad. Sin embargo, lo cierto es que del contenido del libelo incoatorio puede avizorarse que la real inconformidad del actor gravita en torno a no haber sido beneficiarios los soldados profesionales de las mismas prestaciones de los demás integrantes de las Fuerzas Militares, aspecto de mero derecho que en esa medida será abordado.

3.3. Reajuste del 20%

3.3.1. Régimen salarial y prestacional de los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales

La Ley 131 de 31 de diciembre de 1985¹ reguló el servicio militar voluntario, definiéndolo como aquel ejercido por quien, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio, manifestara su intención de continuar en la entidad. Tal normativa dispuso:

“ARTÍCULO 40. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.” (Subrayado del Despacho)

La norma en cita señala la remuneración de los que presten el servicio militar voluntario, determinándola como una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

Posteriormente, mediante la expedición del Decreto Ley 1793 del 2000², se permitió que los soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre de 2000 fueran incorporados como soldados profesionales, siempre y cuando manifestaran su intención de hacerlo y fueran aprobados por los comandantes de fuerza³.

Del mismo modo, el aludido decreto ordenó al Gobierno nacional fijar el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, “...con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”, por lo que éste expidió el Decreto 1794 de 2000, cuyos Artículos 1 y 2 dispusieron:

*“ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, **quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).**”*

“ARTICULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin

¹ “Por la cual se dictan normas del servicio militar voluntario”

² “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”.

³ “**ARTÍCULO 5. SELECCIÓN.** Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

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”.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

PARÁGRAFO. Los soldados vinculados 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.” (negrilla del despacho).

De cara a lo anterior, se concluye que los soldados profesionales que se hayan vinculado a las Fuerzas Militares a partir de la expedición de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 tendrán derecho a devengar un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, **incrementado en un cuarenta por ciento (40%)**. Asimismo, los soldados que ya venían vinculados en virtud de la Ley 131 de 1985 y que conservaron 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%)**.

En este punto, conviene aclarar que, si bien en el marco de la incorporación de los soldados voluntarios a profesionales se introdujo una notable diferencia de trato a favor de los antiguos soldados (voluntarios), esa distinción encuentra válido respaldo constitucional en el principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales y derechos adquiridos.

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, rad. No. 85001-33-33-002-2013-00060-01 (3420-15) CE-SUJ2-003-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló los criterios respecto al reajuste salarial del 20% reclamado por soldados voluntarios que luego adquirieron la condición de profesionales, así:

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

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

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

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

3.3.2. El principio de trabajo igual – salario igual.

La jurisprudencia Constitucional⁴ ha señalado que el derecho a la igualdad, establecido en el Artículo 13 de la Carta Política, no plantea una igualdad matemática, sino una igualdad real, que busca un trato igual a las personas que se encuentran bajo unas mismas condiciones y que justifica un trato diferente sólo cuando se encuentran bajo distintas condiciones.

Con base en este derecho fundamental es que se ha dado desarrollo al principio de “a trabajo igual, salario igual”. Por tal razón, no se puede dar un trato discriminatorio entre trabajadores que, cumpliendo una misma labor con las mismas responsabilidades, sean objeto de una remuneración diferente.

Al respecto, la Corte Constitucional, al referirse al trato discriminatorio en materia laboral, mediante Sentencia T - 079 del 28 de febrero de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, señaló lo siguiente:

⁴ Ver las sentencias T-102, T-143 y T-553 de 1995; C-100 y T-466 de 1996; T-005, T-330 y SU-519 de 1997; T-050 y T-394 de 1998, entre muchas otras.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“Es obvio que la discriminación salarial atenta contra la IGUALDAD como derecho fundamental constitucionalmente protegido e inherente a la relación laboral. Lo cual implica, en principio, que habrá discriminación cuando ante situaciones iguales se da un trato jurídico diferente, por eso se proclama el principio A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL. (...)”

Sin embargo, la Corte Constitucional en la referida providencia también precisó:

“...surge como factible la perspectiva de salarios distintos siempre y cuando la diferenciación sea razonable (cantidad y calidad del trabajo, art. 53 C.P.), y sea objetiva y rigurosamente probada por el empleador.”

Con base en lo anterior, se tiene que el principio de “a trabajo igual, salario igual” responde a un criterio relacional, propio del juicio de igualdad. Por ende, para acreditar su vulneración debe estarse ante dos sujetos que, al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente. Entonces, resulta que la discriminación salarial injustificada debe basarse en la inexistencia de un parámetro objetivo, discernible y razonable que justifique la diferenciación.

Así, la jurisprudencia constitucional ha catalogado como razones admisibles de diferenciación salarial, entre otras, (i) la aplicación de criterios objetivos de evaluación y desempeño⁵; (ii) las diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran *prima facie* análogos⁶; y (iii) la distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales que responden a cualificaciones igualmente disímiles para el acceso a dichos empleos⁷.

De acuerdo con lo expuesto, se encuentra que la protección constitucional del principio de *a trabajo igual, salario igual* tiene sustento en la eficacia de los principios mínimos del trabajo, tanto de remuneración acorde con la cantidad y calidad de la labor, como de, especialmente, la primacía de la realidad sobre las formas dentro de la relación laboral.

Con todo, la protección de ese principio constitucional depende de las circunstancias que se acrediten en cada caso particular, en donde los elementos probatorios permitan advertir el desconocimiento del derecho a la igualdad entre iguales⁸.

3.3.3. Sobre la figura de la excepción de inconstitucionalidad

El Artículo 4° de la Constitución Política contempla: «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales». Es decir, que la vía de excepción constituye una obligación expresa del juez contencioso de inaplicar o desconocer una norma de inferior jerarquía en procura de respetar la Carta Magna, únicamente vinculante respecto de los sujetos procesales.

De esta forma, se tiene que el control por vía de excepción consagrada en el Artículo 148 del CPACA, consiste en un mecanismo del que puede hacer uso el juez oficiosamente o a petición de parte dentro de los procesos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativa que se adelante y cuya finalidad es dejar sin efectos un acto administrativo cuando vulnere la Constitución Política, decisión que solo opera entre quienes hagan parte del litigio.

Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia C-122 de 2011, sostuvo:

«[...] De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto⁹. **Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex**

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-1075/00.

⁶ Corte Constitucional, sentencias T-1098/00 y T-545A/07.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-105/02.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección B- consejero ponente: César Palomino Cortés, sentencia del diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)- radicación número: 05001-23-31-000-2010-02233-01(4879-14).

⁹ Desde las sentencias de los años sesenta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se empieza a tener en cuenta esta tesis. Se dice que los funcionarios competentes para aplicar dicha norma son los que tienen jurisdicción. Al respecto dijo la Sentencia del 2 de marzo de 1961 (M.P. Julio Roncallo Acosta), que, “El artículo 215 de la Constitución simplemente autoriza oponer, en un caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad. El fallo que decide sobre la acción de inexecutable sólo puede ser pronunciado por la Corte en pleno y tiene efectos erga omnes; en cambio, para decidir sobre la excepción referida es competente

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

oficio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.». (Resaltado fuera de texto).

Así mismo, el Consejo de Estado ha señalado¹⁰ que la excepción de inconstitucionalidad como facultad y deber de los operadores jurídicos, se refiere al fenómeno de la aplicación de las normas de inferior jerarquía en casos concretos, cuando éstas resultan incompatibles, con las normas constitucionales.

En este orden, la supremacía constitucional que se deriva del Artículo 4° Superior hace referencia a las normas constitucionales en juego en un caso concreto de una o varias personas, en el cual la aplicación de normas legales o de inferior jerarquía implicaría ir en contra de aquéllas constitucionales que también amparan a dicha persona o grupo de personas. En consecuencia, los principios que deben protegerse en este contexto son en la mayoría de las ocasiones los relativos a los derechos constitucionales de las personas (derechos fundamentales).

Cabe precisar que de acuerdo con la jurisprudencia, esta excepción opera en cualquiera de los siguientes eventos: i) cuando la norma sea contraria a la constitución y no haya sido retirada del ordenamiento jurídico a través de la acción de constitucionalidad o nulidad (según la categoría de la norma), y deba inaplicarse en caso concreto; ii) que la norma reproduzca textos legales que hayan sido objeto de declaratoria de inexecutable o nulidad; y iii) cuando la aplicación de la norma en el caso concreto pueda generar un perjuicio, que pese a parecer ajustada a la constitución en el caso que se estudia, su aplicación desconocería normas constitucionales.

3.3.4. Sobre la figura de la excepción de inconvencionalidad

El control de convencionalidad constituye una herramienta jurídica que concreta el deber de los Estados parte del Sistema Interamericano de dar aplicación a las normas que la gobiernan, tomando la interpretación de la que tales disposiciones quedan imbuidas a partir de los pronunciamientos de su órgano jurisdiccional regional.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que *“el control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹¹.*

Bajo ese entendido, la “excepción de inconvencionalidad” no es otra cosa que un símil, proyectado al ámbito de la norma regional, de la regla contemplada en el artículo 4° de la Constitución Política, conforme con la cual *“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*. Claro que en este evento la discordancia de la norma de inferior jerarquía no se plantearía con un precepto del Texto Supremo en estricto sentido, sino con uno de la Convención Americana de Derechos Humanos, emanada del Pacto celebrado en San José de Costa Rica en noviembre de 1969¹².

cualquier funcionario con jurisdicción, que deba aplicar la ley, y solo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge” (Negrillas fuera del texto). También hay que tener en cuenta los fallos de la Sala de Casación Penal de 14 de marzo de 1961, en donde se convalida por vez primera la vía de excepción y se declara inaplicable una ley en un caso concreto, y la sentencia del 26 de abril del mismo año, en donde se definen los alcances generales de la excepción y se establece que cualquier funcionario con jurisdicción es competente para inaplicar una ley contraria a la Constitución (Sobre el particular ver el libro de Julio Estrada, Alexei, Op. cit., p. 284)

¹⁰ Sentencia del 16 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13).

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, veintitres (23) de enero de dos mil quince (2015), Radicación número: 76001-23-31-000-1997-03251-01(20507)A, Actor: Joseph Mora Van Wichen Y Otros, Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y OTROS.

¹² Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Quinta- consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez- sentencia del veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte (2020)- radicación número: 11001-03-28-000-2019-00061-00 (2019-00062-00 y 2019-00089-00).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3.3.5. Caso concreto respecto del reajuste del 20%

Dentro del expediente de la referencia, se encuentra acreditada la siguiente situación fáctica que sirve de fundamento para emitir decisión de fondo en el caso que nos ocupa:

1. La certificación obrante en la pág. 5 del archivo 25 del expediente digital, expedida el 13 de octubre de 2021, donde consta que el actor se vinculó al Ejército Nacional con los siguientes tiempos y cargos:

Servicio militar DIPER: Desde el 16 de agosto de 2001 al 15 de febrero de 2003.

Alumno soldado profesional DIPER: Desde el 1° de febrero de 2004 al 15 de marzo de 2004.

Soldado profesional DIPER: Desde el 15 de marzo de 2004.

2. Derecho de petición con radicado No. FB1KFAHWRW del 29 de junio de 2018, por medio del cual la parte actora solicitó, entre otras cosas, el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20%, el reconocimiento y pago de la prima de actividad y el reconocimiento del subsidio familiar, y como consecuencia de lo anterior la reliquidación de las prestaciones sociales correspondientes (pág. 20, archivo 3 expediente digital). La entidad demandada guardó silencio respecto de la solicitud de reconocimiento y pago de la prima de actividad y de la solicitud de reconocimiento y pago de la diferencia del 20%.

En primer lugar, se tiene que la asignación salarial mensual fijada en el inciso segundo del Artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 tuvo como finalidad acatar el mandato de no desmejora salarial previsto a favor de los soldados profesionales que lo fueron por la vía de la incorporación que autorizó el Artículo 3 del Decreto Ley 1793 de 2000, pues con ella se garantizó que el personal en calidad de voluntarios continuara devengando la remuneración que le había fijado la Ley 131 de 1985, esto es, una suma equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% del mismo salario.

De acuerdo con lo anterior, es pertinente aclarar que se encuentra demostrado que el demandante para el 31 de diciembre de 2000 no se encontraba vinculado al Ejército Nacional y, por lo tanto, no ostentaba la calidad de soldado voluntario, en los términos de la Ley 131 de 1985, lo cual evidencia que no se encuentra inmerso en el supuesto de hecho contemplado en el inciso 2° del Artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Ahora bien, la mencionada disposición contiene un mandato claro, el cual tiene como fundamento que, sin perjuicio de que a los soldados voluntarios vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 que pasen a incorporarse como soldados profesionales se les aplique íntegramente lo dispuesto en el Decreto 1794 del 2000, en relación con la asignación salarial mensual establece de manera diáfana que los soldados que sufrieron este tránsito de voluntarios a profesionales se encuentran exceptuados de lo que devengan el resto de soldados profesionales y es así como se establece que éstos deben devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

La anterior diferencia porcentual establecida para las asignaciones mensuales de los soldados voluntarios incorporados como profesionales y los demás soldados profesionales tiene un contenido de garantía de la irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos establecidos por la Constitución y especialmente, por el literal a) del Artículo 2 de la Ley 4ª de 1992 que estableció el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales, así como la prohibición de desmejora en sus condiciones laborales, al momento de fijar el régimen salarial y prestacional.

El anterior argumento está sustentado en el hecho de que la asignación mensual que percibían los soldados voluntarios con anterioridad a la expedición del Decreto 1794 de 2000 era el equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, asignación que fue mantenida en el inciso 2° del Artículo 1° de la norma en cita, disposición que buscó garantizar que estos servidores de la Fuerza Pública continuaran devengando la asignación que les fue otorgada por la Ley 131 de 1985. De manera que, si se hubiera desconocido este mandato legal sin perjuicio de la asignación inferior de los soldados profesionales, se habrían vulnerado los derechos adquiridos de los soldados voluntarios.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ahora, la Corte Constitucional, al ponderar el principio de igualdad, ha precisado que este no se trata de una igualdad matemática, sino de una igualdad real de personas puestas en las mismas condiciones, denominándolo igualdad entre iguales. Al respecto precisó lo siguiente:

“(…) Como la Corte lo ha manifestado, no se trata de instituir una equiparación o igualación matemática y ciega, que disponga exactamente lo mismo para todos, sin importar las diferencias fácticas entre las situaciones jurídicas objeto de consideración. **Estas, por el contrario, según su magnitud y características, ameritan distinciones y grados en el trato, así como disposiciones variables y adaptadas a las circunstancias específicas**, sin que por el sólo hecho de tal diversidad se vulnere el postulado de la igualdad ni se desconozcan los mandatos constitucionales.

Pero -claro está- toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada en razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no procederán de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, que de suyo reclaman también trato adecuado a cada una (…)¹³.

Ahora, si bien los soldados profesionales como los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales realizan las mismas funciones¹⁴, la diferenciación de salarios para un mismo empleo encuentra justificación en criterios objetivos, razonables y verificables, por lo que a juicio de este despacho no se advierte el desconocimiento de principios constitucionales, como “*trabajo igual-salario igual*” como lo sustenta la parte actora, en razón a que la diferencia salarial establecida en el Decreto 1794 de 2000 entre los soldados voluntarios y los profesionales no parte de la igualdad entre iguales, toda vez que, con anterioridad a la expedición de la norma que les permitió la profesionalización, los soldados voluntarios no tenían derecho a prestaciones sociales ni a los beneficios salariales establecidos para los profesionales.

En consecuencia, la diferencia salarial del 20% respecto de los demás soldados profesionales puede ser entendida como un resarcimiento a este personal como contraprestación por el periodo durante el cual no tuvieron derecho a percibir las mismas prestaciones sociales que cualquier otro trabajador percibe, máxime si se tiene en cuenta que dichos beneficios no le eran concedidos a soldados que prestaron su servicio de manera voluntaria, cumpliendo un deber constitucional de defender la paz y seguridad de los habitantes de la República, el cual implica un sacrificio familiar y de vida que merece ser recompensado.

Así las cosas, si bien el principio de trabajo igual-salario igual responde a un criterio de igualdad en el que se requiere analizar su vulneración desde el punto de vista probatorio, efectuando una comparación de dos o más sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico -respecto de las exigencias para acceder al empleo- reciben una remuneración diferente, en el presente caso no se trata de una situación de iguales entre iguales¹⁵, ya que las circunstancias fácticas en que se incorporó el soldado voluntario a la carrera como soldado profesional fueron condiciones distintas, respecto de los que ingresaron en vigencia del Decreto 1793 de 2000 como soldados profesionales – como el caso del actor-, pues dicha diferenciación se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico que no permitía desmejorar las condiciones laborales que traían los soldados voluntarios.

Finalmente, se advierte que el demandante solicitó de manera subsidiaria que se dé aplicación a la figura de la excepción de inconstitucionalidad y/o inconveniencia y, por virtud de ello, se inaplique el acto administrativo acusado.

Al respecto, el despacho precisa que esta figura se constituye como un mecanismo judicial que permite inaplicar una norma cuando se considera que la misma resulta contraria a los mandatos constitucionales y no ha sido posible su control por vía de acción, siendo un deber de todo juez preferir la aplicación de las previsiones constitucionales sobre las legales, por mandato del Artículo 4º de la Constitución Política.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia SU-519 de 15 de octubre de 1997, M.P Jose Gregorio Hernández Galindo.

¹⁴ **Decreto 1793 de 2000**, “**ARTICULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES.** Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”.

¹⁵ A los soldados voluntarios que se incorporaron a la carrera profesional, a pesar de aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el Artículo 4º de la Ley 131 de 1985.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Así mismo, la Corte Constitucional, mediante Sentencia SU–132 del 13 de marzo de 2013¹⁶, definió la excepción de inconstitucionalidad así:

“La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política>”.

Así las cosas, señala la mencionada Corporación que *“...no hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad da lugar a un defecto sustantivo”,* el cual se constituye cuando *“...el juez competente empleó una interpretación normativa sin tener en cuenta que ésta resultaba contraria a los derechos y principios consagrados en la Carta Fundamental”;* por lo tanto, las providencias que se profieren bajo esos presupuestos *“...van en contra de los principios y derechos establecidos en la Constitución Política y, así, se genera un quebrantamiento de la misma”.*

A su vez, el Consejo de Estado ha sostenido frente a la excepción de inconvencionalidad que *“lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario”*¹⁷.

Ahora bien, para el caso concreto, de los argumentos expuestos por el demandante y del análisis normativo efectuado en esta sentencia no se avizora que el acto administrativo respecto del cual se solicitó su inaplicación vaya en contravía de postulados constitucionales; contrario a ello, se evidenció que el mismo fue proferido por la autoridad competente y que las normas que invoca la entidad demandada en el acto acusado para sustentar su legalidad -Decreto 1794 de 2000- no riñen con las normas constitucionales que se endilgan como contrariadas.

En consecuencia, al no evidenciarse la violación de normas de rango constitucional o en la Convención Americana de Derechos Humanos, es improcedente la aplicación de las referidas excepciones de conformidad con la jurisprudencia transcrita, y por ende la declaratoria de nulidad de los actos acusados bajo este cargo.

3.4. De la prima de actividad

El presidente de la República, atendiendo lo previsto en la Ley 4ª de 1992 y el Artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, expidió el Decreto 1794 de 2000, *“Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”*, el cual, además de la asignación básica, estimó para los soldados profesionales prestaciones tales como, la prima de antigüedad (Artículo 2º), prima de servicio anual (Artículo 3º), prima de vacaciones (Artículo 4º), prima de navidad (Artículo 5º), pasajes por traslado (Artículo 6º), pasajes por comisión (Artículo 7º), cesantías (Artículo 9º), vivienda militar (Artículo 10º) y se reconocía el subsidio familiar (Artículo 11º), norma subrogada por el Decreto 1161 de 2014.

Así las cosas, como lo ha establecido el Artículo 217 de la Constitución de 1991, a través de la Ley se establecen los derechos prestacionales de la Fuerza Pública, que para el caso de los soldados profesionales se encuentran regulados en el Decreto 1794 de 2000 que no contempla el reconocimiento de la denominada prima de actividad.

Por el contrario, en el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, han sido diversas las normas que han regulado de manera expresa la prima de actividad, pues Decretos como el 089 de 1984, 95 de 1989 y 1211 de 1990, que modificaron el régimen prestacional y de carrera de estos uniformados, establecieron los porcentajes en los que se reconoce esta prestación. En efecto, el Artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 estableció la prima de actividad para oficiales y suboficiales,

¹⁶ Ponencia del magistrado Alexei Julio Estrada.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, nueve (09) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149), Actor: Centro de Estudios para la Justicia Social - Tierra Digna, Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

en un 33% liquidado sobre el sueldo básico, porcentaje incrementado en un 50% con el Artículo 2º del Decreto 2863 de 2007.

Posteriormente, el Decreto 1017 de 2013, en su Artículo 30, fijó el porcentaje en el 49.5%, el cual se ha mantenido en el tiempo con los Decretos 187 de 2014, 1028 de 2015, 214 de 2016, 984 de 2017 y 324 de 2018.

3.4.1. Caso concreto frente a la prima de actividad

La Corte Constitucional ha señalado que el Artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»¹⁸, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»¹⁹, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, *per se*, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

Ahora bien, el Consejo de Estado²⁰, en cuanto al reconocimiento de la prima de actividad de los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional frente a su no contemplación en el régimen de los soldados profesionales, hizo las siguientes consideraciones:

“- La comparación solicitada en el *sub lite* no es procedente, habida cuenta de que no se exige igualdad cuando hay razones objetivas para determinar regímenes diferentes entre los sujetos de las normas, los cuales pertenecen a grupos jurídicamente diferenciados que responden a una naturaleza funcional distinta. En efecto, los oficiales ejercen la conducción y mando; los suboficiales cumplen las funciones de apoyo de los oficiales y por su parte, los soldados ejecutan las decisiones de los comandantes²¹.

Así, los criterios de distinción que hace el Gobierno Nacional para fijar el régimen prestacional del personal de la Fuerza Pública obedecen a distinciones razonables, como el grado de responsabilidad, las funciones que desempeñan, la experiencia y requisitos exigidos al interior de la institución para acceder a cada grado.

- La normativa que rige cada uno de los grupos de miembros de las Fuerzas Militares y personal Civil del Ministerio de Defensa parten de supuestos diferentes en cuanto a la aplicación del régimen salarial y prestacional, sin que ello constituya de manera alguna, una discriminación, porque cuando existen situaciones fácticas diferentes que ameritan tratamientos distintos, el legislador puede razonablemente regularlas de manera disímil.

Obsérvese que los criterios de diferenciación, en el presente caso, obedecen a factores prudentes que el mismo legislador ha previsto dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son criterios arbitrarios y caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se requieren calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica entonces la distinción salarial.

- Igualmente y de acuerdo con lo regulado en el artículo 2.º de la Ley 4ª de 1992, debe tenerse en cuenta que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades. Es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones.

Así, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan.

¹⁸ T-587 de 2006.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección A- consejero ponente: William Hernández Gómez- sentencia del veinticuatro (24) de junio de dos mil veintiuno (2021), radicación:52001233300020170066501 (5170-2019).

²¹ Al respecto ver la sentencia C-057 de 2010, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Aunado a ello, se tiene que la prima de actividad se previó como una prestación a favor de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, que posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro, sin que con la misma se pretenda cubrir una condición especial a los beneficiarios de aquella, como, por ejemplo, ocurre en el caso del subsidio familiar.

Conforme a lo anterior, la Alta Corporación indicó que, si bien la mentada prestación no se tiene regulada a favor de los soldados profesionales, la cual sí se prevé para los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, también lo es que estos no se encuentran en la misma situación de hecho, por lo que no puede exigirse que las prestaciones de los dos grupos de militares se regulen en las mismas condiciones, porcentajes o montos.

Ello toda vez que: **i)** pertenecen a diferentes categorías dentro de la jerarquía militar, distinción que por demás es constitucionalmente válida y **ii)** los porcentajes y partidas sobre las cuales realizan cotizaciones son diferentes.

Dichas circunstancias especiales permiten que en materia salarial se determinen tratos diferentes, pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, esto es, que los criterios de diferenciación en el *sub iudice* obedecen a factores prudentes que el legislador ha señalado dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución, por lo que no se vislumbra una vulneración al derecho de igualdad.

Así mismo, frente a la solicitud del actor de que se aplique la excepción de inconstitucionalidad o inconventionalidad, como se precisó en precedencia, no se desconoce la Constitución de 1991 ni las normas convencionales alegadas por el actor, pues no existen criterios de comparación respecto de las prestaciones de los oficiales, suboficiales y soldados profesionales, se trata de grupos de personal militar diferenciados, con responsabilidades, funciones y regímenes salariales y prestacionales diferentes, sentados en normas distintas y el hecho de tratarse de personal que presta sus servicios a la Fuerza Pública no significa que deban devengar lo mismo.

3.5. Del subsidio familiar

Mediante el Decreto 1794 de 2000, “*Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las fuerzas militares*”, se consagró el reconocimiento del subsidio familiar en cuantía equivalente al 4% del salario básico más la prima de antigüedad, en los siguientes términos:

“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”.

Posteriormente, se expidió el Decreto 3770 de 2009 que derogó de forma expresa el citado Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; sin embargo, dicha disposición señaló que se mantendría el reconocimiento del subsidio familiar para aquellas personas que lo venían devengando a la entrada en vigencia de la norma y hasta su fecha de retiro del servicio.

Sin embargo, en sentencia del 8 de junio de 2017, el Consejo de Estado declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009²² antes mencionado con efectos *ex tunc*, al considerar que, si bien fue expedido en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, el mismo trasgredía el principio de progresividad, comoquiera que conllevaba a una desmejora para los soldados profesionales e infantes de marina. Así, en virtud de la declaratoria de nulidad referida cobró nuevamente vigencia el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 en lo atinente al subsidio familiar.

No obstante, con anterioridad a la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, se expidió el Decreto 1161 de 2014, “*Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones*”, y en su Artículo 1º creó el subsidio familiar a partir del 1º de julio de 2014 para los soldados profesionales e infantes de

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicado No. 11001-03-25-000-2010-00065-00 (0686-10), C.P. César Palomino Cortés. actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales “SEDESOL”, demandado: Gobierno Nacional.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

marina que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 en un porcentaje del 20% más el porcentaje a que pueda tener derecho por los hijos; dice la norma:

“Artículo 1. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. Créase, a partir del 1 de julio de 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;

b) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente 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.”

Lo anterior permite concluir que existen dos situaciones que determinan el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados e infantes de marina profesionales: i) a quienes les fue reconocido en aplicación del Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; y, ii) a quienes les fue reconocido en aplicación del Artículo 1° del Decreto 1161 de 2014.

3.5.1. Caso concreto frente al subsidio familiar

En el presente asunto, se encuentra demostrado que mediante Oficio No. 20183111349401: MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 17 de julio de 2018, la entidad demandada negó el reajuste del subsidio familiar (págs. 18 a 19, archivo 3 expediente digital).

Así mismo, se encuentra demostrado que mediante Oficio No.2021313002130331: MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.9 del 13 de octubre de 2021 la entidad demandada señaló que (pág. 3 a 4, archivo 25 expediente digital): “(...) En lo relacionado con el factor salarial subsidio familiar , la sección ejecución presupuestal de la Dirección de Personal indica que actualmente recibe el 23%, bajo normatividad del Decreto 1161 de 2014.

RECONOCIMIENTO DEL SUBSIDIO FAMILIAR			ACTOS ADMINISTRATIVOS		
CONCEPTO	(%)	FECHA FISCAL	CLASE	No	FECHA
COMPAÑERA	20	4-nov-14	OAP-EJC	1309	30-mar-15
POR NACIMIENTO HIJO (A) (PRIMER VEZ	3	04 Nov 2014	OAP-EJC	1309	30-mar-15
POR HABER LLEGADO A LA EDAD DE VEINTIUN (21) AÑOS		16 Dic 2020	OAP-EJC	2209	15 Dic 2020

Como se señaló en precedencia, a raíz de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, cobró nuevamente vigencia el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en lo atinente al subsidio familiar dados los efectos *ex tunc* de dicha sentencia. Sin embargo, advierte el despacho que, de las pruebas allegadas al proceso, el demandante no acreditó que haya contraído matrimonio o constituida unión marital de hecho con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1161 de 2014 y por ello el reconocimiento de dicha prestación social se efectuó bajo dicha norma, como en efecto lo hizo la entidad demandada. Por ello, no le asiste razón al pretender el reconocimiento del subsidio familiar conforme al Decreto 1794 de 2000, ya que no demostró consolidar su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1161 de 2014. Es del caso señalar, que en el presente asunto no se evidencia que opere alguno de los eventos para que proceda la excepción de inconstitucionalidad y/o inconveniencia, ya que como se indicó el demandante causó el beneficio cuando ya se encontraba en vigencia el Decreto 1161 de 2014, pues no allegó prueba alguna que demostrara lo contrario.

Por todo lo anterior, el despacho concluye que no prosperan las pretensiones de la demanda, por lo que habrá que denegarlas en su totalidad.

Expediente: 11001-3342-051-2020-00212-00
Demandante: RONAL BONILLA SANDOVAL
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO.- No condenar en costas y agencias en derecho, de conformidad con la parte motiva.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

CUARTO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

Lkgd

yacksonabogado@outlook.com
notificaciones@wyplawyers.com
notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co
sac@buzonejercito.mil.co
ximenarias0807@gmail.com

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **1cec5e3e682b71737cd9ba0a7e1be24a3901d12e576684df62cf49cccd8e3a3**

Documento generado en 28/09/2022 09:22:50 PM

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA No. 238

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2020-00214-00
Demandante:	YAMIL ENRIQUE YANES ORTEGA
Demandado:	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL
Decisión:	Sentencia anticipada que accede parcialmente las pretensiones de la demanda
Tema:	Incremento salarial 20%, subsidio familiar y prima de actividad. Soldado profesional- Decreto 1794 de 2000

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA ANTICIPADA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Yamil Enrique Yanes Ortega, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 77.105.199, contra la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (págs. 4-19, archivo 11 expediente digital):

El demandante solicitó como pretensiones principales: i) declarar la nulidad del acto administrativo 20183111931561: MDN.CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 8 de octubre de 2018; ii) declarar la existencia del silencio administrativo negativo y, en consecuencia, la nulidad del acto administrativo ficto o presunto en relación con la petición con el radicado L9XDA6TBEV, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20%, la prima de actividad y el subsidio familiar.

Así mismo, pidió de manera subsidiaria aplicar la excepción de inconstitucionalidad e inaplicar el acto administrativo acusado, teniendo en cuenta los Artículos 13, 25, 53 y 209 de la Constitución Política. Así mismo, instó de manera subsidiaria aplicar la excepción de “convencionalidad” e inaplicar el acto administrativo acusado, según los Artículos 1, 2, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A título de restablecimiento del derecho, deprecó condenar a la entidad demandada a: i) declarar que el actor realiza las mismas funciones de un soldado profesional que fue voluntario; ii) declarar que el actor se encuentra en el mismo supuesto de hecho que contempla la norma para el reconocimiento de la prima de actividad de los oficiales y suboficiales; iii) reconocer y pagar de la diferencia salarial del 20%, conforme a la Ley 131 de 1985 y el Decreto 1794 de 2000; iv) reconocer y pagar la diferencia salarial del 20%, conforme a la Ley 131 de 1985 y el Decreto 1794 de 2000; v) reconocer y pagar la prima de actividad conforme a las normas y porcentajes que regulan la prima de actividad para oficiales y suboficiales; vi) reconocer y pagar el subsidio familiar con base en el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; vii) reliquidar todas las prestaciones sociales y/o factores salariales, de acuerdo al salario básico conformado por el mínimo aumentado al 60%; viii) realizar el pago desde el año en que el actor ingresó al Ejército, hasta el pago real y efectivo de la sentencia, con intereses y con IPC; ix) condenar a la entidad demandada al pago de agencias en derecho, costas procesales y gastos; y x) condenar a la entidad demandada al cumplimiento de la sentencia de acuerdo a lo señalado en el Artículo 192 del C.PACA.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, el apoderado del extremo activo adujo que el

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

demandante es soldado profesional y que no recibe el salario justo, conformado por el salario mínimo mensual vigente incrementando en un 60%, como si lo tienen los otros soldados profesionales que fueron soldados voluntarios.

Así mismo, afirmó que el actor, al igual que los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, se encuentra en el mismo supuesto de hecho que contempla la norma para el reconocimiento y pago de la prima de actividad.

Por otro lado, adujo que el actor tiene derecho al reajuste del subsidio familiar en mejores condiciones del que tiene reconocido en este momento.

Indicó que el demandante elevó petición a la entidad demandada con radicado L9XDA6TBET del 27 de abril de 2018, con el fin de que se reconociera la diferencia salarial del 20%, el reajuste del subsidio familiar y el reconocimiento de la prima de actividad.

Señaló que frente a la solicitud de la diferencia salarial del 20% y el reconocimiento y pago de la prima de actividad la demandada guardó silencio.

Por otro lado, respecto a la solicitud y pago del subsidio familiar, la entidad demanda negó lo solicitado mediante el acto administrativo 20183111931561: MDN.CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 8 de octubre de 2018.

2.3. NORMAS VIOLADAS

- Constitución Política: preámbulo y Artículos 1, 4, 5, 13, 25, 29, 53, 93, 94, 125 y 217.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículos 1, 2, 23 y 24.
- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, Artículo 7.
- Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, Artículo 24.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 7.
- Ley 1437 de 2011, Artículo 134

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Argumentó respecto del reajuste del 20% que el Parágrafo del Artículo 5 del Decreto 1793 de 2000 permitió que los soldados voluntarios vinculados por medio de la Ley 131 de 1985 y con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que manifestaran su intención de incorporarse como soldados profesionales, debían continuar con el salario que venían devengando, en virtud del inciso 2 del Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

Consideró que el Ejército Nacional, en forma contraria al inciso 2 del Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, vulneró los derechos de los soldados y disminuyó sus salarios en un 20%, al aplicar lo dispuesto en el inciso 1 del Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

Hizo alusión al principio de igualdad como derecho fundamental, a la carrera administrativa de los soldados profesionales del Ejército Nacional, al enriquecimiento sin causa por parte del Estado frente al trabajador, al principio de trabajo igual salario igual y a la realidad sobre las formas.

Por otro lado, sostuvo que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad, y realizó un comparativo con el cuerpo de oficiales y suboficiales del Ejército, destacando que la prima de actividad sólo es reconocida a estos uniformados y no a los soldados profesionales, pese a todo trabajan en la misma Fuerza y se encuentran constantemente en actividad, lo que justifica el reconocimiento de este beneficio en igualdad de condiciones.

Efectuó el análisis de la Ley 131 de 1961 y los Decretos 613 de 1977, 2062 de 1984, 096 de 1989, 1211, 1212 y 1214 de 1990, que establecen como supuesto de hecho para devengar la prima de actividad encontrarse en servicio activo, hecho que ocurre con los soldados profesionales, por lo cual considera que se le discrimina al no reconocérsele este beneficio.

Finalmente, frente al subsidio familiar adujo que existe un conflicto normativo en la aplicación del derecho, ya que con la declaratoria con efectos *ex tunc* de la nulidad total del Decreto 3770

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de 2009, por medio del cual se derogó el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es apenas lógico concluir que las disposiciones contenidas en dicho decreto en la actualidad se encuentran en plena vigencia. De ahí que, por el principio de la condición más beneficiosa en materia laboral del Artículo 53 superior, se debe aplicar el Decreto 1794 de 2000 al demandante.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (archivo 16 expediente digital).

Admitida la demanda y su subsanación mediante auto del 22 de abril de 2021 (archivo 13 expediente digital) y notificada en debida forma, conforme lo dispuesto en el referido auto admisorio (archivo 15 expediente digital), la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional presentó escrito de contestación en el que solicitó fueran negadas las pretensiones de la demanda.

En cuanto al reajuste del 20%, refirió que el apoderado del demandante sostuvo que ingresó a las Fuerzas Militares bajo el Decreto 1793 de 2000 en calidad de soldado nuevo sin haber sido soldado voluntario, por lo que el actor nunca ostentó dicha condición. Por lo tanto, no tiene derecho al reajuste pues no es viable reclamar derechos que no se han adquirido.

A su vez, indicó que el demandante, en su condición de soldado profesional, tiene sus derechos prestacionales establecidos en el Decreto 1794 de 2000, "*Régimen Salarial y Prestacional para el personal de Soldados Profesionales*", el cual no establece el pago de la prima de actividad, razón por la que no le asiste el derecho al demandante ni la obligación de concederla a la entidad demandada.

Finalmente, la entidad accionada hizo alusión a la regulación del subsidio familiar y refirió que el demandante solicitó dicho emolumento bajo el Decreto 1161 de 2014, por lo que la entidad debe cumplir con el ordenamiento jurídico, y en este caso el decreto en mención es aplicable al momento en que radicó la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar; desconocer dicho precepto es decretar el pago de lo no debido.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El despacho, mediante auto del 24 de marzo de 2022 (archivo 27 expediente digital), procedió a decretar pruebas, a fijar el litigio, y se dispuso a correr traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales. Posteriormente, mediante auto del 26 de mayo de 2022 (archivo 35 expediente digital), el despacho adecuó el recurso interpuesto por la parte actora y ordenó no reponer el auto del 24 de marzo de 2022, y ordenó nuevamente correr traslado para alegar de conclusión. Finalmente, mediante auto del 11 de agosto de 2022 (archivo 40 expediente digital), se rechazó por improcedente el recurso de queja interpuesto por el apoderado de la parte demandante.

2.6.1. Alegatos del demandante: (archivo 32 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda, y reiteró que en el presente caso no hay lugar a aplicar los supuestos de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del salario del 20% de los soldados voluntarios, por lo siguiente:

1. El demandante nunca fue soldado voluntario.
2. Tiene asignadas y ejecuta las mismas funciones que tiene asignadas y que ejecuta un soldado que fue voluntario, pero que ingresó a la carrera administrativa del soldado profesional.
3. No hay violación de derechos adquiridos, pues no existen para el actor.
4. Tampoco fue objeto del descuento salarial del 20% que se realizó en noviembre de 2003, ni en otra fecha.
5. La violación al derecho de la igualdad se da bajo la regla de "trabajo igual, salario igual".

Por otro lado, indicó que los soldados profesionales como los que eran soldados voluntarios y que fueron incorporados tienen asignadas las mismas funciones, esto es, lo señalado en el Artículo 1º del Decreto 1793 de 2000, hacen parte de la misma carrera administrativa y tienen las mismas obligaciones y responsabilidades.

Por otra parte, adujo que para el pago de la prima de actividad no hay distinción alguna por la calidad y cantidad de trabajo del funcionario pues, si así fuera, un suboficial no podría ganarla, pues es bien diferente su trabajo con relación al de un oficial. Incluso, al interior de cada carrera,

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

todos los cargos asignados ejecutan funciones diferentes.

En relación con el subsidio de familia, indicó que se debe verificar la legalidad del acto administrativo teniendo como criterio el Decreto 1794 de 2000, o en su defecto el análisis de la violación del derecho fundamental de igualdad, junto con el análisis de la condición más beneficiosa o las demás prerrogativas del Artículo 53 de la Carta, invocadas en la demanda.

2.6.2. Alegatos de la demandada: (archivos 30 y 38 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y señaló que el demandante se incorporó como soldado profesional sin ser soldado voluntario, el cual conoció y aceptó las normas bajo las cuales se incorporaba y ha recibido los haberes de acuerdo con las normas que lo cobijan. Así mismo, señaló que los decretos que regulan la carrera del soldado profesional no contemplan el pago de una prima de actividad.

A su vez, indicó que, con relación al subsidio familiar, la entidad no puede desconocer las normas que deben aplicarse al momento de solicitar los reconocimientos; eso sería desconocer que existe una norma que se encuentra vigente y es de obligatorio cumplimiento.

Finalmente, sostuvo que al demandante no se le ha vulnerado ningún derecho pues, de acuerdo con las normas bajo las cuales se incorporó, se le han reconocido las prestaciones a que tiene derecho y en consecuencia solicitó negar todas las pretensiones formuladas por el actor.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el demandante, señor Yamil Enrique Yanes Ortega, como soldado profesional, tiene derecho a lo siguiente: i) al pago de las diferencias que resulten del incremento salarial en un 20% conforme a lo previsto en el inciso segundo del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, para lo cual se deberá constatar si existe o no vulneración al principio de igualdad entre los soldados profesionales frente a los que fungieron como soldados voluntarios y se incorporaron posteriormente al “*Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*” contenido en el Decreto 1793 de 2000; ii) a que se declare la excepción de inconstitucionalidad frente al Decreto 1161 de 2014, y en consecuencia se le reconozca y pague como soldado profesional en actividad el subsidio familiar en un porcentaje del 4% del salario básico más la prima de antigüedad de conformidad con el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; y iii) al reconocimiento y pago de la prima de actividad prevista en el Artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, para lo cual se deberá corroborar si existe o no vulneración al principio de igualdad entre los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que devengan dicha prestación.

3.2. Cuestión previa

Es de aclararse que en la demanda se invocó el principio de realidad e igualdad bajo el entendido de que el demandante como soldado profesional desarrolló las mismas funciones de los soldados profesionales que fueron voluntarios y también de los oficiales y suboficiales, lo cual le harían merecedor de una diferencia salarial y de la prima de actividad. Sin embargo, lo cierto es que del contenido del libelo incoatorio puede avizorarse que la real inconformidad del actor gravita en torno a no haber sido beneficiarios los soldados profesionales de las mismas prestaciones de los demás integrantes de las Fuerzas Militares, aspecto de mero derecho que en esa medida será abordado.

3.3. Reajuste del 20%

3.3.1. Régimen salarial y prestacional de los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales

La Ley 131 de 31 de diciembre de 1985¹ reguló el servicio militar voluntario, definiéndolo como aquel ejercido por quien, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio, manifieste su intención de continuar en la entidad. Tal normativa dispuso:

“ARTÍCULO 40. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación

¹ “Por la cual se dictan normas del servicio militar voluntario”

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.” (Subrayado del Despacho)

La norma en cita señala la remuneración de los que presten el servicio militar voluntario, determinándola como una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

Posteriormente, mediante la expedición del Decreto Ley 1793 del 2000², se permitió que los soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre de 2000 fueran incorporados como soldados profesionales, siempre y cuando manifestaran su intención de hacerlo y fueran aprobados por los comandantes de fuerza³.

Del mismo modo, el aludido decreto ordenó al Gobierno nacional fijar el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, “...con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”, por lo que éste expidió el Decreto 1794 de 2000, cuyos Artículos 1 y 2 dispusieron:

*“ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, **quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).**”*

“ARTICULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

***PARÁGRAFO. Los soldados vinculados 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.**”* (negrilla del despacho).

De cara a lo anterior, se concluye que los soldados profesionales que se hayan vinculado a las Fuerzas Militares a partir de la expedición de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 tendrán derecho a devengar un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, **incrementado en un cuarenta por ciento (40%)**. Asimismo, los soldados que ya venían vinculados en virtud de la Ley 131 de 1985 y que conservaron 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%)**.

En este punto, conviene aclarar que, si bien en el marco de la incorporación de los soldados voluntarios a profesionales se introdujo una notable diferencia de trato a favor de los antiguos soldados (voluntarios), esa distinción encuentra válido respaldo constitucional en el principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales y derechos adquiridos.

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, rad. No. 85001-33-33-002-2013-00060-01 (3420-15) CE-SUJ2-003-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez,

² “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”.

³ “**ARTÍCULO 5. SELECCIÓN.** Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

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”.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

señaló los criterios respecto al reajuste salarial del 20% reclamado por soldados voluntarios que luego adquirieron la condición de profesionales, así:

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

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

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

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

3.3.2. El principio de trabajo igual – salario igual.

La jurisprudencia Constitucional⁴ ha señalado que el derecho a la igualdad, establecido en el Artículo 13 de la Carta Política, no plantea una igualdad matemática, sino una igualdad real, que busca un trato igual a las personas que se encuentran bajo unas mismas condiciones y que justifica un trato diferente sólo cuando se encuentran bajo distintas condiciones.

Con base en este derecho fundamental es que se ha dado desarrollo al principio de “a trabajo igual, salario igual”. Por tal razón, no se puede dar un trato discriminatorio entre trabajadores que, cumpliendo una misma labor con las mismas responsabilidades, sean objeto de una remuneración diferente.

Al respecto, la Corte Constitucional, al referirse al trato discriminatorio en materia laboral, mediante Sentencia T - 079 del 28 de febrero de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, señaló lo siguiente:

“Es obvio que la discriminación salarial atenta contra la IGUALDAD como derecho fundamental constitucionalmente protegido e inherente a la relación laboral. Lo cual implica, en principio, que habrá discriminación cuando ante situaciones iguales se da un trato jurídico diferente, por eso se proclama el principio A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL. (...)”

Sin embargo, la Corte Constitucional en la referida providencia también precisó:

“...surge como factible la perspectiva de salarios distintos siempre y cuando la diferenciación sea razonable (cantidad y calidad del trabajo, art. 53 C.P.), y sea objetiva y rigurosamente probada por el empleador.”

Con base en lo anterior, se tiene que el principio de “a trabajo igual, salario igual” responde a un criterio relacional, propio del juicio de igualdad. Por ende, para acreditar su vulneración debe estarse ante dos sujetos que, al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente. Entonces, resulta que la discriminación salarial injustificada debe basarse en la inexistencia de un parámetro objetivo, discernible y razonable que justifique la diferenciación.

⁴ Ver las sentencias T-102, T-143 y T-553 de 1995; C-100 y T-466 de 1996; T-005, T-330 y SU-519 de 1997; T-050 y T-394 de 1998, entre muchas otras.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Así, la jurisprudencia constitucional ha catalogado como razones admisibles de diferenciación salarial, entre otras, (i) la aplicación de criterios objetivos de evaluación y desempeño⁵; (ii) las diferencias de la estructura institucional de las dependencias públicas en que se desempeñan cargos que se muestran *prima facie* análogos⁶; y (iii) la distinta clasificación de los empleos públicos, a partir de la cual se generan diferentes escalas salariales que responden a cualificaciones igualmente disímiles para el acceso a dichos empleos⁷.

De acuerdo con lo expuesto, se encuentra que la protección constitucional del principio de *a trabajo igual, salario igual* tiene sustento en la eficacia de los principios mínimos del trabajo, tanto de remuneración acorde con la cantidad y calidad de la labor, como de, especialmente, la primacía de la realidad sobre las formas dentro de la relación laboral.

Con todo, la protección de ese principio constitucional depende de las circunstancias que se acrediten en cada caso particular, en donde los elementos probatorios permitan advertir el desconocimiento del derecho a la igualdad entre iguales⁸.

3.3.3. Sobre la figura de la excepción de inconstitucionalidad

El Artículo 4° de la Constitución Política contempla: «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales». Es decir que la vía de excepción constituye una obligación expresa del juez contencioso de inaplicar o desconocer una norma de inferior jerarquía en procura de respetar la Carta Magna, únicamente vinculante respecto de los sujetos procesales.

De esta forma, se tiene que el control por vía de excepción consagrada en el Artículo 148 del CPACA consiste en un mecanismo del que puede hacer uso el juez oficiosamente o a petición de parte dentro de los procesos que conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se adelanta y cuya finalidad es dejar sin efectos un acto administrativo cuando vulnera la Constitución Política, decisión que solo opera entre quienes hagan parte del litigio.

Al respecto, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-122 de 2011, sostuvo:

«[...] De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto⁹. **Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.** En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.». (Resaltado fuera de texto).

Así mismo, el Consejo de Estado ha señalado¹⁰ que la excepción de inconstitucionalidad, como facultad y deber de los operadores jurídicos, se refiere al fenómeno de la aplicación de las normas de inferior jerarquía en casos concretos cuando éstas resultan incompatibles con las normas constitucionales.

En este orden, la supremacía constitucional que se deriva del Artículo 4° Superior hace referencia a las normas constitucionales en juego en un caso concreto de una o varias personas,

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-1075/00.

⁶ Corte Constitucional, sentencias T-1098/00 y T-545A/07.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-105/02.

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección B- consejero ponente: César Palomino Cortés, sentencia del diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)- radicación número: 05001-23-31-000-2010-02233-01(4879-14).

⁹ Desde las sentencias de los años sesenta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se empieza a tener en cuenta esta tesis. Se dice que los funcionarios competentes para aplicar dicha norma son los que tienen jurisdicción. Al respecto dijo la Sentencia del 2 de marzo de 1961 (M.P. Julio Roncallo Acosta), que, “El artículo 215 de la Constitución simplemente autoriza oponer, en un caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad. El fallo que decide sobre la acción de inexecutable sólo puede ser pronunciado por la Corte en pleno y tiene efectos erga omnes; en cambio, para decidir sobre la excepción referida es competente cualquier funcionario con jurisdicción, que deba aplicar la ley, y solo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge” (Negrillas fuera del texto). También hay que tener en cuenta los fallos de la Sala de Casación Penal de 14 de marzo de 1961, en donde se convalida por vez primera la vía de excepción y se declara inaplicable una ley en un caso concreto, y la sentencia del 26 de abril del mismo año, en donde se definen los alcances generales de la excepción y se establece que cualquier funcionario con jurisdicción es competente para inaplicar una ley contraria a la Constitución (Sobre el particular ver el libro de Julio Estrada, Alexei, Op. cit., p. 284)

¹⁰ Sentencia del 16 de febrero de 2017, radicado: 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

en el cual la aplicación de normas legales o de inferior jerarquía implicaría ir en contra de aquéllas constitucionales que también amparan a dicha persona o grupo de personas. En consecuencia, los principios que deben protegerse en este contexto son en la mayoría de las ocasiones los relativos a los derechos constitucionales de las personas (derechos fundamentales).

Cabe precisar que, de acuerdo con la jurisprudencia, esta excepción opera en cualquiera de los siguientes eventos: i) cuando la norma sea contraria a la Constitución y no haya sido retirada del ordenamiento jurídico a través de la acción de constitucionalidad o nulidad (según la categoría de la norma), y deba inaplicarse en un caso concreto; ii) que la norma reproduzca textos legales que hayan sido objeto de declaratoria de inexecutable o nulidad; y iii) cuando la aplicación de la norma en el caso concreto pueda generar un perjuicio que, pese a parecer ajustada a la Constitución en el caso que se estudia, su aplicación desconocería normas constitucionales.

3.3.4. Sobre la figura de la excepción de inconventionalidad

El control de convencionalidad constituye una herramienta jurídica que concreta el deber de los Estados parte del Sistema Interamericano de dar aplicación a las normas que la gobiernan, tomando la interpretación de la que tales disposiciones quedan imbuidas a partir de los pronunciamientos de su órgano jurisdiccional regional.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado que *“el control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*¹¹.

Bajo ese entendido, la “excepción de inconventionalidad” no es otra cosa que un símil, proyectado al ámbito de la norma regional, de la regla contemplada en el artículo 4° de la Constitución Política, conforme con la cual *“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*. Claro que en este evento la discordancia de la norma de inferior jerarquía no se plantearía con un precepto del Texto Supremo en estricto sentido, sino con uno de la Convención Americana de Derechos Humanos, emanada del Pacto celebrado en San José de Costa Rica en noviembre de 1969¹².

3.3.5. Caso concreto respecto del reajuste del 20%

Dentro del expediente de la referencia, se encuentra acreditada la siguiente situación fáctica que sirve de fundamento para emitir decisión de fondo en el caso que nos ocupa:

1. La certificación obrante en la pág. 6 del archivo 24 del expediente digital, expedida el 25 de enero de 2022, donde consta que el actor se vinculó al Ejército Nacional con los siguientes tiempos y cargos:

Servicio militar DIPER: Desde el 6 de julio de 2000 hasta el 29 de diciembre de 2001.

Alumno soldado profesional DIPER: Desde el 20 de octubre de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2002.

Soldado profesional DIPER: Desde el 01 de diciembre de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2021.

Tres meses de alta: desde el 30 de noviembre de 2021 hasta el 28 de febrero de 2022.

2. Derecho de petición con radicado No. L9XDA6TBEV del 27 de abril de 2018, por medio del

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, veintitrés (23) de enero de dos mil quince (2015), Radicación número: 76001-23-31-000-1997-03251-01(20507)A, Actor: Joseph Mora Van Wichen Y Otros, Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y OTROS.

¹² Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Quinta- consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez- sentencia del veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte (2020)- radicación número: 11001-03-28-000-2019-00061-00 (2019-00062-00 y 2019-00089-00).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

cual la parte actora solicitó, entre otras cosas, el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20%, la prima de actividad, el subsidio familiar y, como consecuencia de lo anterior, la reliquidación de las prestaciones sociales correspondientes (pág. 20, archivo 3 expediente digital).

En primer lugar, se tiene que la asignación salarial mensual fijada en el inciso segundo del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 tuvo como finalidad acatar el mandato de no desmejora salarial previsto a favor de los soldados profesionales que lo fueron por la vía de la incorporación que autorizó el Artículo 3 del Decreto Ley 1793 de 2000, pues con ella se garantizó que el personal en calidad de voluntarios continuara devengando la remuneración que le había fijado la Ley 131 de 1985, esto es, una suma equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% del mismo salario.

De acuerdo con lo anterior, es pertinente aclarar que se encuentra demostrado que el demandante para el 31 de diciembre de 2000 se encontraba vinculado al Ejército Nacional prestando su servicio militar, y por lo tanto no ostentaba la calidad de soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985, lo cual evidencia que no se encuentra inmerso en el supuesto de hecho contemplado en el inciso 2º del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Ahora bien, la mencionada disposición contiene un mandato claro que tiene como fundamento que, sin perjuicio de que a los soldados voluntarios vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 que pasen a incorporarse como soldados profesionales se les aplique íntegramente lo dispuesto en el Decreto 1794 del 2000, en relación con la asignación salarial mensual establece de manera diáfana que los soldados que sufrieron este tránsito de voluntarios a profesionales se encuentran exceptuados de lo que devengan el resto de soldados profesionales y es así como se establece que deben devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario.

La anterior diferencia porcentual establecida para las asignaciones mensuales de los soldados voluntarios incorporados como profesionales y los demás soldados profesionales tiene un contenido de garantía de la irrenunciabilidad a los beneficios laborales mínimos establecidos por la Constitución y especialmente, por el literal a) del Artículo 2 de la Ley 4ª de 1992 que estableció el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales, así como la prohibición de desmejora en sus condiciones laborales, al momento de fijar el régimen salarial y prestacional.

El anterior argumento está sustentado en el hecho de que la asignación mensual que percibían los soldados voluntarios con anterioridad a la expedición del Decreto 1794 de 2000 era el equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, asignación que fue mantenida en el inciso 2º del Artículo 1º de la norma en cita, disposición que buscó garantizar que estos servidores de la Fuerza Pública continuaran devengando la asignación que les fue otorgada por la Ley 131 de 1985. De manera que, si se hubiera desconocido este mandato legal sin perjuicio de la asignación inferior de los soldados profesionales, se habrían vulnerado los derechos adquiridos de los soldados voluntarios.

Ahora, la Corte Constitucional, al ponderar el principio de igualdad, ha precisado que este no se trata de una igualdad matemática, sino de una igualdad real de personas puestas en las mismas condiciones, denominándolo igualdad entre iguales. Al respecto, precisó lo siguiente:

“(…) Como la Corte lo ha manifestado, no se trata de instituir una equiparación o igualación matemática y ciega, que disponga exactamente lo mismo para todos, sin importar las diferencias fácticas entre las situaciones jurídicas objeto de consideración. **Estas, por el contrario, según su magnitud y características, ameritan distinciones y grados en el trato, así como disposiciones variables y adaptadas a las circunstancias específicas**, sin que por el sólo hecho de tal diversidad se vulnere el postulado de la igualdad ni se desconozcan los mandatos constitucionales.

Pero -claro está- toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada en razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no procederán de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, que de suyo reclaman también trato adecuado a cada una (...)¹³.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia SU-519 de 15 de octubre de 1997, M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ahora, si bien los soldados profesionales como los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales realizan las mismas funciones¹⁴, la diferenciación de salarios para un mismo empleo encuentra justificación en criterios objetivos, razonables y verificables, por lo que a juicio de este despacho no se advierte el desconocimiento de principios constitucionales, como “*trabajo igual-salario igual*” como lo sustenta la parte actora, en razón a que la diferencia salarial establecida en el Decreto 1794 de 2000 entre los soldados voluntarios y los profesionales no parte de la igualdad entre iguales, toda vez que, con anterioridad a la expedición de la norma que les permitió la profesionalización, los soldados voluntarios no tenían derecho a prestaciones sociales ni a los beneficios salariales establecidos para los profesionales.

En consecuencia, la diferencia salarial del 20% respecto de los demás soldados profesionales puede ser entendida como un resarcimiento a este personal como contraprestación por el periodo durante el cual no tuvieron derecho a percibir las mismas prestaciones sociales que cualquier otro trabajador percibe, máxime si se tiene en cuenta que dichos beneficios no le eran concedidos a soldados que prestaron su servicio de manera voluntaria, cumpliendo un deber constitucional de defender la paz y seguridad de los habitantes de la República, el cual implica un sacrificio familiar y de vida que merece ser recompensado.

Así las cosas, si bien el principio de trabajo igual-salario igual responde a un criterio de igualdad en el que se requiere analizar su vulneración desde el punto de vista probatorio, efectuando una comparación de dos o más sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico -respecto de las exigencias para acceder al empleo- reciben una remuneración diferente, en el presente caso no se trata de una situación de iguales entre iguales¹⁵, ya que las circunstancias fácticas en que se incorporó el soldado voluntario a la carrera como soldado profesional fueron condiciones distintas, respecto de los que ingresaron en vigencia del Decreto 1793 de 2000 como soldados profesionales – como el caso del actor-, pues dicha diferenciación se encuentra acorde con el ordenamiento jurídico que no permitía desmejorar las condiciones laborales que traían los soldados voluntarios.

Finalmente, se advierte que el demandante solicitó de manera subsidiaria que se dé aplicación a la figura de la excepción de inconstitucionalidad y/o inconvencionalidad y, por virtud de ello, se inaplique el acto administrativo acusado.

Al respecto, el despacho precisa que esta figura se constituye como un mecanismo judicial que permite inaplicar una norma cuando se considera que la misma resulta contraria a los mandatos constitucionales y no ha sido posible su control por vía de acción, siendo un deber de todo juez preferir la aplicación de las previsiones constitucionales sobre las legales, por mandato del Artículo 4º de la Constitución Política.

Así mismo, la Corte Constitucional, mediante Sentencia SU – 132 del 13 de marzo de 2013¹⁶, definió la excepción de inconstitucionalidad así:

“La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política>”.

Así las cosas, señala la mencionada Corporación que “...no hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad da lugar a un defecto sustantivo”, el cual se constituye cuando “...el juez competente empleó una interpretación normativa sin tener en cuenta que ésta resultaba contraria a los derechos y principios consagrados en la Carta Fundamental”; por lo tanto, las

¹⁴ Decreto 1793 de 2000, “ARTICULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”.

¹⁵ A los soldados voluntarios que se incorporaron a la carrera profesional, a pesar de aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el Artículo 4º de la Ley 131 de 1985.

¹⁶ Ponencia del magistrado Alexei Julio Estrada.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

providencias que se profieren bajo esos presupuestos “...van en contra de los principios y derechos establecidos en la Constitución Política y, así, se genera un quebrantamiento de la misma”.

A su vez, el Consejo de Estado ha sostenido frente a la excepción de inconventionalidad que “lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario”¹⁷.

Ahora bien, para el caso concreto, de los argumentos expuestos por el demandante y del análisis normativo efectuado en esta sentencia no se avizora que el acto administrativo respecto del cual se solicitó su inaplicación vaya en contravía de postulados constitucionales; contrario a ello, se evidenció que el mismo fue proferido por la autoridad competente y que las normas que invoca la entidad demandada en el acto acusado para sustentar su legalidad -Decreto 1794 de 2000- no riñen con las normas constitucionales que se endilgan como contrariadas.

En consecuencia, al no evidenciarse la violación de normas de rango constitucional o en la Convención Americana de Derechos Humanos, es improcedente la aplicación de las referidas excepciones de conformidad con la jurisprudencia transcrita, y por ende la declaratoria de nulidad de los actos acusados bajo este cargo.

3.4. De la prima de actividad

El presidente de la República, atendiendo lo previsto en la Ley 4ª de 1992 y el Artículo 38 del Decreto 1793 de 2001, expidió el Decreto 1794 de 2000, “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, el cual además de la asignación básica, estimó para los soldados profesionales prestaciones tales como la prima de antigüedad (Artículo 2º), prima de servicio anual (Artículo 3º), prima de vacaciones (Artículo 4º), prima de navidad (Artículo 5º), pasajes por traslado (Artículo 6º), pasajes por comisión (Artículo 7º), cesantías (Artículo 9º), vivienda militar (Artículo 10º) y se reconocía el subsidio familiar (Artículo 11º), norma subrogada por el Decreto 1161 de 2014.

Así las cosas, como lo ha establecido el Artículo 217 de la Constitución de 1991, a través de la Ley se establecen los derechos prestacionales de la Fuerza Pública que para el caso de los soldados profesionales se encuentra regulado en el Decreto 1794 de 2000, que no contempla el reconocimiento de la denominada prima de actividad.

Por el contrario, en el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, han sido diversas las normas que han regulado de manera expresa la prima de actividad, pues Decretos como el 089 de 1984, 95 de 1989 y 1211 de 1990, que modificaron el régimen prestacional y de carrera de estos uniformados, establecieron los porcentajes en los que se reconoce esta prestación. En efecto, el Artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 estableció la prima de actividad para oficiales y suboficiales, en un 33% liquidado sobre el sueldo básico, porcentaje incrementado en un 50% con el Artículo 2º del Decreto 2863 de 2007.

Posteriormente, el Decreto 1017 de 2013, en su Artículo 30, fijó el porcentaje en el 49.5%, el cual se ha mantenido en el tiempo con los Decretos 187 de 2014, 1028 de 2015, 214 de 2016, 984 de 2017 y 324 de 2018.

3.4.1. Caso concreto frente a la prima de actividad

La Corte Constitucional ha señalado que el Artículo 13 superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»¹⁸, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, nueve (09) de febrero de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00143-00(52149), Actor: Centro de Estudios para la Justicia Social - Tierra Digna, Demandado: MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA.

¹⁸ T-587 de 2006.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»¹⁹, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, *per se*, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

Ahora bien, el Consejo de Estado²⁰, en cuanto al reconocimiento de la prima de actividad de los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional frente a su no contemplación en el régimen de los soldados profesionales, hizo las siguientes consideraciones:

“- La comparación solicitada en el *sub lite* no es procedente, habida cuenta de que no se exige igualdad cuando hay razones objetivas para determinar regímenes diferentes entre los sujetos de las normas, los cuales pertenecen a grupos jurídicamente diferenciados que responden a una naturaleza funcional distinta. En efecto, los oficiales ejercen la conducción y mando; los suboficiales cumplen las funciones de apoyo de los oficiales y por su parte, los soldados ejecutan las decisiones de los comandantes²¹.

Así, los criterios de distinción que hace el Gobierno Nacional para fijar el régimen prestacional del personal de la Fuerza Pública obedecen a distinciones razonables, como el grado de responsabilidad, las funciones que desempeñan, la experiencia y requisitos exigidos al interior de la institución para acceder a cada grado.

- La normativa que rige cada uno de los grupos de miembros de las Fuerzas Militares y personal Civil del Ministerio de Defensa parten de supuestos diferentes en cuanto a la aplicación del régimen salarial y prestacional, sin que ello constituya de manera alguna, una discriminación, porque cuando existen situaciones fácticas diferentes que ameritan tratamientos distintos, el legislador puede razonablemente regularlas de manera disímil.

Obsérvese que los criterios de diferenciación, en el presente caso, obedecen a factores prudentes que el mismo legislador ha previsto dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son criterios arbitrarios y caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se requieren calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica entonces la distinción salarial.

- Igualmente y de acuerdo con lo regulado en el artículo 2.º de la Ley 4ª de 1992, debe tenerse en cuenta que la remuneración de los miembros de la Fuerza Pública debe atender al nivel de los cargos, las funciones, responsabilidades y calidades. Es por eso que todos no pueden tener la misma retribución y prestaciones.

Así, al tratarse de un cuerpo jerarquizado, en donde existen diferentes funciones y responsabilidades, el artículo 53 de la Constitución Política impone una regla de proporcionalidad a las funciones que se desarrollan.

- Aunado a ello, se tiene que la prima de actividad se previó como una prestación a favor de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, que posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro, sin que con la misma se pretenda cubrir una condición especial a los beneficiarios de aquella, como, por ejemplo, ocurre en el caso del subsidio familiar.

Conforme a lo anterior, la alta Corporación indicó que, si bien la mentada prestación no se tiene regulada a favor de los soldados profesionales, la cual sí se prevé para los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, también lo es que estos no se encuentran en la misma situación de hecho, por lo que no puede exigirse que las prestaciones de los dos grupos de militares se regulen en las mismas condiciones, porcentajes o montos.

Ello, toda vez que: **i)** pertenecen a diferentes categorías dentro de la jerarquía militar, distinción que por demás es constitucionalmente válida y **ii)** los porcentajes y partidas sobre las cuales realizan cotizaciones son diferentes.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección A- consejero ponente: William Hernández Gómez- sentencia del veinticuatro (24) de junio de dos mil veintiuno (2021), radicación:52001233300020170066501 (5170-2019).

²¹ Al respecto ver la sentencia C-057 de 2010, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Dichas circunstancias especiales permiten que en materia salarial se determinen tratos diferentes, pues constituyen un fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad, esto es, que los criterios de diferenciación en el *sub iudice* obedecen a factores prudentes que el legislador ha señalado dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución, por lo que no se vislumbra una vulneración al derecho de igualdad.

Así mismo, frente a la solicitud del actor de que se aplique la excepción de inconstitucionalidad o inconveniencia, como se precisó en precedencia, no se desconoce la Constitución de 1991 ni las normas convencionales alegadas por el actor, pues no existen criterios de comparación respecto de las prestaciones de los oficiales, suboficiales y soldados profesionales, se trata de grupos de personal militar diferenciados, con responsabilidades, funciones y regímenes salariales y prestacionales diferentes, sentados en normas distintas y el hecho de tratarse de personal que presta sus servicios a la Fuerza Pública no significa que deban devengar lo mismo.

3.5. Del subsidio familiar

Mediante el Decreto 1794 de 2000, “*Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las fuerzas militares*”, se consagró el reconocimiento del subsidio familiar en cuantía equivalente al 4% del salario básico más la prima de antigüedad, en los siguientes términos:

“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”.

Posteriormente, se expidió el Decreto 3770 de 2009 que derogó de forma expresa el citado Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; sin embargo, dicha disposición señaló que se mantendría el reconocimiento del subsidio familiar para aquellas personas que lo venían devengando a la entrada en vigencia de la norma y hasta su fecha de retiro del servicio.

Sin embargo, en sentencia del 8 de junio de 2017, el Consejo de Estado declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009²² antes mencionado con efectos *ex tunc*, al considerar que, si bien fue expedido en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, el mismo trasgredía el principio de progresividad, comoquiera que conllevaba a una desmejora para los soldados profesionales e infantes de marina. Así, en virtud de la declaratoria de nulidad referida cobró nuevamente vigencia el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 en lo atinente al subsidio familiar.

No obstante, con anterioridad a la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, se expidió el Decreto 1161 de 2014, “*Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones*”, y en su Artículo 1º creó el subsidio familiar a partir del 1º de julio de 2014 para los soldados profesionales e infantes de marina que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 en un porcentaje del 20% más el porcentaje a que pueda tener derecho por los hijos; dice la norma:

“Artículo 1. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. *Créase, a partir del 1 de julio de 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

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Radicado No. 11001-03-25-000-2010-00065-00 (0686-10), C.P. César Palomino Cortés. actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales “SEDESOL”, demandado: Gobierno Nacional.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) de este artículo;

b) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) del presente 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.”

Lo anterior permite concluir que existen dos situaciones que determinan el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados e infantes de marina profesionales: i) a quienes les fue reconocido en aplicación del Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; y, ii) a quienes les fue reconocido en aplicación del Artículo 1° del Decreto 1161 de 2014.

3.5.1. Caso concreto frente al subsidio familiar

Vale la pena reiterar que el derecho al reconocimiento del subsidio familiar surgió a partir de la expedición y ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009 (pues con anterioridad existía un impedimento para exigirlo por parte del demandante como soldado profesional), ya que se eliminó el obstáculo legal que no le permitía devengar dicho emolumento. Por tanto, la consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicho decreto es que en su calidad de soldado profesional se le aplique el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, por lo que no es necesario acudir a la figura de la excepción de inconstitucionalidad solicitada por la parte demandante.

En el presente asunto, se encuentra demostrado que mediante Oficio No. 20183111931561: MDN.CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 8 de octubre de 2018, la entidad demandada negó el reajuste del subsidio familiar (págs. 18-19 archivo 3 del expediente digital).

Así mismo, se advierte que el demandante contrajo matrimonio el 8 de julio de 2010 (pág. 15 archivo 24 expediente digital). Igualmente, que al actor le fue reconocido subsidio familiar por haber contraído matrimonio desde el 30 de noviembre de 2014 en un porcentaje del 20% de la asignación básica (pág. 9 archivo 24 expediente digital). También obra la hoja de servicios en la cual se desprende los haberes devengados por el actor, en la que se advierte que devengaba un subsidio familiar en un 20% de la asignación básica, es decir que el demandante tiene reconocido el subsidio familiar en un 20%.

Como se señaló en precedencia, a raíz de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, cobró nuevamente vigencia el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en lo atinente al subsidio familiar dados los efectos *ex tunc* de dicha sentencia, razón por la cual es procedente el reconocimiento del subsidio familiar al demandante en el equivalente al 4% del salario básico mensual más la prima de antigüedad, desde el 8 de julio de 2010 (fecha en la cual contrajo matrimonio, pág. 15 archivo 24 expediente digital) hasta que se produzca su baja efectiva²³, de conformidad con el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es decir, en el equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. No obstante, teniendo en cuenta que el demandante percibe el subsidio familiar en un 20%, a partir de la fecha del reconocimiento con dicho porcentaje a la fecha en que se produzca el cumplimiento de la sentencia, la entidad demandada deberá descontar lo ya pagado por dicho concepto.

3.5.2 De la prescripción

Se observa que en este caso no operó el fenómeno prescriptivo cuatrienal de las prestaciones reclamadas, en razón a que el derecho al subsidio familiar se hizo exigible con ocasión de la providencia del Consejo de Estado del 8 de septiembre de 2017 que resolvió la solicitud de

²³ **Artículo 12 del Decreto 1794 de 2000.** *Tres meses de alta.* El soldado profesional con derecho a pensión, continuará dado de alta en la respectiva contaduría por tres (3) meses a partir de la fecha del retiro para la formación del correspondiente expediente de prestaciones sociales. Durante dicho lapso devengará la totalidad de los haberes correspondientes a su cargo.

Expediente: 11001-3342-051-2020-00214-00
Demandante: YAMIL ENRIQUE YANES ORTEGA
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

aclaración y adición de la sentencia del 8 de junio de 2017, el derecho se reclamó el 27 de abril de 2018 (pág. 20 archivo 3 expediente digital), y la demanda se presentó el 11 de agosto de 2020 (archivo 4 expediente digital), sin que hubieran pasado más de cuatro años entre cada actuación.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la **NULIDAD** del Oficio No. 20183111931561: MDN.CGFM-COEJC-SEJEC-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del 8 de octubre de 2018, proferido por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, mediante el cual se negó la solicitud de reajuste del subsidio familiar, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** a reconocer y pagar en favor del señor Yamil Enrique Yanes Ortega, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 77.105.199, el subsidio familiar conforme el Artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, equivalente al 4% del salario básico mensual más la prima de antigüedad, desde el 8 de julio de 2010 (fecha en la cual contrajo matrimonio, pág. 15 archivo 24 expediente digital) hasta que se produzca su baja efectiva. No obstante, teniendo en cuenta que el demandante percibe el subsidio familiar en un 20%, a partir de la fecha del reconocimiento con dicho porcentaje a la fecha en que se produzca el cumplimiento de la sentencia, la entidad demandada deberá descontar lo ya pagado por dicho concepto.

TERCERO.- CONDENAR a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** a actualizar las sumas debidas de la condena impuesta conforme al inciso 4º del Artículo 187 del CPACA, y de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al demandante por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse cada pago.

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

CUARTO.- La **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO.- No se condena en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO.- Ejecutoriada esta providencia, por secretaría, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

Expediente: 11001-3342-051-2020-00214-00
Demandante: YAMIL ENRIQUE YANES ORTEGA
Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

NOVENO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LPGO

yacksonabogado@outlook.com
notificaciones@wyplawyers.com
notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co
sac@buzonejercito.mil.co
ceaju@buzonejercito.mil.co
ximenarias0807@gmail.com
ximena.arias@mindefensa.gov.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendívelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **d7d5ad15d349d69a1df1ec40ad3b4a2710b052cb7e3dd96bc6ea9741cc1fd1ab**

Documento generado en 28/09/2022 09:22:51 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Auto Sust. No. 600

Medio de control:	Ejecutivo laboral
Expediente:	11001-3342-051-2020-00376-00
Ejecutante:	ANA CECILIA PULIDO GUERRERO
Ejecutado:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP
Decisión:	Concede apelación de sentencia

Observa el despacho que mediante sentencia proferida el 9 de junio de 2022 (archivo 20 expediente digital), el despacho declaró no probada la excepción de “pago” propuesta por la entidad ejecutada y ordenó seguir adelante la ejecución.

Mediante memorial radicado el 15 de junio de 2022 (archivo 22 expediente digital), el apoderado judicial de la parte ejecutada interpuso y sustentó recurso de apelación, en contra de la sentencia antes mencionada.

Teniendo en cuenta que la parte ejecutada interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida el 9 de junio de 2022¹, la providencia atacada es apelable² y que la alzada fue interpuesta dentro del término legal³, el despacho concederá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte ejecutada.

Así las cosas, el despacho dispondrá que, por secretaría, se envíe el expediente digital al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Secretaría-Sección Segunda, a través del canal electrónico dispuesto para ello, para lo de su cargo.

Por otro lado, el apoderado de la parte ejecutante allegó la Resolución No. RDP 017589 del 12 de julio de 2022, por medio de la cual se modificaron los Artículos Octavo y Noveno de la Resolución No. RDP 40407 del 25 de octubre de 2017 (archivo 23 expediente digital). Sin embargo, no se efectuará pronunciamiento sobre dicha resolución hasta que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resuelva el recurso presentado.

En consecuencia, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE

PRIMERO.- CONCEDER en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte ejecutada contra la providencia del 9 de junio de 2022, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SEGUNDO.- En firme esta providencia, **por Secretaría, ENVÍESE** el expediente digital al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Secretaría-Sección Segunda, a través del canal electrónico dispuesto para ello, para lo de su cargo.

TERCERO.- No se efectuará pronunciamiento respecto del memorial visible en el archivo 23 del expediente digital hasta que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resuelva el recurso presentado.

CUARTO.- NOTIFÍQUESE esta providencia por estado en los términos del Artículo 295 del C.G.P.

¹ Artículo 320 (inciso 2º) del Código General del Proceso.

² Artículo 321 del Código General del Proceso.

³ Artículo 322 del Código General del Proceso.

Expediente: 11001-3342-051-2020-00376-00
Ejecutante: ANA CECILIA PULIDO GUERRERO
Ejecutado: UGPP

EJECUTIVO LABORAL

QUINTO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

Lkgd

notificaciones@asejuris.com
asesoriasjuridicas504@hotmail.com
notificacionesjudicialesugpp@ugpp.gov.co
jvaldes.tcabogados@gmail.com

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **6e4396ed9a3d32434721f49f71dfb42fc2d981be21ecd46f6e396e4e26e02fd7**

Documento generado en 28/09/2022 09:22:41 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA No. 240

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante:	ANDRÉS SEBASTIAN BERMUDEZ MEDINA
Demandado:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.
Decisión:	Sentencia que accede parcialmente a las pretensiones de la demanda
Tema:	Contrato realidad

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Andrés Sebastián Bermúdez Medina, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.075.655.454, contra la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (pág. 1 a 30 - archivo 2 y archivo 7 expediente digital):

El demandante solicitó la nulidad del Oficio No. 20201100282721 del 16 de diciembre de 2020, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales como consecuencia de la existencia de un contrato realidad.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad a pagar a título de restablecimiento del derecho: i) las diferencias salariales entre lo pagado por la entidad a un auxiliar de enfermería de planta y lo pagado al demandante bajo contratos de prestación de servicios desde el 4 de marzo de 2017 al 7 de marzo de 2020; ii) las cesantías, intereses de cesantías, primas semestrales, primas de navidad, vacaciones y primas de vacaciones; iii) los porcentajes de cotización correspondiente en salud y pensión y cajas de compensación; iv) la devolución del importe por concepto de retención en la fuente, indemnización por despido injusto, la indemnización de que trata la Ley 244 de 1995, la Ley 789 de 2002 y la Ley 50 de 1990, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías de que trata la Ley 52 de 1975, indemnización por el incumplimiento en el suministro de calzado y vestido de labor; v) el pago de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño moral; vi) se declare que el tiempo laborado se compute para efectos pensionales, dar cumplimiento al fallo en los términos de los Artículos 192 y 195 del CPACA, compulsar copias al Ministerio del Trabajo por haber contratado al demandante por contratos de prestación de servicios y se condene en costas a la demandada.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, el apoderado del actor adujo que el demandante laboró para el Hospital Simón Bolívar E.S.E. en el cargo de auxiliar de enfermería desde el 4 de marzo de 2017 al 7 de marzo de 2020 de manera permanente, a través de contratos de prestación de servicios continuos y sin interrupción.

Señaló que durante el tiempo que estuvo vinculado a través de contratos de prestación de servicios cumplió horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y bloque de fin de semana de 7:00 a.m. a 7:00 p.m., en el que cumplía funciones como auxiliar de enfermería, con compañeros de planta que realizaban las mismas actividades y bajo órdenes que le impartían sus superiores y realizando de manera personal la labor encomendada. Recibía retribuciones mensuales consignados en una cuenta bancaria y no contó con autonomía para desarrollar el trabajo.

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, el acto administrativo acusado trasgrede las siguientes normas:

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1
- Decreto 3074 de 1968
- Decreto 3135 de 1968
- Decreto 1848 de 1968: Artículo 51
- Decreto 1045 de 1978
- Decreto 01 de 1984
- Decreto 1335 de 1990
- Ley 4 de 1992
- Ley 332 de 1996
- Ley 1437 de 2011
- Ley 1564 de 2012
- Ley 100 de 1993: Artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204
- Ley 80 de 1993: Artículo 32
- Ley 50 de 1990: Artículo 99
- Ley 4 de 1990: Artículo 8
- Decreto 1250 de 1970: Artículos 5 y 71
- Decreto 2400 de 1968
- Decreto 1950 de 1973: Artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242
- Decreto 1919 de 2002: Artículo 2
- Código Sustantivo del Trabajo: Artículos 23 y 24

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Adujo que, a través del acto administrativo acusado, la entidad demandada pretende desconocer la relación laboral con el demandante y la naturaleza de los contratos de prestación de servicios que pueden usarse únicamente cuando se actúa con independencia del contratista y no se evidencia subordinación.

Resaltó que el Hospital Simón Bolívar, para no contratar directamente al demandante, utiliza la fachada de contratos de prestación de servicios para vincularlo, siendo evidente que la figura utilizada solo pretendía evadir el pago de acreencias laborales y de seguridad social.

Puso de presente que el accionante prestó sus servicios de manera personal y presencial, en cumplimiento del horario de trabajo, bajo la subordinación, supervisión y órdenes de sus jefes inmediatos, recibió su pago de manera periódica, desempeñó su labor con las herramientas y uniformes facilitados por la entidad y sus funciones no eran extrañas ni ajenas a la actividad del hospital, razones suficientes para que prime la realidad sobre las formalidades.

Citó jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en torno al tema e invocó respeto por mandatos de rango constitucional como los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades y la forma de ingreso al empleo público.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (pág. 1 a 20 - archivo 13 expediente digital):

Admitida la demanda mediante auto del 5 de agosto de 2021 (archivo 09 expediente digital), y notificada en debida forma, conforme lo dispuesto en el referido auto admisorio (archivo 11 expediente digital), la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. presentó escrito de contestación en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Se refirió a todos y cada uno de los hechos que fundamentan la demanda. Adujo que entre el demandante y el Hospital no existió relación laboral alguna y, por tanto, no se genera pago de prestaciones sociales o laborales. Explicó la naturaleza y características del contrato de prestación de servicios.

Propuso las siguientes excepciones de fondo:

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- 1. Responsabilidad por parte del contratista:** considera que el demandante es responsable de la aceptación de la forma de contratación.
- 2. Contrato es ley para las partes:** la relación con el demandante es netamente contractual y no de un contrato laboral.
- 3. Pago:** al demandante se le cancelaron todos los honorarios por los servicios prestados.
- 4. Ausencia de vínculo de carácter laboral:** indicó que el demandante se desempeñó como contratista independiente y no hubo acto administrativo de nombramiento ni posesión.
- 5. Carencia de requisitos para configurar un contrato realidad:** no se configura el contrato realidad por carencia absoluta de los requisitos ya que lo que hubo fue una coordinación de actividades.
- 6. La naturaleza de la actividad funcional de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. – necesidad del servicio:** la normatividad que cobija a la entidad le permite contratar el personal con los perfiles requeridos para el cumplimiento y desarrollo de los programas de la entidad.

2.6. AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial prevista en el Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se instaló el 29 de noviembre de 2021 (archivo 18 expediente digital), en desarrollo de la cual se saneó el proceso, se declaró agotada la etapa de excepciones previas y, una vez fijado el litigio, se procedió al decreto de las pruebas correspondientes y se señaló el día 2 de diciembre de 2021 para la audiencia de pruebas.

2.7. AUDIENCIA DE PRUEBAS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El 2 de diciembre de 2021, se instaló audiencia de práctica de pruebas (archivo 23 expediente digital), en la cual se recepcionó el interrogatorio de parte al demandante, y el testimonio de la señora Sandra Milena Mendoza Duarte, se aceptó el desistimiento del testimonio de la señora Claudia Patricia Duarte Tinjacá, se prescindió del testimonio de la señora Jhennifer Daniela Penagos Mendieta y se prescindió de la etapa probatoria.

Posteriormente, mediante auto del 25 de agosto de 2022 (archivo 37 expediente digital), se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para allegar escrito de alegaciones finales.

Alegatos de la parte demandante (archivo 39 expediente digital): reiteró los argumentos expuestos en la demanda y señaló que se deben acoger las pretensiones por haberse demostrado los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar si de la relación contractual existente entre el señor Andrés Sebastián Bermúdez Medina y la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. se configuran los elementos necesarios para declarar la existencia del contrato realidad por el periodo comprendido entre el 04 de marzo de 2017 hasta el 07 de marzo de 2020 como auxiliar de enfermería, y como consecuencia de ello acceder al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales como cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, compensación en dinero de las vacaciones, las cotizaciones correspondientes al Sistema de Seguridad Social (salud y pensión), cajas de compensación familiar, la devolución de retención en la fuente, indemnización extralegal por despido injusto, indemnización por perjuicios, indemnización contenida en la Ley 244 de 1995, y en la Ley 789 de 2002, sanción moratoria de la Ley 52 de 1975, indemnización de perjuicios por el incumplimiento de suministrar calzado y vestido, indemnización del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, daños morales, y las demás pretensiones de restablecimiento del derecho formuladas en la demanda.

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
 Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
 Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3.2. DEL FONDO DEL ASUNTO

Para resolver el problema jurídico planteado, se efectuará en primera medida un recuento del material probatorio arrimado al plenario; posteriormente, un análisis normativo tanto a la luz del derecho internacional como del derecho interno y, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, se resolverá lo correspondiente en el caso concreto.

Acervo probatorio

Del material probatorio arrimado al plenario, se destaca:

1. Contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la Subred Integrada de Salud Norte E.S.E. (archivo 13.1 y 34.1 expediente digital):

No. de Contrato	Objeto	Desde	Hasta	Observaciones
3396 de 2017	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	4 de marzo de 2017	31 de marzo de 2017	Prórrogas hasta el 31 de enero de 2018
3405 de 2018	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	1° de febrero de 2018	30 de abril de 2018	Prórrogas hasta el 15 de enero de 2019
1770 de 2019	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	1° de febrero de 2019	30 de abril de 2019	Prórrogas hasta el 31 de enero de 2020
1134 de 2020	AUXILIAR DE ENFERMERÍA	1° de febrero de 2020	31 de marzo de 2020	Terminación bilateral del 7 de marzo de 2020

2. Certificación suscrita por la profesional especializada de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., en donde consta que el demandante prestó sus servicios a dicha entidad, a través de los siguientes contratos de prestación de servicios (Archivo CERTIFICACION CONTRACTUAL del archivo CONTRATACIÓN del archivo 28.1 expediente digital):

No. Contrato	Fecha de ingreso	Fecha de terminación	Objeto contractual	Honorarios
3396-2017-	04-03-2017	31-01-2018	Auxiliar de enfermería	\$1.575.000
3405-2018	01-02-2018	31-01-2019	Auxiliar de enfermería	\$1.575.048
1770-2019	01-02-2019	31-01-2020	Auxiliar de enfermería	\$1.585.961
1134-2020	01-02-2020	07-03-2020	Auxiliar de enfermería	\$1.585.836

3. Oficio No. 20223300007923 del 17 de marzo de 2022, suscrito por el director operativo de la Dirección de Gestión de Talento Humano de la entidad demandada, del cual se extrae (archivo RESPUESTA TALENTO HUMANO del archivo TALENTO HUMANO del archivo 28.1 expediente digital):

“(...) Se adjunta (1) folio certificación del valor proyectado de cada uno de los conceptos laborales y prestacionales, a que tendría derecho el empleo de Auxiliar Área Salud, Código 412, grado 17.

Es de aclarar que de acuerdo con la Estructura Organizacional y la Planta de Personal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., establecidas mediante Acuerdos Nos. 008 y 009 de 2017 de la Junta Directiva, la E.S.E. no cuenta con el empleo denominado AUXILIAR DE ENFERMERIA. En su defecto cuenta con el empleo denominado AUXILIAR AREA SALUD, Código 412, Grado 17, con funciones de Auxiliar de enfermería, y las personas que lo ocupan ostentan la calidad de Empleados públicos. (...)”

4. Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los Empleos de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte – Acuerdo No. 012, en el que consta el empleo de auxiliar área salud, código 412, grado 17, el cual tiene, entre otras, las siguientes funciones (archivo MANUAL DE FUNCIONES SIMÓN BOLÍVAR del archivo TALENTO HUMANO del archivo 28.1 expediente digital):

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Asistir al usuario del servicio de urgencias y hospitalización en todo lo que tiene que ver con su preparación, aseo, toma de signos vitales y suministro de información de acuerdo con los procedimientos establecidos.
- Usar y manejar equipos y materiales de protección e inmovilización de usuarios, así como accesorios de tratamiento, de acuerdo con los procedimientos establecidos y la prescripción del tratamiento.
- Asistir a la persona en las actividades de movilización según limitaciones y quipos requeridos.
- Administrar la dieta prescrita al paciente y de acuerdo a normas técnico científicas.
- Diligenciar de manera clara, completa y oportuna, los documentos que se requieran en el desarrollo de las actividades de conformidad con los procedimientos y normas establecidas.
- Realizar el proceso de desinfección de equipos y áreas críticas de acuerdo con los protocolos de bioseguridad establecidos por la institución.

5. Informe bajo juramento rendido por el gerente de la entidad demandada, del cual se extrae (archivo 30 expediente digital):

“(…)Respuesta: El señor ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA cumplía las actividades para las cuales fue contratado mediante Ordenes de Prestación de Servicios, precisamente en razón a la necesidad del servicio de la entidad, pues es importante aclarar que sus actividades eran como AUXILIAR DE ENFERMERÍA en Centro de Prestación de servicios de salud, donde necesariamente se requiere su presencia a fin de cumplir lo referente a sus actividades. Ahora bien, señor Juez, el demandante se le asignan turnos en los cuales prestaba sus servicios, precisamente por prestar dicho servicio en entidad médica, donde la atención es 24 horas, los 7 días de la semana, donde PRIMA la atención de los pacientes. (...)”

6. Certificación de retenciones efectuadas al demandante en los años 2017 a 2020 (archivos CER RET 1, 2, 3 y 4 del archivo 34.1 expediente digital).
7. Certificación de pagos efectuados al demandante con ocasión de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad demandada, de los años 2017 a 2020 (archivo CERTIFICACIÓN DE PAGOS del archivo 34.1 expediente digital).
8. Listado de auxiliares área salud, código 412, grado 17 de la entidad demandada en los años 2017 a 2020 (archivo LISTADO DE AUXILIARES del archivo 34.1 expediente digital).
9. Reclamación para pago de prestaciones sociales ante la entidad demandada (pág. 66 y 69 a 73, archivo 02 expediente digital).
10. Oficio No. 20201100282721 del 16 de diciembre de 2020, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales (pág. 74 a 79, archivo 02 expediente digital).
11. Asignación de actividades de enfermería y turnos del demandante (pág. 40 a 60, archivo 02 expediente digital).
12. En desarrollo de la audiencia de pruebas que se llevó a cabo el 2 de diciembre de 2021, se escuchó el interrogatorio de parte del señor **Andrés Sebastián Bermúdez Medina**, quien a las preguntas del apoderado de la entidad demandada respondió que el periodo en que prestó sus servicios fue por tres años, desde el año 2017 (4 de marzo) y finalizó en febrero de 2020, con una capacitación previa a la celebración de los contratos. Dijo que si sabía que la contratación iba a ser por contrato de prestación de servicios y que le correspondía el pago de salud y pensión, eso se lo explicó quien le hizo la entrevista. Señaló que antes de ingresar a la Subred Norte trabajaba como auxiliar de enfermería, tripulante de ambulancias con contrato indefinido en una empresa privada y por eso fue contratado por la entidad. Indicó que por la necesidad del trabajo aceptó las condiciones de los contratos. Respondió que al momento del suscribir el contrato no se le indicó que tenía un supervisor, sólo se le indicó que tenía que ir a un servicio donde se le iba a indicar en qué área del Hospital estaría para prestar sus servicios. Dijo que las actividades que realizaba como auxiliar de enfermería correspondían a la asistencia y cuidado de los pacientes dependiendo el servicio donde se encuentren, empezó en el servicio de hospitalización quirúrgico y se atendían pacientes que salían de un post operatorio y se le tenía que realizar su asistencia y cuidados básicos. Señaló que para llevar a cabo las actividades recibía órdenes porque el servicio está comprendido por el médico especialista, la jefe de

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

enfermería y es la persona encargada de delegar y asignar los pacientes a cada uno, no se podía hacer algo hasta que no les dijera que labores tenían que hacer. Dijo que las órdenes consistían en establecer los turnos de trabajo para cubrir las necesidades de los pacientes que eran de 7:00 a.m. a 1:30 p.m. que era la entrega de turno, de 1:30 p.m. a 7:30 p.m. y de 7:30 p.m. a 7:30 a.m., esa media hora corresponde a la entrega de turno para decirle las actividades al turno entrante, le asignaban las camas para labores asistenciales y asistir para urgencias si así lo requerían para cubrir las necesidades del área. Cuando ingresó y le realizaron la entrevista le dijeron que tenía que trabajar por turnos pero no en cual. Dijo que la persona que le daba órdenes inicialmente fue Laura Fernández de la parte administrativa como enfermera profesional y jefe del Departamento de enfermería y ella a su vez delegaba a otra jefe responsable del servicio del área que a su vez le delegaba (al demandante) las funciones a realizar y el servicio al que debía asistir. Dijo que le pusieron dos memorandos, uno por llegar tarde a la entrega del turno y el segundo fue por un altercado que tuvo con una jefe administrativa y lo citaron con la coordinadora del servicio, del departamento y de la misma Subred Norte y le pidieron que declarara lo que había pasado, no tiene evidencia física de ello porque no le permitieron grabar la audiencia y se solicitó a la Subred el memorando pero es muy difícil que lo alleguen. Dijo que control disciplinario no hubo, sólo el llamado de atención ya que no lo sancionaron y no le cancelaron el contrato. El contrato terminó porque le surgieron nuevas oportunidades de trabajo con todas sus prestaciones. En el periodo de 2017 a 2020 no prestó sus servicios a otra entidad.

13. Se escuchó la declaración de la señora **Sandra Milena Mendoza Duarte**, quien manifestó que es técnico en auxiliar de enfermería, actualmente es auxiliar de enfermería en una empresa privada y tuvo vinculación con la entidad demandada por prestación de servicios desde el año 2008 al año 2018, conoce al demandante porque laboraron juntos en turnos diferentes pero en el mismo servicio. A las preguntas de la apoderada de la parte actora respondió que laboró con el demandante entre el año 2016 a 2018, sabe que el demandante prestaba sus servicios como auxiliar de enfermería y bajo las órdenes de un jefe inmediato. Dijo que el turno del demandante era en la mañana de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y si se le pedía trabajar extra era porque el jefe lo solicitaba, ese turno fue asignado por un jefe, que era Gina Segura pero también tuvieron otros. Señaló que el demandante no podía delegar sus actividades, se debían realizar personalmente y sujeto a las órdenes del coordinador o lo que quedara estipulado en las historias clínicas. Señaló que para ausentarse del servicio debía tener autorización de la jefe encargada. Dijo que si había personal de planta con las mismas actividades, funciones y horarios y los mismos jefes que tenía el demandante. Señaló que el demandante debió asistir a varias capacitaciones para el manejo de los pacientes, ampliar el conocimiento y había que registrarse en una lista. Tocaba asistir porque si no llamaban la atención por no asistir. El hospital suministró las herramientas para las actividades. Señaló que el pago era una consignación en una cuenta de ahorros. A la apoderada de la entidad demandada respondió que aproximadamente tres años compartió con el demandante en distinto turno pero el mismo servicio, la testigo se retiró a finales de 2018. Dijo que no compartió las mismas capacitaciones con el demandante porque sus turnos eran diferentes y les hacían las capacitaciones en horas diferentes y esas capacitaciones eran para todos en general. Indicó que no le consta las órdenes que recibió el demandante por estar en distinto turno pero así era para todos, por lo que presume que así era. Dijo que el demandante cambió su turno y le consta porque alguna vez cambió su turno con el demandante, para eso debía hacerse un registro y se le presentaba a la jefe coordinadora quien autorizaba si se hacía o no. Las capacitaciones eran más o menos cada mes. Indicó que las actividades del demandante eran las recibo y entrega de turno, revisar signos vitales, realizar curaciones, procedimientos como paso de sondas, canalización, transfusiones, llevar registro de control de líquidos, registro de enfermería, le consta porque manejaban un sistema con notas de enfermería donde estaba todo el registro. Los elementos que daba la entidad eran los computadores, los elementos para los procedimientos como gasas, jeringas, catéteres, sondas. Dijo que el demandante portaba uniforme, no lo daba la institución pero si usaba. No le consta que se le hubiese iniciado algún proceso disciplinario al demandante. Dijo que inició un proceso contra la entidad pero no ha tenido respuesta. En ese proceso el demandante funge como testigo. La apoderada de la entidad tachó el testimonio por considerar que se encuentra viciada su credibilidad.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Del contrato realidad en el ámbito internacional

En este punto, es menester recordar que el Artículo 53 de la Carta Constitucional de 1991 establece la protección del trabajo y de los trabajadores, precisando principios mínimos fundamentales como: igualdad de oportunidades, remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador, **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**, garantía de la seguridad social, entre otros; principios que no solo deben ser observados por el legislador al momento de expedir el estatuto del trabajo, sino que además deben ser acatados por la administración en condición de empleador.

Frente al principio de **primacía de la realidad sobre las formalidades**, la Recomendación Internacional del Trabajo No. 198 sobre la relación de trabajo adoptada por la OIT en 2006, señaló que la existencia de una relación de trabajo debe determinarse de acuerdo a los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, indistintamente de la manera en que se caracterice la relación y puntualmente precisó:

“(...)

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”. (Subrayado fuera de texto)

Son de resaltar los literales a y b del numeral 13 de la recomendación referida, en donde se señala que los indicios a tener en cuenta para declarar la existencia de una relación laboral, pueden estar determinados por:

1. Que la labor se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona.
2. Que la prestación del servicio implica la integración del trabajador en la organización de la empresa.
3. Que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador.
4. Que debe desempeñarse dentro de un horario determinado.
5. Que se realice en el lugar indicado por quien solicita el trabajo, con cierta duración y continuidad.
6. Que requiere la disponibilidad del trabajador, suministrando herramientas, materiales y maquinaria por parte de la persona que requiere el trabajo.
7. El pago de una remuneración periódica al trabajador, que vendría a constituir su única y principal fuente de ingresos

Cabe recordar que, en la legislación colombiana, el Artículo 93 de la Constitución Política reconoce la importancia de tratados y convenios internacionales y los incluye como parte del llamado bloque de constitucionalidad y pese a que las recomendaciones de la OIT no tienen el mismo efecto vinculante que podría tener un convenio ratificado por el Estado colombiano, sí deben ser observadas y tenidas en cuenta para la interpretación y protección de derechos fundamentales.

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Normativa interna y posición jurisprudencial

La Constitución Política ha establecido que por regla general los cargos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto aquellos empleos de elección popular, de libre nombramiento y remoción y que desempeñen trabajadores oficiales; mientras que, por su parte, la Ley 80 de 1993 estableció en el numeral 3º del Artículo 32 la posibilidad utilizar contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y estableció que dichos contratos solamente podrán celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, resaltando además que no generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebraran por el término estrictamente indispensable.

Ahora bien, particularmente tratándose de las empresas sociales del Estado, estas fueron creadas por gracia de la Ley 100 de 1993, norma que además estableció el régimen jurídico y el estatuto de personal, en los siguientes términos:

“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:

- 1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".*
- 2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.*
- 3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.*
- 4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.*
- 5. 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.***
- 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.*
- 7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.*
- 8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.*
- 9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.” (Resaltado fuera del texto)*

Por su parte, la referida Ley 10 de 1990, “*Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones*”, a la que se hace alusión en la norma transcrita, indicó:

“Artículo 26º.- 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. **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-387 de 1996.**”*

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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.*

Es así como de la normativa citada deviene que el acceso al servicio público en las empresas sociales del Estado tiene un carácter reglado y obedece a unos postulados de mérito, eficiencia y calidad, siendo el concurso de méritos el mecanismo idóneo para vincularse laboralmente con este tipo de entidades administrativas.

Sin embargo, se ha visto cómo la administración en sus diferentes niveles ha utilizado los contratos de prestación de servicios para cumplir funciones misionales de la entidad desdibujando las formas propias de vinculación, razón por la cual la Corte Constitucional ha indicado que, siempre que se estructuren los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, este se entiende constituido en desarrollo y aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, y ha señalado que la independencia y autonomía del empleado o contratista respecto de la entidad en donde presta sus servicios en una relación de prestación de servicios profesionales constituye pieza fundamental de esa situación. Así, se trae en cita lo previsto por esta Corporación en Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara, por medio de la cual se estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del numeral 3º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que particularmente señaló:

“...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”. (Resaltado fuera de texto).

Posteriormente, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C – 171 de 2012, fijó ciertos límites a la contratación estatal en defensa del derecho al trabajo, resaltando de manera especial que no puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pero siendo enfática en precisar las condiciones que se configure ese criterio funcional, en los siguientes términos:

“5.5 En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (iii) requieran de conocimientos especializados.

En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar *funciones de carácter permanente* de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. **Acerca del**

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren **(i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”**¹; **(ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”**; **(iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”**; **(iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”**; y **(v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”**. (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, en cuanto a los elementos que debe demostrar la parte actora para que se declare configurada la relación laboral, el Consejo de Estado, en un caso similar al que aquí se debate, mediante sentencia del 2 de junio de 2016, con ponencia del consejero Luis Rafael Vergara Quintero, dentro del proceso No. 81001233300020120004301, señaló:

“Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la actora pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe acreditar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público 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 vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”.

Adicionalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001, unificó algunos criterios relacionados con la prescripción extintiva del derecho y la forma en que ha de restablecerse el derecho en las demandas de contrato realidad y precisó que para que se entienda configurado el mismo deben concurrir los siguientes elementos:

“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.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda 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”.

¹ Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

A su vez, en reciente sentencia de unificación de la Sección Segunda **SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021**, dentro del proceso con radicado 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), procedió a fijar las siguientes reglas de unificación respecto del contrato realidad, así:

“(i) La primera regla define que el concepto de «*término estrictamente indispensable*», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

(ii) La segunda regla establece un **periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad**, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

(iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal”.

En consecuencia, para que se declare la existencia de la relación laboral es necesario que la parte interesada despliegue una importante tarea probatoria a efectos de demostrar que se configuran tres elementos indispensables, a saber:

1. La prestación personal del servicio,
2. La remuneración, y
3. La subordinación o dependencia, siendo este último elemento el que encierra circunstancias como el cumplimiento de órdenes; la imposición de reglamentos; la permanencia en la entidad; la similitud con los funcionarios de planta la cual hace referencia al *criterio funcional* desarrollado por la Corte Constitucional y citado en precedencia y que implica la ejecución de labores correspondientes al ejercicio ordinario de las funciones de la entidad desarrolladas en las mismas condiciones del personal de planta, es decir, configurando los tres elementos de la relación laboral; la habitualidad que implica que la labor se desarrolle en el mismo horario que se desarrolla la relación laboral; un criterio excepcional, es decir, que no haya sido contratada por conocimientos especializados o para una tarea transitoria que resulte necesario redistribuir por exceso de trabajo; y la continuidad que también atañe a desempeñar funciones de carácter permanente.

Del caso concreto

Inicialmente el despacho en atención a que la apoderada de la entidad demandada presentó de manera expresa tacha contra la testigo Sandra Milena Mendoza Duarte por considerar que su testimonio se encuentra viciado de credibilidad por la demanda que interpuso contra la entidad, es necesario indicar que, de conformidad con el Artículo 211 del C.G.P., al momento del fallo se debe efectuar un análisis crítico de todos los medios de prueba allegados al expediente, con el fin de establecer si existe alguno que secunde o respalde las declaraciones de los deponentes, de manera que la duda respecto de la imparcialidad de los testigos desaparezca y se obtenga la credibilidad necesaria para tener certeza sobre los hechos que quieren demostrarse.

Así las cosas, advierte el despacho que la apoderada de la entidad no allegó suficientes elementos de juicio para considerar por parte del despacho que la sola interposición de demanda contra la entidad afecte su declaración. Por el contrario, la testigo antes mencionada expuso de forma pormenorizada, precisa y sin contradicciones las circunstancias en que el señor Andrés Sebastián Bermúdez Medina desarrolló sus actividades en el Hospital, toda vez que fue su compañero de trabajo, lo cual permite descartar – junto con el restante material probatorio – cualquier circunstancia que afecte su imparcialidad.

Efectuadas las anteriores precisiones, debe esta sede judicial entrar a analizar si la demandante logró probar la configuración de los elementos constitutivos del contrato realidad, como se sigue:

De la remuneración

Al expediente se allegó certificación en la que constan los pagos efectuados al demandante con ocasión de los contratos de prestación de servicios celebrados desde el año 2017 al año 2020, como

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

contraprestación directa a los servicios prestados en la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., (archivo CERTIFICACIÓN DE PAGOS del archivo 34.1 expediente digital), circunstancia que configura este elemento de la relación laboral.

Adicionalmente, en los contratos se indicó expresamente que la forma de pago consistiría en que el Hospital le pagaría al demandante el valor del contrato mediante pagos realizados en mensualidades vencidas², es decir que el pago se realizaba como contraprestación directa a los servicios prestados en el Hospital, circunstancia que configura este elemento de la relación laboral.

De la prestación personal del servicio

Está demostrado en el plenario que el demandante prestaba personalmente sus servicios, toda vez que se trata de una labor que no podía delegar como auxiliar de enfermería en el horario asignado de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. (pág. 40 a 60, archivo 02 expediente digital), tal como lo afirmó la testigo de la parte demandante en el presente proceso, es decir que las actividades desarrolladas por el demandante no podían ser delegadas y debían efectuarse en las instalaciones de la institución. Adicionalmente, en los contratos se estableció que el demandante debía cumplir con el reglamento interno, Código o Directriz interna de la E.S.E.³.

De la subordinación

Aunque para declarar configurada la relación laboral es necesario que la parte interesada demuestre de manera fehaciente que se reúnen los tres elementos antes señalados, **la subordinación** resulta ser el más importante, porque reúne varios aspectos a saber:

1. El cumplimiento de órdenes y reglamentos: al respecto, se encuentra que la testigo en su declaración afirmó que el demandante debía cumplir con las órdenes dadas por el jefe inmediato, de quien recibía las indicaciones acerca del trabajo a realizar.
2. Permanencia en la entidad: de la mano con lo expuesto en el numeral anterior, es evidente que el demandante debía permanecer en la entidad demandada por lo menos durante el horario de trabajo asignado; no le fue permitido coordinar la ejecución del objeto contractual por fuera de los horarios establecidos ni en otro sitio diferente a las dependencias de la institución. Adicionalmente, en el informe rendido bajo juramento por el gerente de la entidad demandada, éste indicó que el demandante, como auxiliar de enfermería desarrollaba sus actividades en un centro de prestación de servicios de salud, donde necesariamente se requería de su presencia (archivo 30 expediente digital).
3. Similitud con los funcionarios de planta / funciones del giro ordinario de la empresa: al expediente se allegó el manual específico de funciones y competencias de la entidad demandada donde consta que existe el cargo de auxiliar área salud, código 412, grado 17, con funciones de auxiliar de enfermería, tal como lo señaló el director operativo de la Dirección de Gestión de Talento Humano de la entidad demandada en el Oficio No. 20223300007923 del 17 de marzo de 2022, allegado al expediente (archivo RESPUESTA TALENTO HUMANO del archivo TALENTO HUMANO del archivo 28.1 expediente digital), de igual forma de las pruebas allegadas al proceso se infiere que el demandante como auxiliar de enfermería desarrollaba similares actividades o funciones a las que desarrollaba una auxiliar área de la salud Código 412 grado 17, de lo cual se deduce que las funciones para las cuales fue contratado hacen parte del giro ordinario de la entidad. Las actividades desarrolladas por el demandante como auxiliar de enfermería contratista eran, entre otras, las de: recibo y entrega de turno diligenciando los formatos respectivos institucionales, cumpliendo actividades básicas de enfermería de los pacientes a cargo, cumplimiento del manual de bioseguridad en el servicio asignado, sensibilización de derechos y deberes a los pacientes⁴. Estas funciones resultan similares con las relacionadas en el acervo probatorio para el empleo auxiliar área de la salud, código 412, grado 17.

² Contrato de Prestación de Servicios No. 3405 de 2018 Clausula Quinta: Forma de pago (pág. 41, del archivo Andrés Bermúdez 2_202012310934 del archivo 13.1 expediente digital.

³ Contrato de Prestación de Servicios No. 3396 de 2017, clausula segunda: Obligaciones del contratista (pág. 36 del archivo Andrés Bermúdez 2_202012310956 del archivo 13.1 expediente digital

⁴ Requerimiento nuevo contrato, actividades a desarrollar (pág. 1 del archivo BERMUDEZ 1_202104161203 del archivo 13.1 expediente digital.

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Adicionalmente, lo cierto es que las funciones para las cuales fue contratado hacen parte del giro ordinario de la entidad, pues no se trata de conocimientos especializados para una tarea transitoria sino de una labor que se volvió continua; tanto es así que los contratos se suscribieron de forma sucesiva a lo largo de aproximadamente 3 años, teniendo en cuenta que entre uno y otro no hubo solución de continuidad, elementos que configuran los criterios de habitualidad y continuidad y desvirtúan la excepcionalidad en la prestación del servicio.

De la declaración de nulidad y el restablecimiento del derecho

En conclusión, esta sede judicial encuentra desvirtuada la existencia del contrato de prestación de servicios y configurados los elementos que constituyen el contrato realidad del señor Andrés Sebastián Bermúdez Medina, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.075.655.454, por lo que se procederá a declarar la nulidad del acto administrativo Oficio No. 20201100282721 del 16 de diciembre de 2020 y, a título de restablecimiento del derecho⁵, se ordenará el reconocimiento y pago en favor del demandante de: i) la diferencia salarial que se pueda originar a su favor entre los honorarios percibidos con ocasión de los contratos de prestación de servicios y lo que devenga un auxiliar área de la salud, código 412, grado 17 de planta de la entidad demandada desde el 4 de marzo de 2017 al 7 de marzo 2020; ii) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas desde el 4 de marzo de 2017 al 7 de marzo 2020, tomando como base lo realmente devengado por un auxiliar área de la salud, código 412, grado 17 de planta de la entidad; y iii) tomar el ingreso base de cotización del demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensión conforme a lo cotizado por un auxiliar área de la salud, código 412, grado 17 de planta de la entidad, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador⁶, por el periodo trabajado entre el 4 de marzo de 2017 al 7 de marzo 2020.

El tiempo efectivamente laborado por la actora se computará para efectos pensionales.

Respecto a las pretensiones dirigidas al reconocimiento de cesantías, intereses de las cesantías y vacaciones, se advierte que el Consejo de Estado⁷, recientemente señaló lo siguiente:

“(…) Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016⁸, la sección segunda de esta Corporación determinó, entre otras reglas, 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 y órdenes de prestación de servicios, «[...] 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 comoquiera 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 2005⁷.

Igualmente, la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, el Consejo de Estado ordenó el reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a las cesantías y las vacaciones, cuando se trate de relaciones laborales encubiertas, así: “... Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en los derroteros jurisprudenciales trazados por el Consejo de Estado en casos de

⁵ Se ordena a título de restablecimiento del derecho y no a título indemnizatorio de acuerdo a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, proferida por el consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

⁶ Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

⁷ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda., 06 de mayo de 2021, radicación: 50001-23-31-000-2011-00304-01(2079-18), Actor: Eider Orlando del Río Carrillo, C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

⁸ Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (88-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

*contornos análogos fáctica y jurídicamente al asunto que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, la Sala concluye que a la señora Gloria Luz Manco Quiroz, como parte trabajadora de una relación laboral (encubierta o subyacente), le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales que depreca (**cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otras**), en el periodo comprendido entre el 29 de enero de 2005 y el 30 de diciembre de 2011, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”(negrilla fuera del texto).*

Así las cosas, resulta que al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de las cesantías, intereses de las cesantías, y al descanso remunerado por ser prestaciones sociales emanadas de la relación laboral declarada. Ahora bien, respecto de las vacaciones como el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía, en los términos del Artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978 y de la Ley 995 de 2005.

Ahora bien, si bien se acreditó la relación laboral, ello no otorga la condición de empleado público, toda vez que dicha condición solamente la otorga la Constitución y la Ley con las formalidades de la relación legal y reglamentaria y, en este sentido la jurisprudencia ha sido reiterada en señalar que la existencia del contrato realidad no puede otorgar derechos ni condiciones por fuera del mandato legal. Así lo señaló el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, en la que dispuso *“Pese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal de servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior”*.

Respecto de la pretensión encaminada a obtener el pago de las cotizaciones a la caja de compensación, conforme a la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, ***“es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.”*** Así las cosas, la citada regla de unificación se debe aplicar en lo referente a los aportes a las cajas de compensación⁹, dado que tiene naturaleza parafiscal, razón por la cual no es procedente acceder a lo solicitado por la demandante.

Igualmente, se torna improcedente la realización de las cotizaciones impagas al sistema de seguridad social en salud, dado que el servicio de salud fue garantizado con los aportes ya realizados en su momento por el demandante para cada contrato. En similares términos fue decidido este tema por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 19 de agosto de 2020, Radicación: 11001-33-42-056-2018-00200-01, magistrada ponente Amparo Oviedo Pinto, al exponer:

*“(…) debe considerarse que en primer lugar, el artículo 202 de la ley 100 de 1993 establece que la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, “se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico **previo** financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre este y el empleador o la Nación, según el caso.” Esto quiere decir, que los afiliados tendrán derecho a los servicios médico asistenciales a partir del pago de sus aportes en forma previa, lo que indica que el beneficio o contraprestación por la cotización se recibe a futuro, pero no antes de hacer el aporte. (Subrayado inter texto) En otras palabras, no es procedente efectuar afiliaciones retroactivas, dado que la cotización o aporte se paga en forma previa. En segundo lugar, en el régimen contributivo, el aporte a seguridad social en salud otorga el derecho a la prestación de los servicios médico asistenciales por el periodo de cobertura dispuesto en la ley, y por lo tanto si en su momento el contratista realizó las cotizaciones con destino a salud obtuvo la cobertura en ese momento y se garantizó su derecho, y en consecuencia la Sala observa que se cumplió con la finalidad de los aportes, y en nada cambia la situación el ordenar a la entidad que realice cotizaciones retroactivas.”*

En lo que respecta a la pretensión encaminada a obtener el reintegro del valor descontado por concepto de retención en la fuente, el despacho no accede a la misma, toda vez que dichos

⁹ Resulta pertinente precisar que los aportes que éstas reciben en su calidad de administradores del subsidio familiar, también tienen la calidad de recursos parafiscales, es así como el Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, señaló en su artículo 2.2.7.5.3.2: *“Los recursos que administran las Cajas de Compensación Familiar están destinados a la atención de las prestaciones y servicios de la seguridad social y demás finalidades que prevea la ley y no podrán comprometerse para fines diferentes. Los que provengan de los aportes obligatorios pagados por los empleadores y por las cooperativas de trabajo asociado **tienen la condición de recursos parafiscales** y como tales, su administración se rige por las disposiciones legales correspondientes”*.

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

descuentos tuvieron su fuente en la relación contractual de la demandante con la demandada y fueron girados en su momento a la DIAN; adicionalmente, demostrar la existencia de la relación laboral trae como restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago de prestaciones en las mismas condiciones de los empleados de planta, pero no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato¹⁰.

Frente a las pretensiones encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de la Ley 244 de 1995, el Consejo de Estado mediante sentencia del 18 de marzo de 2021, dentro del proceso No. 23001-23-33-000-2016-00147-01(2420-19), señaló que frente a la sanción moratoria no hay lugar a tal reconocimiento, toda vez que a partir de la sentencia surge la obligación del pago de las prestaciones al beneficiario, y respecto de las demás indemnizaciones¹¹ solicitadas no se puede acceder a las mismas, toda vez que no se está frente a una relación legal y reglamentaria, razón por la cual, acogiendo dicho criterio, esta sede judicial no accede a estas pretensiones.

Tampoco se accede a la solicitud de compulsar copias al Ministerio del Trabajo para que imponga multa a la entidad demandada por contratar al demandante a través de contratos de prestación de servicios, ya que de conformidad con la Ley 1610 de 2013, las funciones de inspección, vigilancia y control en el territorio nacional otorgada a los inspectores de trabajo y seguridad social en el sector público es sobre asuntos relacionados con el derecho colectivo del trabajo, por lo cual no se tomarán las medidas extraordinarias de tal naturaleza.

Adicionalmente, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de daños morales; sin embargo, no aportó prueba alguna al expediente que permita establecer la configuración de los mismos, razón por la que no se accede a esta pretensión.

Ahora bien, en lo relacionado con la dotación, es necesario señalar que de acuerdo con lo previsto en el Artículo 1 del Decreto Reglamentario 1978 de 1989 y la posición de la Corte Constitucional en sentencia C – 995 de 2000, que definió la naturaleza jurídica del suministro de calzado y vestido de labor como una prestación social, el demandante tiene derecho a recibir una indemnización, para los lapsos en los que probó una remuneración mensual inferior a dos salarios mínimos.

El Artículo 2 del Decreto Reglamentario 1978 de 1989 señala que el suministro de zapatos y vestido de trabajo deberá hacerse los días 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre de cada año, la cual no constituye salario y en el Artículo 3 *Ibidem* dispuso que para tener derecho a la dotación, el trabajador debe haber laborado por los menos 3 meses de forma ininterrumpida, antes de la fecha de cada suministro. En el caso del demandante, se tiene que trabajó en forma ininterrumpida por un lapso de tres meses antes de la entrega de cada dotación para el año 2017 (entrega del 30 de agosto y del 30 de diciembre)¹², para el año 2018 (entrega del 30 de abril, 30 de agosto y del 30 de diciembre)¹³ y para el año 2019 (entrega del 30 de abril, 30 de agosto y del 30 de diciembre)¹⁴. En lo concerniente al año 2020, no acreditó haber laborado 3 meses ininterrumpidos.

En consecuencia, siguiendo el criterio expuesto por la Subsección A de la Sección segunda del Consejo de Estado en sentencia del 2 de junio de 2022¹⁵, se ordenará el pago del valor equivalente a la dotación de calzado y vestido de labor que se le suministraba a los empleados de planta, en el cargo de auxiliar área de la salud, código 412, grado 17, de la entidad demandada, correspondiente al año 2019 (entrega del 30 de abril, 30 de agosto y del 30 de diciembre), periodo en que la remuneración mensual del demandante fue inferior a dos salarios mínimos.

4. PRESCRIPCIÓN

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001, concluyó que tratándose de demandas de contrato realidad el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial de tres (3) años contados a partir de la terminación del último contrato.

¹⁰ Consejo de Estado, sentencia del 13 de mayo de 2015, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso No. 68001233100020090063601.

¹¹ Ley 244 de 1995, la Ley 789 de 2002 y la Ley 50 de 1990, y Ley 52 de 1975.

¹² El demandante devengó \$1.575.000 y el valor del salario mínimo año 2017 fue \$737.717 (\$1.475.434)

¹³ El demandante devengó \$1.575.048 y el valor del salario mínimo año 2018 fue \$781.242 (\$1.562.484)

¹⁴ El demandante devengó \$1.585.961 y el valor del salario mínimo año 2019 fue \$828.116 (\$1.656.232)

¹⁵ Consejo de Estado, sentencia del 2 de junio de 2022, consejero ponente Gabriel Valbuena Hernández, proceso No. 66001-23-33-000-2017-00168-01 (4156-2019).

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Esta regla fue observada por el extremo activo toda vez que el último contrato de prestación de servicios finalizó el 7 de marzo de 2020¹⁶ y la demanda fue presentada el 21 de abril de 2021 (archivo 03 expediente digital), por lo que al no transcurrir un lapso superior a tres años entre una actuación y otra no operó el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva del derecho.

5. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la **NULIDAD** del Oficio No. Oficio No. 20201100282721 del 16 de diciembre de 2020, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales al demandante como consecuencia de la existencia de un contrato realidad, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.** a reconocer y pagar en favor del señor **ANDRÉS SEBASTIÁN BERMÚDEZ MEDINA**, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.075.655.454: i) la diferencia salarial que se pueda originar a su favor entre los honorarios percibidos con ocasión de los contratos de prestación de servicios y lo que devenga una auxiliar área de la salud, código 412, grado 17 de planta de la entidad demandada desde el 4 de marzo de 2017 al 7 de marzo 2020; ii) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales (cesantías, intereses a las cesantías, compensación por vacaciones Artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978 y de la Ley 995 de 2005, primas, entre otras) devengadas desde el 4 de marzo de 2017 al 7 de marzo 2020, tomando como base lo realmente devengado por un auxiliar área de la salud, código 412, grado 17 de planta de la entidad; iii) tomar el ingreso base de cotización del demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en pensión conforme a lo cotizado por un auxiliar área de la salud, código 412, grado 17 de planta de la entidad, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador, por el periodo trabajado entre el 4 de marzo de 2017 al 7 de marzo 2020; y iv) pagar lo equivalente a la dotación de calzado y vestido de labor que le suministraba a los empleados de planta, en el cargo de auxiliar área de la salud, código 412, grado 17, de la entidad demandada, correspondiente al año 2019 (entrega del 30 de abril, 30 de agosto y del 30 de diciembre), periodo en que la remuneración mensual del demandante fue inferior a dos salarios mínimos.

TERCERO.- CONDENAR a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.** a actualizar las sumas debidas de la condena impuesta conforme al inciso 4º del Artículo 187 del CPACA, y de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar al demandante por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse cada pago.

¹⁶ Se allegó la reclamación administrativa sin constancia de la radicación de la misma. Sin embargo, el acto demandado es de fecha 16 de diciembre de 2020, por lo que se infiere que la reclamación se presentó el mismo año.

Expediente: 11001-3342-051-2021-00117-00
Demandante: ANDRÉS SEBASTIÁN BERMUDEZ MEDINA
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

CUARTO.- DECLARAR que el tiempo laborado por el señor **ANDRÉS SEBASTIÁN BERMÚDEZ MEDINA**, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.075.655.454, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios desde el 4 de marzo de 2017 al 7 de marzo 2020 se deben computar para efectos pensionales.

QUINTO.- La **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- No condenar en costas ni agencias en derecho conforme a los lineamientos de la parte motiva.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, por secretaría, y a costa de la parte actora, **EXPEDIR** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente.

DÉCIMO.- En caso que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico: jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

Lkgd

munoz.melgarejoabogados@gmail.com
notificacionesjudiciales@subrednorte.gov.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **4324cc945601f338203b6501e2bc14fefe928ac52443d42443c01e516ab9982c**

Documento generado en 28/09/2022 09:22:42 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Auto Int. No. 508

Medio de control:	Ejecutivo laboral
Expediente:	11001-3342-051-2021-00262-00
Demandante:	DANIEL ARMANDO GARZÓN SUÁREZ
Demandado:	DISTRITO CAPITAL – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ
Decisión:	Auto decreta pruebas. Alegatos de conclusión

Surtidas las actuaciones de Ley, ingresa el proceso al despacho para continuar con el trámite del proceso ejecutivo de la referencia.

En ese orden, el Artículo 443 del C.G.P. dispone lo siguiente:

“Artículo 443. El trámite de excepciones se sujetará a las siguientes reglas:

1. De las excepciones de mérito propuestas por el ejecutado se correrá traslado al ejecutante por diez (10) días, mediante auto, para que se pronuncie sobre ellas, y ajunte o pida las pruebas que pretende hacer valer.

2. Surtido el traslado de las excepciones el juez citará a la audiencia prevista en el artículo 392, cuando se trate de procesos ejecutivos de mínima cuantía, o para audiencia inicial y, de ser necesario, para la de instrucción y juzgamiento, como lo disponen los artículos 372 y 373, cuando se trate de procesos ejecutivos de menor y mayor cuantía.

Quando se advierta que la práctica de pruebas es posible y conveniente en la audiencia inicial, el juez de oficio o a petición de parte, decretará las pruebas en el auto que fija fecha y hora para ella, con el fin de agotar también el objeto de la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373. En este evento, en esa única audiencia se proferirá sentencia, de conformidad con las reglas previstas en el numeral 5º del referido artículo 373”.

(...)

(Subraya fuera del texto)

Así las cosas, procede el despacho a decretar pruebas dentro del asunto de la referencia, de conformidad con lo previsto por el Artículo 392 del C.G.P.¹, y la remisión que éste hace a los Artículos 372 y 373 *ibídem*.

1. POR EL EJECUTANTE

DECRETAR como pruebas las aportadas con la demanda, con el valor probatorio que les asigne la Ley, págs. 23 a 242 - archivo 2 expediente digital.

2. POR EL EJECUTADO

DECRETAR como pruebas las aportadas con el escrito de excepciones con el valor probatorio que les asigne la Ley, pág. 38 – archivo 12 expediente digital.

¹ Dispone el inciso primero del artículo 392 del C.G.P.: “En firme el auto admisorio de la demanda y vencido el término de traslado de la demanda, el juez en una sola audiencia practicará las actividades previstas en los artículos 372 y 373 de este código, en lo pertinente. En el mismo auto en el que el juez cite a la audiencia decretará las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio considere”.

Expediente: 11001-3342-051-2021-00262-00
Ejecutante: DANIEL ARMANDO GARZÓN SUÁREZ
Ejecutado: DISTRITO CAPITAL - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS DE BOGOTÁ

EJECUTIVO LABORAL

Ahora bien, debido a que no hay pruebas por practicar y que las obrantes dentro del plenario son suficientes para emitir un pronunciamiento de fondo, conforme a lo dispuesto en el numeral 2° del Artículo 278 del C.G.P.², y en concordancia con lo previsto en el numeral 1° del Artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, se dispone **CORRER TRASLADO PARA ALEGAR DE CONCLUSIÓN** dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación por estado de la presente providencia. En la misma oportunidad señalada para alegar, podrá el Ministerio Público presentar el concepto -si a bien lo tiene-.

En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

Lkgd

jeligarcia49@hotmail.com
cotinsam78@gmail.com
notificacionesjudiciales@bomberosbogota.gov.co
ricardoescuderot@hotmail.com
rvalencia@procuraduria.gov.co

² **Artículo 278. Clases de providencias.**

(...)

En cualquier estado del proceso, el juez deberá dictar sentencia anticipada, total o parcial, en los siguientes eventos:

(...)

2. Cuando no hubiere pruebas por practicar.

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **f5d00a71619e8971bab7cb0c146b03a0fb5429dd5a2c79adde42df1dfee1b56d**

Documento generado en 28/09/2022 09:22:43 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Auto Int. No. 502

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00325-00
Demandante:	FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ y otros
Demandado:	NACIÓN- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Decisión:	Auto admisorio de la demanda

Procede el despacho a pronunciarse sobre la admisión de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 171 del C.P.A.C.A.

Por reunir los requisitos legales del Artículo 162 del C.P.A.C.A., modificado por el Artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, se admitirá para conocer en primera instancia, la demanda de la referencia formulada por el señor FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ, identificado con C.C. 79.729.707; señora JUANITA SABOGAL SALGADO, identificada con C.C. 52.087.456; y los menores CAMILA PARDO SABOGAL y JUAN FERNANDO PARDO SABOGAL, a través de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la NACIÓN- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de conformidad con lo previsto en los Artículos 171 y concordantes del C.P.A.C.A.

En consecuencia, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE

PRIMERO.- ADMITIR el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor el señor FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ, identificado con C.C. 79.729.707; señora JUANITA SABOGAL SALGADO, identificada con C.C. 52.087.456; y los menores CAMILA PARDO SABOGAL y JUAN FERNANDO PARDO SABOGAL, a través de apoderado, en contra de la NACIÓN- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

SEGUNDO.- NOTIFICAR esta providencia por estado a la parte demandante como lo dispone el Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual fue modificado en su inciso 3 por el Artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

TERCERO.- NOTIFICAR esta providencia personalmente a los representantes legales de la NACIÓN- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, o a quienes se haya delegado la facultad de notificarse, a la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público delegado ante este despacho judicial, como lo dispone el Artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el Artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

CUARTO- Corresponderá a la Secretaría de este juzgado, junto con la notificación personal dispuesta en el numeral anterior, remitir copia de la demanda y sus anexos a la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado y a la Procuraduría 196 Judicial I Delegada para Asuntos Administrativos de Bogotá, D.C., a los correos electrónicos correspondientes.

QUINTO.- ADVERTIR que, con la contestación de la demanda, la parte accionada deberá aportar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de los actos demandados así como todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso, de conformidad con el numeral 4º y el Parágrafo 1º del Artículo 175 del C.P.A.C.A.

SEXTO.- Surtidas las anteriores notificaciones en debida forma y vencido el término de dos (2) días hábiles dispuesto en el inciso 4 del Artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado

Expediente: 11001-3342-051-2022-00325-00
Demandante: FERNANDO ALEXEI PARDO FLÓREZ y otros
Demandado: NACIÓN- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

por el Artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, correrá el término de traslado de 30 días de conformidad con lo previsto en el Artículo 172 *ibidem*.

SÉPTIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

OCTAVO.- RECONOCER personería al abogado CÉSAR ANTONIO COHECHA LEÓN, identificado con C.C. 80.243.386 y T.P. 139.906 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado judicial de la parte demandante, en los términos y para los fines del memorial poder allegado con la demanda (archivo 2, págs. 44 y 45 expediente digital).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LF

ccohecha@gmail.com
procesosjudiciales@procuraduria.gov.co

Firmado Por:

Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

51

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: **8fd2bbe667ff11c5d0c18207466cc7946ffca4e0f2a3cecdb2fd49b5cc170579**

Documento generado en 28/09/2022 09:22:43 PM

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

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Auto Int. No. 506

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00338-00
Demandante:	LUIS CARLOS DÍAZ MESTRA
Demandado:	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-ARMADA NACIONAL
Decisión:	Auto que remite por competencia

Encontrándose el proceso para proveer sobre la admisión de la demanda, el despacho advierte que el señor LUIS CARLOS DÍAZ MESTRA presentó demanda, a través de apoderado judicial, con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual se negó la solicitud de reliquidación de su sueldo básico en actividad con base en el Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.).

Sobre el particular, es menester indicar que dentro de los anexos de la demanda obra la Resolución No. 882 del 2 de agosto de 2005, por medio de la cual se retiró del servicio activo a unos suboficiales del Ejército Nacional, en la cual se indica que el demandante laboró en el Batallón de Infantería No. 34 “Juanambú” (archivo 2, pág. 27 expediente digital), la cual encuentra ubicada en el municipio de Florencia-Caquetá.

Por lo anterior, se advierte que, en materia de competencia por factor territorial, el numeral 3 del Artículo 156 de la Ley 1437 de 2011 -modificado por el Artículo 31 de la Ley 2080 de 2021- estableció que:

“3. En los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios. Cuando se trate de derechos pensionales, se determinará por el domicilio del demandante, siempre y cuando la entidad demandada tenga sede en dicho lugar.”

De esa manera, este despacho carece de competencia, por razón del territorio, para conocer del presente asunto, toda vez que, al no versar la demanda sobre derechos pensionales, la competencia se determina por el último lugar donde se prestó o debió prestarse el servicio y, como quiera que el demandante laboró en el Batallón de Infantería No. 34 “Juanambú”, ubicado en Florencia-Caquetá, le corresponde a los juzgados administrativos del circuito judicial de Florencia conocer del presente medio de control.

Por consiguiente, este proveído dispondrá la remisión del proceso a la Oficina de Reparto de los juzgados administrativos del circuito de Florencia, de conformidad con el numeral 8.1 del Artículo 1° del Acuerdo N° PCSJA20-11653 del 28 de octubre de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE

Por Secretaría, **REMITIR** por competencia el proceso de la referencia a la Oficina de Reparto de los juzgados administrativos el circuito judicial de Florencia-Caquetá, para lo de su cargo, previa cancelación de su radicación en los Sistemas de Registro, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

Expediente: 11001-3342-051-2022-00338-00
Demandante: LUIS CARLOS DÍAZ MESTRA
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-ARMADA NACIONAL

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

rocafuerte-ge@hotmail.com

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **acf1c4312936ceee34b2de8defe12d81b13fdcf40153fa7a7fed5e0b77260965**

Documento generado en 28/09/2022 09:22:44 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Auto Int. No. 503

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00341-00
Demandante:	LUZ ÁNGELA PEÑA FRAILE
Demandado:	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Auto admisorio de la demanda

Procede el despacho a pronunciarse sobre la admisión de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 171 del C.P.A.C.A.

Por reunir los requisitos legales del Artículo 162 del C.P.A.C.A., modificado por el Artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, se admitirá para conocer en primera instancia, la demanda de la referencia formulada por la señora LUZ ÁNGELA PEÑA FRAILE, identificada con C.C. 23.498.637, a través de apoderada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN, de conformidad con lo previsto en los Artículos 171 y concordantes del C.P.A.C.A.

En consecuencia, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE

PRIMERO.- ADMITIR el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora LUZ ÁNGELA PEÑA FRAILE, identificada con C.C. 23.498.637, a través de apoderada, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN.

SEGUNDO.- NOTIFICAR esta providencia por estado a la parte demandante como lo dispone el Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual fue modificado en su inciso 3 por el Artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

TERCERO.- NOTIFICAR esta providencia personalmente a los representantes legales de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y del DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN, o a quienes se haya delegado la facultad de notificarse, a la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público delegado ante este despacho judicial, como lo dispone el Artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el Artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

CUARTO- Corresponderá a la Secretaría de este juzgado, junto con la notificación personal dispuesta en el numeral anterior, remitir copia de la demanda y sus anexos a la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado y a la Procuraduría 196 Judicial I Delegada para Asuntos Administrativos de Bogotá, D.C., a los correos electrónicos correspondientes.

QUINTO.- ADVERTIR que, con la contestación de la demanda, la parte accionada deberá aportar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de los actos demandados así como todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer

Expediente: 11001-3342-051-2022-00341-00
Demandante: LUZ ÁNGELA PEÑA FRAILE
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

en el proceso, de conformidad con el numeral 4º y el Parágrafo 1º del Artículo 175 del C.P.A.C.A.

SEXTO.- Surtidas las anteriores notificaciones en debida forma y vencido el término de dos (2) días hábiles dispuesto en el inciso 4 del Artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el Artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, correrá el término de traslado de 30 días de conformidad con lo previsto en el Artículo 172 *ibídem*.

SÉPTIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

OCTAVO.- RECONOCER personería a la abogada SAMARA ALEJANDRA ZAMBRANO VILLADA, identificada con C.C. 1.020.757.608 y T.P. 289.231 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de la parte demandante, en los términos y para los fines del memorial poder allegado con la demanda (archivo 2, págs. 64 y 65 expediente digital).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LF

notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineduccion.gov.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co

Firmado Por:

Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

51

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: **262ed74383e69a817fae4da713c6447b169e82446104bb9f22233170f8ea1547**

Documento generado en 28/09/2022 09:22:45 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Auto Int. No. 504

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00342-00
Demandante:	ELBER GONZÁLEZ GONZÁLEZ
Demandado:	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Auto admisorio de la demanda

Procede el despacho a pronunciarse sobre la admisión de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 171 del C.P.A.C.A.

Por reunir los requisitos legales del Artículo 162 del C.P.A.C.A., modificado por el Artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, se admitirá para conocer en primera instancia, la demanda de la referencia formulada por el señor ELBER GONZÁLEZ GONZÁLEZ, identificado con C.C. 10.751.927, a través de apoderada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN, de conformidad con lo previsto en los Artículos 171 y concordantes del C.P.A.C.A.

En consecuencia, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE

PRIMERO.- ADMITIR el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor ELBER GONZÁLEZ GONZÁLEZ, identificado con C.C. 10.751.927, a través de apoderada, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN.

SEGUNDO.- NOTIFICAR esta providencia por estado a la parte demandante como lo dispone el Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual fue modificado en su inciso 3 por el Artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

TERCERO.- NOTIFICAR esta providencia personalmente a los representantes legales de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y del DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN, o a quienes se haya delegado la facultad de notificarse, a la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público delegado ante este despacho judicial, como lo dispone el Artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el Artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

CUARTO- Corresponderá a la Secretaría de este juzgado, junto con la notificación personal dispuesta en el numeral anterior, remitir copia de la demanda y sus anexos a la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado y a la Procuraduría 196 Judicial I Delegada para Asuntos Administrativos de Bogotá, D.C., a los correos electrónicos correspondientes.

QUINTO.- ADVERTIR que, con la contestación de la demanda, la parte accionada deberá aportar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de los actos demandados así como todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer

Expediente: 11001-3342-051-2022-00342-00
Demandante: ELBER GONZÁLEZ GONZÁLEZ
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

en el proceso, de conformidad con el numeral 4º y el Parágrafo 1º del Artículo 175 del C.P.A.C.A.

SEXTO.- Surtidas las anteriores notificaciones en debida forma y vencido el término de dos (2) días hábiles dispuesto en el inciso 4 del Artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el Artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, correrá el término de traslado de 30 días de conformidad con lo previsto en el Artículo 172 *ibídem*.

SÉPTIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

OCTAVO.- RECONOCER personería a la abogada SAMARA ALEJANDRA ZAMBRANO VILLADA, identificada con C.C. 1.020.757.608 y T.P. 289.231 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de la parte demandante, en los términos y para los fines del memorial poder allegado con la demanda (archivo 2, págs. 63 y 64 expediente digital).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LF

notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineduccion.gov.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendívelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **39c02980e20b5659afbb9af2b2008d2c73c954a309721a40ecc299a8cf46bf5b**

Documento generado en 28/09/2022 09:22:45 PM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Auto Int. No. 505

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00344-00
Demandante:	JENNY ALEXANDRA GUTIÉRREZ QUINTERO
Demandado:	NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN
Decisión:	Auto admisorio de la demanda

Procede el despacho a pronunciarse sobre la admisión de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 171 del C.P.A.C.A.

Por reunir los requisitos legales del Artículo 162 del C.P.A.C.A., modificado por el Artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, se admitirá para conocer en primera instancia, la demanda de la referencia formulada por la señora JENNY ALEXANDRA GUTIÉRREZ QUINTERO, identificada con C.C. 53.016.273, a través de apoderada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN, de conformidad con lo previsto en los Artículos 171 y concordantes del C.P.A.C.A.

Se observa que en las pretensiones de la demanda no se especificó la fecha del derecho de petición que dio origen al silencio administrativo; sin embargo, en el poder y en los anexos de la demanda se evidencia que la petición fue radicada el 8 de noviembre de 2021 (archivo 2, págs. 63 y 65 expediente digital), por lo que el medio de control se admitirá con dicha observación.

En consecuencia, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE

PRIMERO.- ADMITIR el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora JENNY ALEXANDRA GUTIÉRREZ QUINTERO, identificada con C.C. 53.016.273, a través de apoderada, en contra de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN.

SEGUNDO.- NOTIFICAR esta providencia por estado a la parte demandante como lo dispone el Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual fue modificado en su inciso 3 por el Artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

TERCERO.- NOTIFICAR esta providencia personalmente a los representantes legales de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y del DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN, o a quienes se haya delegado la facultad de notificarse, a la Agencia Nacional de la Defensa Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público delegado ante este despacho judicial, como lo dispone el Artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el Artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

CUARTO- Corresponderá a la Secretaría de este juzgado, junto con la notificación personal dispuesta en el numeral anterior, remitir copia de la demanda y sus anexos a la Agencia

Expediente: 11001-3342-051-2022-00344-00
Demandante: JENNY ALEXANDRA GUTIÉRREZ QUINTERO
Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y DISTRITO CAPITAL-SECRETARIA DE EDUCACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Nacional de la Defensa Jurídica del Estado y a la Procuraduría 196 Judicial I Delegada para Asuntos Administrativos de Bogotá, D.C., a los correos electrónicos correspondientes.

QUINTO.- ADVERTIR que, con la contestación de la demanda, la parte accionada deberá aportar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de los actos demandados así como todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso, de conformidad con el numeral 4º y el Parágrafo 1º del Artículo 175 del C.P.A.C.A.

SEXTO.- Surtidas las anteriores notificaciones en debida forma y vencido el término de dos (2) días hábiles dispuesto en el inciso 4 del Artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el Artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, correrá el término de traslado de 30 días de conformidad con lo previsto en el Artículo 172 *ibídem*.

SÉPTIMO.- En caso de que algún sujeto procesal requiera consultar el presente expediente, el interesado deberá realizar la solicitud respectiva a la Secretaría de este juzgado a la dirección de correo electrónico jadmin51bta@notificacionesrj.gov.co.

OCTAVO.- RECONOCER personería a la abogada SAMARA ALEJANDRA ZAMBRANO VILLADA, identificada con C.C. 1.020.757.608 y T.P. 289.231 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de la parte demandante, en los términos y para los fines del memorial poder allegado con la demanda (archivo 2, págs. 63 y 64 expediente digital).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LF

notificacionescundinamarcalqab@gmail.com
notificacionesjudiciales@mineduccion.gov.co
notificacionesjudiciales@secretariajuridica.gov.co
notjudicial@fiduprevisora.com.co

Firmado Por:

Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

51

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: **f7cfe46999a2bb5dd5fa5c063e280faac9f38512a6fc4c3e73bf1934bcda2a47**

Documento generado en 28/09/2022 09:22:46 PM

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

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Auto Int. No. 507

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente:	11001-3342-051-2022-00346-00
Demandante:	NUBIA ESPERANZA ESPINEL MONRROY
Demandado:	NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Decisión:	Auto remite proceso

Procedería el despacho a resolver sobre la admisión del presente medio de control de no ser porque se modificó el reparto del mismo a través del Acuerdo No. CSJBTA21-44 del 9 de junio de 2021, *“Por medio del cual se suspende temporalmente el reparto de procesos a los Juzgados Administrativos Transitorios de la Sección Segunda creados mediante Acuerdo PCSJA21- 11738 de 2021 en el Circuito Judicial de Bogotá y se dictan otras disposiciones”*, conforme las siguientes precisiones.

En este punto, es del caso advertir que conforme se informó en el Oficio No. CSJBTO22-817 del 24 de febrero de 2022, la asignación de procesos a los juzgados transitorios, creados por medio del Acuerdo No. PCSJA22-11918 del 2 de febrero de 2022, se seguirá realizando en la forma dispuesta por este Consejo Seccional mediante Acuerdo CSJBTA21-44.

ANTECEDENTES

Observa el despacho que la presente demanda fue instaurada en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora NUBIA ESPERANZA ESPINEL MONRROY, identificada con C.C. 41.705.786, por intermedio de apoderado, en contra de la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, con el fin de que se inaplique el Decreto 382 de 2013 y se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se negó a la demandante el reajuste de todas las prestaciones sociales teniendo en cuenta la bonificación judicial, contenida en el Artículo 1º del Decreto 382 del 6 de marzo de 2013.

CONSIDERACIONES

El Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, en uso de sus facultades legales y reglamentarias, en especial la de exoneración o disminución temporal del reparto como medida transitoria contenida en el Artículo 6 del Acuerdo No. PSAA16-10561 del 17 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, expidió el Acuerdo No. CSJBTA21-44 del 9 de junio de 2021 en el que se dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: SUSPENDER TEMPORALMENTE EL REPARTO DE PROCESOS generados por reclamaciones salariales y prestacionales contra la Rama Judicial y entidades con régimen similar, a los Juzgados 1 y 2 transitorios creados por Acuerdo PCSJA21-11738 de 2021 y adscritos a la Sección Segunda en el Circuito Judicial de Bogotá.

ARTICULO SEGUNDO: ASIGNAR TEMPORALMENTE EL REPARTO EXCLUSIVO al Juzgado 3 Administrativo Transitorio creado por el Acuerdo PCSJA21-11793 del 2 de junio de 2021 hasta que éste reporte una carga total de novecientos cuarenta y cinco (945) procesos (incluidos los procesos a ser remitidos por los Despachos de FACATATIVA, GIRARDOT, ZIPAQUIRA Y LETICIA) o hasta que este Consejo Seccional considere que estén niveladas las cargas de todos los Juzgados Administrativos Transitorios.

ARTÍCULO TERCERO: REANUDAR el reparto a los Juzgados Administrativos Transitorios 1 y 2 una vez nivelada la carga, en la cifra estimada o hasta que esta Seccional así lo considere, procediendo en adelante a repartir a los tres (3) Despachos Transitorios los procesos generados por reclamaciones salariales y prestacionales contra

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

la Rama Judicial y entidades con régimen similar, de acuerdo a las siguientes reglas de redistribución:

<i>JUZGADO PERMANENTE (Remitente)</i>	<i>JUZGADO TRANSITORIO (Receptor)</i>
<i>Del 7 al 18</i>	<i>1</i>
<i>Del 19 al 30</i>	<i>2</i>
<i>Del 46 al 57</i>	<i>3</i>

(...)

De conformidad con lo anterior, es claro que hasta que el Juzgado 3 Administrativo Transitorio de este circuito nivele su carga a la de los Juzgados 1 y 2 Administrativos Transitorios, por disposición del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, le corresponde el reparto de los procesos generados por reclamaciones salariales y prestacionales contra la Rama Judicial y entidades con régimen similar; y que una vez el Juzgado 3 Administrativo Transitorio nivele su carga, los procesos mencionados serán redistribuidos conforme se indica en el Artículo 3 del Acuerdo citado.

De ese modo, el presente caso se encuentra encaminado a la inclusión de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de todas las prestaciones sociales, cuya fuente primaria deviene de la Ley 4ª de 1992, que facultó al Gobierno nacional para su creación mediante Decreto 382 del 6 de marzo de 2013, el cual dispuso:

“ARTÍCULO 10. Créase (sic) para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el decreto 875 de 2012 y por las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

Por otra parte, se tiene que la misma prestación fue creada para los servidores de la Rama Judicial mediante Decreto 383 del 6 de marzo de 2013, el cual prevé:

“ARTÍCULO 10. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

En ese orden de ideas, el derecho contenido en el citado acto administrativo de carácter general, respecto del cual gravita la demanda, tiene relación con la bonificación judicial, lo cual se enmarca dentro de las *“reclamaciones salariales y prestacionales contra la Rama Judicial y entidades con régimen similar”* a que se refiere el Acuerdo No. CSJBTA21-44 del 9 de junio de 2021, y como quiera que la Coordinación de los juzgados Administrativos de Bogotá informó que el Juzgado 3 Administrativo Transitorio del Circuito de Bogotá ya se encuentra nivelado, en atención al Artículo 3 del Acuerdo No. CSJBTA21-44 del 9 de junio de 2021, habrá de remitirse las presentes diligencias al Juzgado 3 Administrativo Transitorio del Circuito de Bogotá.

Es del caso mencionar que, con ocasión a la modificación del reparto en los procesos como el que aquí se debate, ya no es dable para este despacho pronunciarse sobre situaciones de competencia o que originen impedimentos, pues es al juzgado destinatario, como receptor del reparto, a quien le correspondería eventualmente un pronunciamiento en ese sentido.

Así las cosas, de acuerdo con las directrices adoptadas por el Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá a través del Acuerdo No. CSJBTA21-44 del 9 de junio de 2021, el cual continúa aplicando de conformidad con lo informado mediante el Oficio No. CSJBTO22-817 del 24 de febrero de 2022, este proveído dispondrá la remisión del proceso al Juzgado 3 Administrativo Transitorio del Circuito de Bogotá, para lo de su competencia.

Expediente: 11001-3342-051-2022-00346-00
Demandante: NUBIA ESPERANZA ESPINEL MONRROY
Demandado: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En consecuencia, el **JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE

Por Secretaría, **REMITIR** el proceso de la referencia al Juzgado 3 Administrativo Transitorio del Circuito de Bogotá, para lo de su cargo, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LF

raforeroqui@yahoo.com

Firmado Por:
Norberto Apolinar Mendivelso Pinzon
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
51
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: **3595c7d6376da0bbaf49360553e812016ba427b4c3b8c150bdb9a0ca0d2d35a6**

Documento generado en 28/09/2022 09:22:47 PM

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