



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00359-00
Demandante: ANDRÉS FELIPE TRUJILLO PÉREZ
Demandado: Bogotá D.C. Secretaría de Desarrollo Económico
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia de primera instancia –Contrato realidad

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Andrés Felipe Trujillo Pérez en contra del Distrito Capital - Secretaría de Desarrollo Económico.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Andrés Felipe Trujillo Pérez, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2017-EE227901 del 17 de julio de 2017, mediante el cual la Jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Desarrollo Económico de Bogotá, negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre las partes y el correspondiente pago de las acreencias derivadas de ella.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó:

Declarar la existencia de la relación laboral entre el señor Andrés Felipe Trujillo Pérez y el Distrito Capital – Secretaría de Desarrollo Económico.

Declarar que los dineros pagados por la entidad a título de honorarios, tienen el carácter de salario.

Declarar que el tiempo de servicios prestados mediante contratos de prestación de servicios, tiene efectos salariales y prestacionales.

Declarar que la entidad demandada está obligada a realizar el registro de tiempo de servicio y factores salariales reconocidos y hacer los reportes correspondientes a las entidades de seguridad social.

Declarar que los dineros retenidos por concepto de retención en la fuente, tienen carácter laboral y por consiguiente la entidad está en la obligación de devolver las sumas retenidas por dicho concepto, a través del pago de honorarios en los contratos de prestación de servicios.

Condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar las prestaciones sociales que correspondan al cargo efectivamente ejercido, sin ningún tipo de descuentos ni retenciones.

Condenar a la entidad demandada a devolver los dineros destinados al pago de seguridad social.

Condenar a la entidad demandada a cancelar las sumas de dinero adeudadas de manera indexada.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 19 a 21):

1. El señor Trujillo Pérez, fue contratado por la entidad demandada para prestar sus servicios profesionales en los proyectos 685 y 716, como antropólogo en promoción social de la siguiente manera:

- 2012: Desde el 4 de septiembre de 2012 al 30 de enero de 2013, contrato 632 de 2012.
- 2013: Desde el 26 de marzo de 2013 hasta el 25 de septiembre de 2013, contrato No. 425 de 2013.

- 2015: Desde el 13 de noviembre de 2015 por el término de 8 meses, contrato No. 352 de 2015.
- 2. Las funciones entregadas al demandante, correspondían al objeto social de la entidad y fueron asignadas como obligaciones específicas del contratista, siendo actividades previstas en el manual de funciones de la planta de personal, las cuales no tenían el carácter de ocasionales ni temporales.
- 4. El señor Trujillo Pérez cumplió horarios asignados por la entidad.
- 5. La entidad demandada suministró los espacios físicos, equipos y elementos para el estricto cumplimiento del objeto contractual y ejerció supervisión del mismo.
- 6. El demandante cumplió órdenes en cuanto a modo, tiempo y lugar por parte de la entidad demandada, configurándose el elemento de la subordinación.
- 7. En cumplimiento de los contratos de prestación de servicios, el señor Trujillo Pérez percibió pagos mensuales a título de honorarios.
- 8. El servicio prestado por el actor, se realizó de manera personal y directa.
- 9. La entidad demandada no realizó pagos a seguridad social, correspondiéndole al actor realizar la afiliación y pago de aportes de manera independiente, durante el tiempo de prestación de servicios.
- 10. El 8 de junio de 2017, el demandante solicitó a la Secretaría de Desarrollo Económico Distrital, el reconocimiento de existencia de una relación laboral junto a las respectivas consecuencias prestacionales, petición que fue negada por la entidad.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, cita los artículos 1, 2, 4,13, 25, 29, 53, 83, 94, 95, 125, 209, 211 y 230 de la Constitución Política; Ley 4 de 1913, Ley 50 de 1990, Ley 489 de 1998. Ley 73.4 de 2002, Ley 909 de 2004, artículo 23 CST, Ley 50 de 1990, Ley 80 de 1993, Ley 100 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1429 de 2010, Ley 1437 de 2011, Ley 1474 de 2011, Ley 1607 de 2012, Decreto Ley 1732 de 1960, Decreto Ley 2400 de 1968,

Decreto Ley 2285 de 1968, Decreto Ley 3135 de 1968, Decreto Ley 1042 de 1978, Decreto Ley 1045 de 1978, Decreto Ley 451 de 1984, Decreto Ley 1421 de 1993, Decreto Ley 1737 de 1998, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1919 de 2002, Decreto 770 de 2005, Decreto 734 de 2012, Decreto 199 de 2014, Decreto 853 de 2012, Decreto 1029 de 2013, Decreto 1510 de 2013, Decreto 1999 de 2014, Decreto 1101 de 2015, Decreto 229 de 2016, Acuerdo 257 de 2006, Acuerdo 489 de 2012, Decreto 552 de 2006, Decreto 654 de 2011, Decreto 437 de 2016.

Al realizar un recuento y transcripción normativa, el apoderado del demandado indica que a través de la historia por motivos de organización en la administración pública, el gobierno nacional autorizó la contratación de expertos y consejeros técnicos; de ahí surgieron los contratos de prestación de servicios, los cuales se desarrollaron inicialmente por necesidades del servicio y actualmente son inspirados dentro del concepto de gerencia pública, la que dentro de un marco de garantía de la eficiencia y eficacia de la gestión, ha desnaturalizado el empleo público para convertirlo en privado a través de la contratación civil.

Sostiene, que con la justificación del cumplimiento del objeto social de la entidad y la insuficiencia de personal para su desarrollo, se ha sustituido el empleo público por dicho tipo de contratos, eludiendo el pago de las prestaciones sociales correspondientes y ocultando verdaderas relaciones laborales, es decir, configurándose el contrato realidad, consagrado constitucionalmente en el artículo 53 de la Carta Política, el cual se determina identificando los elementos establecidos por el artículo 23 del CST.

Manifiesta que a través de los mencionados contratos, el Estado contrata personas de tiempo completo, en tareas permanentes, misionales y públicas, idénticas a las desempeñadas por otros funcionarios de la misma entidad, negándoles las garantías que la ley otorga y evadiendo el pago mínimo de los derechos salariales y prestacionales, lo que se traduce en un proceder de mala fé, por lo cual se hace necesario el reconocimiento de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral.

Afirma que como se expuso en los fundamentos fácticos de la demanda, el señor Trujillo Pérez, cumplía funciones asignadas por la entidad accionada correspondientes a las de un cargo de carrera, por lo cual tiene derecho al régimen prestacional de

aquellos funcionarios, tales como prima de servicios, bonificación anual por servicios prestados, bonificación especial de recreación, prima de vacaciones, prima de navidad, vacaciones, cesantías anuales e intereses sobre las mismas.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Secretaría de Desarrollo Económico Distrital, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 112 a 128).

El apoderado de entidad, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Indicó que el demandante suscribió de manera libre y espontánea los contratos de prestación de servicios con la entidad, con el conocimiento previo y aceptación de las condiciones respecto al tipo de contratación, lo cual obedece a la especialidad de su trabajo, teniendo en cuenta que en la planta de personal no se cuenta con esa capacidad profesional.

Adujo que las órdenes de prestación de servicios con el actor, se fundaron en la necesidad de cumplir los fines del estado y las respectivas funciones, actividades y metas estaban establecidas con anterioridad a la firma del contrato.

Afirmó que el presente caso, no se configuran los elementos esenciales del contrato laboral, específicamente en lo referente a la subordinación, aspecto que debe ser demostrado por la parte demandante.

Resaltó que los honorarios percibidos por el actor, se hicieron para cubrir lo correspondiente a seguridad social, asumiendo de igual manera la obligación de rendir informes al supervisor del contrato para obtener el pago mensual de los mismos y por tanto al no configurarse los elementos del contrato de trabajo, no es dable acceder a lo solicitado por el demandante.

De otro lado, propuso las excepciones denominadas: "*Falta de causa del demandante*" la cual fue resuelta como falta de legitimación en la causa, en la etapa de excepciones de la audiencia inicial adelantada el 11 de abril de 2018; "*Ausencia de los presupuestos necesarios para la prosperidad de la acción*", al señalar que dentro del texto de la demanda, la parte actora no realizó un razonamiento serio y concreto respecto a la

vulneración, limitándose a mencionar una serie de disposiciones presuntamente violadas por la entidad demandada, sin probar la relación de causa y efecto entre la conducta de la demandada y la consecuencia producida en el demandante; "*Legalidad de los actos acusados*", en virtud a la presunción de legalidad de los actos administrativos como lo dispone el artículo 88 del CPACA, en el entendido de que la administración ha cumplido a cabalidad con la legalidad preestablecida para la expedición del acto; "*Prescripción*", respecto de cualquier derecho que se hubiere causado a favor del actor por el término de 3 años frente a una eventual prosperidad de las pretensiones, de conformidad a la jurisprudencia del Consejo de Estado y teniendo en cuenta que el actor no realizó reclamación por la totalidad de los contratos celebrados .

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 17 de agosto de 2018 (Fl. 180), el Despacho concedió a las partes el término de 10 días para allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, el apoderado de la parte actora estando dentro de la oportunidad legal presentó escrito de alegatos el 28 de agosto de 2018 (Fls. 182-194), en el que además de ratificar los hechos y pretensiones de la demanda, precisó los elementos y fundamentos jurídicos de la subordinación laboral, realizó un recuento del objeto de los contratos, las actividades y obligaciones entregadas al demandante, analizando la estructura administrativa de la entidad para concluir que las funciones establecidas en el manual de funciones para el cumplimiento de los objetivos de la entidad dentro de sus dependencias, se encuentran armonizadas con aquellas ejercidas por el demandante, así como también se evidencian mediante los certificados de pagos, los honorarios reconocidos como contraprestación a los servicios prestados.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada allegó escrito de alegatos dentro del término legal el 3 de septiembre de 2018 (Fls. 195 – 197), en el que afirmó que los contratos de prestación de servicios suscritos por el actor, se fundaron en la necesidad de su contratación para cumplir los fines del Estado, cumpliendo con las condiciones propias del mismo ya preestablecidas; señala que el actor no logró demostrar la existencia de una relación laboral, al no configurarse sus elementos esenciales. Agregó, que en el plenario quedó desvirtuada la afirmación de la parte actora respecto a unos contratos de trabajo celebrados en los años 2012 y 2013,

con la certificación expedida por el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación de la demandada, documento que no fue objeto de pronunciamiento por parte del extremo activo del proceso.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Las denominadas *“Ausencia de los presupuestos necesarios para la prosperidad de la acción”* y *“Legalidad de los actos acusados”*, encuentra el Despacho que tales consideraciones no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituye excepción de mérito alguna, pues la finalidad de ésta es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

Respecto de la denominada *“PRESCRIPCIÓN”*, encuentra el Despacho que si bien los argumentos refieren a que se declare la existencia del fenómeno jurídico de la prescripción extintiva, lo cierto es que el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda, en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, demandante: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), adujo que la misma se estudiará en la sentencia una vez se haya comprobado la existencia de la relación laboral.

Por lo anterior, este Despacho procederá a estudiar de fondo si la prescripción extintiva del derecho o el fenómeno jurídico de la caducidad se configuran en el asunto de la referencia, previo a verificar la existencia de la relación laboral del señor Andrés Felipe Trujillo Pérez con la Secretaría de Desarrollo Económico Distrital.

Finalmente, no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en esta etapa procesal.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial adelantada por este Despacho el 11 de abril de 2018 (Fls. 143 a 147), se fijó el litigio de la siguiente manera:

- ¿Es procedente la declaratoria de nulidad del Oficio No. 2017EE2279 del 17 de julio de 2017, mediante el cual la Secretaría de Desarrollo Económico, negó el reconocimiento y pago de las acreencias salariales y laborales y, en consecuencia, se declare la existencia de la relación laboral entre las partes y se paguen las diferencias prestacionales reclamadas por el actor durante el tiempo que prestó sus servicios personales en dicha entidad?

3. ACERVO PROBATORIO.

- PRUEBAS DOCUMENTALES

3.1. Copia simple del derecho de petición del 8 de junio de 2017 mediante el cual el señor Trujillo solicitó el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales como contraprestación de sus servicios y de las cotizaciones al sistema de seguridad social derivadas de los contratos de prestación de servicios (Fls. 4-7).

3.2. Copia simple de la solicitud de documentos (Fls. 8 – 11)

3.3. Copia simple del Oficio No. 2017EE2279 del 17 de julio de 2017, a través del cual la entidad niega la petición, suscrito por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico (Fls. 2-3).

3.4. Copia simple de la certificación de la Procuraduría General de la Nación, en la que se resuelve que los asuntos que versen sobre contratos realidad no son susceptibles de conciliación (Fls. 13 – 16).

3.5. Copia digital en C.D. de los documentos administrativos y contratos celebrados con la entidad demandada, pertenecientes al señor Trujillo Pérez (Fl. 97), el cual contiene:

3.5.1 Archivo del contrato 052 de 2015:

- Copia del estudio de contratación 052 de 2015 - Proyecto 716, de 6 de marzo a 6 de noviembre de 2015, por valor de \$28.000.000.oo (Pág. 1-14).
- Certificado de prestación de servicios expedido por el **Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá** – Contrato No. 632 de 2012, del 4 de septiembre de 2012 al 30 de enero de 2013 (Pág. 23)
- Certificado de prestación de servicios expedido por el **Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá** - Contrato No. 425 de 2012, del 26 de marzo de 2013 al 25 de septiembre de 2013 (Pág. 24).
- Copia del acta de inicio de ejecución del contrato No. 1040-2013 expedido por el **Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá**, del 15 de octubre de 2013 al 14 de abril de 2014 (Pág. 25).
- Copia del contrato de prestación de servicios No. 052 del 13 de marzo de 2015 a 12 de noviembre de 2015, suscrito por la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico por valor de \$28.000.000.oo (Pág. 42 - 43).
- Certificados de pago recibidos en periodos mensuales al 13 de marzo de 2015, por valor de \$3.500.000.oo (pág. 58, 68, 73, 80, 87, 94,99, 105)
- Informes de ejecución del contrato No. 052 de 2015, con el registro de actividades cumplidas y visto bueno del supervisor (Pág. 59 – 64; 69 – 72; 75 – 78; 81 – 84; 88 – 90; 95 – 97; 100 – 103; 106 - 116)).
- Pagos de planilla de seguridad social de trabajador independiente (Pág. 65-66, 74, 79, 86, 91, 98, 104, 117).
- Copia del certificado de afiliación a riesgos laborales realizado por la entidad (Pág. 67).

3.5.2 Archivo del contrato 342 de 2015:

- Copia del contrato de prestación de servicios No. 342 del 13 de noviembre de 2015 al 12 de junio de 2016, suscrito por la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico (Pág. 52 -54).
- Certificados de pago recibidos en periodos mensuales al 13 de marzo de 2015, por valor de \$3.500.000.oo (pág. 85, 91, 99, 104,113).

- Informes de ejecución del contrato No. 052 de 2015, con el registro de actividades cumplidas y visto bueno del supervisor (Pág.70 – 75; 78 – 82;86 – 89; 92 – 95; 100 – 102; 106 – 110; 114 – 117; 120 - 131).

- Pagos de planilla de seguridad social de trabajador independiente (Pág. 76,79, 90, 96, 103, 111, 118).

- Copia del certificado de afiliación a riesgos laborales realizado por la entidad (Pág. 69).

3.6. Copia del manual de funciones de los cargos de la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico – Resolución No. 001, en medio magnético (Fl. 155).

3.7. Certificado de vinculación y servicios prestados por el señor Trujillo Pérez a la Secretaría de Desarrollo Económico Distrital (Fls. 156 – 157).

3.8. Certificado de descuentos realizados con ocasión de los contratos de prestación de servicios (Fls. 158 – 161).

3.9. Certificado de Obligaciones Contractuales del señor Andrés Felipe Trujillo Pérez frente a las funciones de la planta de personal (Fl. 162).

3.10. Memorando expedido por la Oficina Jurídica de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., donde se informa que en el banco de datos del Distrito, no se encuentran registros correspondientes al proyecto de inversión No. 685 para los años 2012 y 2013.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

La Constitución de 1991 en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53¹ la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo, y determinó como principios fundamentales del derecho laboral entre otros la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos

¹ ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

(...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

Igualmente, en el Capítulo II ibídem, de la función pública, consagró en sus artículos 122 y 125 lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...)”

“Art. 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)”.

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstos 5 clases de empleos públicos a saber: a) los empleados públicos de carrera administrativa: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral, c) los servidores vinculados por elección popular, d) los empleados de libre nombramiento y remoción y e) la categoría residual que depende de la denominación que le de la Constitución y la Ley.

En ese orden de ideas, todas las necesidades que va creando la sociedad dentro de sus relaciones interpersonales deben ser provistas por las entidades administrativas a través de los diferentes empleos públicos creados por el Estado para cumplir en mayor medida los principios de la función pública.

Es por esto, que el artículo 125 y 209 de la Constitución Política establecen como pilar fundamental del Estado Colombiano la carrera administrativa ya que a través de esta se garantiza que la función pública sea prestada por personas calificadas que ingresan a las entidades a través del mérito en igualdad de condiciones y conforme a los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia. En ese orden de ideas, el ideal es que por regla general los servicios prestados por el Estado, sean realizados por servidores públicos que ocupen empleos de carrera administrativa.

Ahora bien, pueden existir momentos en los cuales el personal de carrera

administrativa resulte insuficiente para atender todas las necesidades que va creando la sociedad, por lo cual el Estado debe buscar mecanismos que le permitan atender en el menor tiempo posible cada una de esas contingencias.

Por ende, en caso de que los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios se desfiguren, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

Por su parte, en tratándose de contratos de prestación de servicios celebrados por las Empresas Sociales del Estado la Ley 100 de 1993, consagró en sus artículos 194 y 195 lo siguiente:

*"ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las **Empresas Sociales del Estado**, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.*

ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.

(...)" (Negrilla fuera de texto).

De la anterior normativa, se colige que los asuntos contractuales se enmarcan en el régimen privado consagrado en el Código Civil, que si bien, no establece específicamente el contrato de prestación de servicios, si dispone en su artículo 1973 el contrato de arrendamiento, en virtud del cual *"dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado"*.

A su vez, el contrato de prestación de servicios, objeto del litigio, está definido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de la siguiente manera:

"3o. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.²

De conformidad al precedente normativo, son dos las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios, a saber: i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, lo cuales se deben celebrar por el término estrictamente indispensable. No obstante lo anterior, el contrato de prestación de servicios no puede ser utilizado por las entidades administrativas para ocultar verdaderas relaciones de trabajo.

Al respecto, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, señalaron que se encuentra taxativamente prohibido que las entidades estatales recurran al contrato de prestaciones de servicios para ejercer funciones permanentes, disposiciones normativas que fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-614 de 2009 en la cual dicho alto tribunal fue claro al determinar que las funciones permanentes designadas por la Ley y Reglamento las deben ejercer el personal de planta de la entidad que ingresaron a través del sistema de carrera administrativa, esto para evitar que se escondan verdaderas relaciones laborales y se desnaturalice el contrato de prestación de servicios establecido en la Ley 80 de 1993.

Por ello, el artículo 48 numeral 29 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), señala como falta gravísima celebrar contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista.

² Las expresiones subrayadas fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

Ahora bien, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

"ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen."

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presentan los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva y la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.

En tal sentido, en caso que se compruebe que en un contrato de prestación de servicios concurren esos tres elementos, el trabajador tendrá derecho a que se paguen las prestaciones sociales y demás derechos salariales que se dejaron de percibir.

Respecto a las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, la Corte Constitucional en sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, con ponencia del magistrado Dr. Hernando Herrera Vergara, señaló:

"(...)

El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial

contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad, para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En

cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disimiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo." (Negritas fuera del texto).

En la parte resolutive dispuso:

"Declarar EXEQUIBLES las expresiones 'no puedan realizarse con personal de planta o' y 'En ningún caso generan relación laboral ni prestaciones sociales' contenidas en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, 'salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada".

En virtud del contexto jurisprudencial que antecede, se resalta que el elemento que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios es la subordinación o dependencia, caso en el cual si se demuestra que el mismo concurre hay lugar al pago de las prestaciones sociales.

Ahora bien, el Consejo de Estado en reiterados pronunciamiento ha indicado que la continuada subordinación, prestación personal del servicio y remuneración como contraprestación, desvirtúan el contrato estatal de prestación de servicios, en consideración a que se está ante la existencia de una relación laboral y por ende se deben reconocer y pagar las prestaciones sociales, sin que ello signifique que el

contratista adquiriera la calidad de empleado público dado que como se indicó sólo existen 5 formas en las cuales una persona se puede vincular con el Estado.

Lo anterior, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, lo que conlleva al amparo de los derechos mínimos de los trabajadores y a garantizar primordialmente el derecho a la igualdad.

En tal sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter, expediente con radicado interno No. 0088-15, demandante: Lucinda María Cordero Causil, demandado: Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba), en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, discurrió:

(...)

De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado "contrato realidad" aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

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.”
(Negrillas fuera de texto).

De conformidad al precedente jurisprudencial, al demostrar la existencia de los requisitos referidos se supera toda duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de los empleados de planta, evitándose de esta manera que se siga ocultando la naturaleza real de la actividad laboral bajo un contrato de prestación de servicios.

2. CASO CONCRETO.

Sea lo primero aclarar que los contratos que alude la parte demandante en los hechos de la demanda (fl. 19), relacionados con los contratos de prestación de servicios por los periodos 4 de septiembre de 2012 al 30 de enero de 2013; y del 26 de marzo al 25 de septiembre de 2013, fueron celebrados con el Fondo de Seguridad y Vigilancia de Bogotá.

El Fondo de Vigilancia y Seguridad fue creado mediante el Acuerdo 9 de 1980 y reestructurado por el Acuerdo 28 de 1992. Es un establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito a la Secretaría de Gobierno, así:

Artículo 1º.- Naturaleza. El Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santa Fe de Bogotá, D.C., antiguo Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá, D.E., es un establecimiento Público del orden distrital, con Personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito a la Secretaría de Gobierno. El Fondo podrá utilizar la sigla F.V.S.

Artículo 2º.- Objetivo. Con cargo a los recursos del Fondo de Vigilancia y Seguridad se adquirirán bienes de servicios que las autoridades competentes requieran para garantizar la seguridad y la protección de todos los habitantes del Distrito Capital.

Así las cosas, se tiene que los contratos celebrados por el demandante en los años 2012 y 2013, corresponden a una entidad diferente a la que se encuentra como parte pasiva en el presente medio de control, esto es, Bogotá D.C. – Secretaría de Desarrollo Económico.

De manera que, el Despacho se relevará del estudio de los contratos celebrados entre el señor Andrés Felipe Trujillo Pérez y el Fondo Pasivo de Vigilancia y

Seguridad de Bogotá, así como frente a la presunta prescripción frente a los mismos.

Aclarado lo anterior, en el asunto de la referencia el señor Andrés Felipe Trujillo Pérez, a través de apoderado judicial, deprecó la nulidad del acto administrativo contenido en Oficio No. 2017-EE227901 del 17 de julio de 2017, mediante el cual la Secretaría de Desarrollo Económico Distrital, negó la existencia de una relación laboral y como consecuencia negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

En ese sentido, para establecer si el actor tiene derecho a lo pretendido es menester corroborar si en los contratos de prestación de servicios celebrados con el hoy demandante se acredita o no la existencia de los tres elementos de la relación laboral y en caso de demostrarse que existió una relación de subordinación o dependencia, habría lugar a ordenar el reconocimiento de las prestaciones sociales a favor del contratista en virtud del artículo 53 de la Constitución Política³, situación en la cual quedaría desvirtuada la existencia de un contrato de prestación de servicios.

Se reitera entonces, que los elementos esenciales del contrato de trabajo son:

- a. La prestación personal del servicio por parte del trabajador;
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, quien tiene la facultad 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; y
- c. La remuneración como contraprestación del servicio.

Entonces se procede a estudiar en el presente asunto los referidos elementos de la siguiente manera:

- De la prestación personal del servicio

³ Establece el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, en aras de proteger los derechos mínimos de las personas, contemplados en normas que regulan la materia y garantizar el derecho a la igualdad.

Se encuentra acreditado dentro del proceso que la demandante prestó sus servicios a la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico Distrital, a través de la suscripción de dos contratos de prestación de servicios, los cuales se relacionan a continuación, según certificación que obra a folios 156 y 157 del plenario:

CONTRATO	TERMINO DE DURACIÓN	ADICIÓN O PRÓRROGA
052 de 2015	Desde el 13 de marzo de 2015 hasta el 12 de noviembre de 2015.	NO
342 de 2015	Desde el 13 de noviembre de 2015 hasta 12 de junio de 2016.	NO

De lo anteriormente relacionado se tiene que el actor desarrolló actividades en la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, durante aproximadamente 15 meses de manera ininterrumpida mediante contratos de prestación de servicios.

- Remuneración

En el certificado expedido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico (fls. 156 - 157), se indica que la entidad demandada *"pagará el valor del presente contrato en pagos iguales por valor de tres millones quinientos mil pesos (\$3,500,000) m/cte, cada uno a razón de mes vencido, o proporcionalmente por fracción de mes"*, para cada uno de los contratos 052-2015 y 342-2015, respectivamente, por lo que se tiene probado el referido elemento.

- Subordinación o dependencia del trabajador

La Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000, definió la subordinación *"como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa (...)*.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el

empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél (...)".

A su vez, el máximo Tribunal Constitucional en sentencia C-665 de 1998, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, manifestó que el elemento esencial, tipificador y diferencial del contrato de trabajo es la subordinación, teniendo en cuenta que *"No pueden darse relaciones de trabajo sin un poder de dirección y un deber de obediencia, es decir sin aquél elemento de subordinación en el cual justamente los juristas ven la señal inconfundible del contrato de trabajo"*.

Respecto a este requisito, igualmente el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha señalado que es primordial la configuración de la subordinación, por ser el pilar que esclarece la existencia de la relación laboral que se mantenía oculta bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios.

En ese sentido, la figura jurídica de la subordinación atañe a la facultad que tiene el empleador para impartir órdenes al trabajador que condicionan la prestación del servicio, atinentes al desempeño de las funciones del empleado.

Contario sensu a la subordinación o dependencia están las condiciones de autonomía e independencia para la ejecución del contrato que son facultades propias y consustanciales de los contratos de prestación de servicios.

Por otra parte, como se advirtió en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente providencia el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, señaló que le corresponde a la parte actora demostrar que la labor que prestó bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios es inherente y permanente a la entidad y que en criterio de igualdad debe demostrar que ejerció las mismas funciones que un empleado de planta cuyo vínculo es legal y reglamentario.

Bajo los anteriores supuestos, el Despacho con base en el material probatorio entrará a determinar si en el asunto existió continua subordinación por parte de la entidad accionada y si dicho sujeto procesal realizó tareas de carácter permanente propias de la naturaleza de la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, por fuera de los términos señalados en la Ley 80 de 1993.

La Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, de conformidad con lo expuesto en el artículo 1º del Decreto 552 de 2006 y el artículo 75 del Acuerdo 257 del 30 de noviembre de 2006, es una entidad administrativa del sector central que goza de autonomía administrativa y financiera que tiene por objeto orientar y liderar la formulación de políticas de desarrollo económico de las actividades comerciales, empresariales y de turismo del Distrito Capital, que conlleve a la creación o revitalización de empresas, a la generación de empleo y de nuevos ingresos para los ciudadanos y ciudadanas en el Distrito Capital.

De conformidad con lo anterior y el artículo 3 del Decreto 552 de 2006, la Secretaría de Gobierno es la encargada de cumplir las siguientes funciones:

- a. Formular, orientar y coordinar las políticas, planes, programas y proyectos en materia de desarrollo económico y social de Bogotá relacionados con el desarrollo de los sectores productivos de bienes y servicios en un marco de competitividad y de integración creciente de la actividad económica;
- b. Liderar la política de competitividad regional, la internacionalización de las actividades económicas, las relaciones estratégicas entre los sectores público y privado y la asociatividad de las distintas unidades productivas;
- c. Formular, orientar y coordinar las políticas para la generación de empleo digno e ingresos justos, y estímulo y apoyo al emprendimiento económico y al desarrollo de competencias laborales. En este sentido, participará en la elaboración y ejecución de la política de generación de empleo y la competitividad de las personas discapacitadas;
- d. Coordinar con las autoridades competentes la formulación, ejecución y evaluación de las políticas, planes, programas y estrategias en materia de desarrollo económico sostenible tanto urbano como rural, en los sectores industrial, agropecuario, de comercio y de abastecimiento de bienes y servicios y de turismo de pequeña y gran escala;
- e. Formular, orientar y coordinar las políticas, planes y programas para la promoción del turismo y el posicionamiento del Distrito Capital como destino turístico sostenible, fomentando la industria del turismo y promoviendo la incorporación del manejo ambiental en los proyectos turísticos;
- f. Coordinar con los municipios aledaños, dentro de lo que se considera Bogotá Ciudad Región, la elaboración de planes, programas y en general todo lo atinente a las políticas del sector Turismo;
- g. Coordinar con las autoridades competentes la formulación, ejecución y evaluación de las políticas, planes, programas y estrategias en materia de abastecimiento de alimentos y seguridad alimentaria, promoviendo la participación de las organizaciones campesinas y de tenderos;

- h. Formular, orientar y coordinar la política de incentivos a la inversión nacional y extranjera;
- i. Formular, orientar y coordinar la política para la creación de instrumentos que permitan el incremento y la mejora de competencias y capacidades para la generación de ingresos en el sector informal de la economía de la ciudad, con miras a facilitar su inclusión en la vida económica, el desarrollo de condiciones que les garanticen su autonomía económica y el mejoramiento progresivo del nivel de vida;
- j. Formular, orientar y coordinar políticas de incentivos para propiciar y consolidar la asociación productiva y solidaria de los grupos económicamente excluidos;
- k. Coordinar conjuntamente con la Secretaría de Planeación, la articulación del Distrito Capital con el ámbito regional para la formulación de políticas y planes de desarrollo conjuntos, procurando un equilibrio entre los aspectos económicos y medio ambiente inherentes a la región;
- l. Formular, orientar y coordinar políticas para el desarrollo de microempresas, famiempresas, empresas asociativas y pequeña y mediana empresa;
- m. Desarrollar y estructurar estrategias conducentes a la bancarización de la población en situación de pobreza y vulnerabilidad, que faciliten y democratizen el acceso al crédito;
- n. Formular y coordinar políticas para propiciar la realización de convenios con organizaciones populares y de economía solidaria que implementen proyectos productivos y de generación de empleo;
- o. Coordinar con la entidad competente, la implementación de las estrategias de cooperación y asistencia técnica de carácter internacional dirigidas a mejorar los niveles de competitividad y la generación de economías de escala;
- p. Formular y orientar la política de ciencia, tecnología e innovación del Distrito Capital, en coordinación con las Secretarías Distritales de Planeación y de Educación;
- q. Las demás que le sean asignadas en el ámbito de su competencia".

Para época en que el demandante celebró los contratos de prestación de servicios, la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, para cumplir sus funciones, contaba con las siguientes dependencias: **DESPACHO SECRETARIA: Oficina Asesora de Planeación, Oficina Asesora Jurídica. SUBSECRETARÍA DE DESARROLLO ECONÓMICO Y DE CONTROL DISCIPLINARIO. DIRECCIÓN DE COMPETITIVIDAD DE BOGOTÁ REGIÓN: Subdirección de Ciencia, Tecnología e Innovación, Subdirección de Exportaciones. DIRECCIÓN DE FORMACIÓN Y DESARROLLO EMPRESARIAL: Subdirección de Emprendimiento, Subdirección de Formación y Capacitación, Subdirección de Intermediación de Mercados, Subdirección de Financiamiento. DIRECCIÓN DE ESTUDIOS SOCIOECONÓMICOS y REGULATORIOS: Subdirección de Estudios Estratégicos,**

Subdirección de Regulación e Incentivos, Subdirección de Evaluación y Seguimiento. DIRECCIÓN ECONOMÍA RURAL Y ABASTECIMIENTO ALIMENTARIO: **Subdirección de Desarrollo Socioeconómico**, Subdirección de Abastecimiento Alimentario. DIRECCIÓN DE GESTIÓN CORPORATIVA: Subdirección Administrativa, Subdirección de Informática y Sistemas⁴.

El Despacho encuentra como antecedentes, que la entidad demandada anterior a la suscripción de los contratos de prestación de servicios del asunto, expidió certificados de no existencia de personal (fl.97 medio magnético) y justificó en sus estudios previos la necesidad de contratar para el desarrollo del contrato 052-2015, personal externo que cumpliera con el apoyo al proyecto 716, a cargo de la Dirección de Formación y Desarrollo Empresarial, y posteriormente para el contrato 342-2015 el apoyo a la Oficina Asesora de Planeación y la Subdirección de Desarrollo Socioeconómico, frente a la implementación del proyecto de enfoque de género y diferencial de las políticas públicas de la entidad, en especial el proyecto agrario de Sustentabilidad Campesina Distrital.

Después de valorar la documental incorporada al proceso se demuestra que efectivamente entre el demandante y la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico se suscribió el contrato de prestación de servicios No. 052-2015, cuyo objeto fue *"PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES PARA APOYAR EL DESARROLLO DEL PROYECTO 716 EN LOS TERRITORIOS DE BOGOTÁ EN EL MARCO DEL FORTALECIMIENTO DE LA ECONOMÍA POPULAR"* desde el 13 de marzo de 2015 hasta el 12 de noviembre de 2015 (fl. 156).

Como obligaciones contractuales a cargo del contratista se pactaron las siguientes:

- 1.-Apoyar el trabajo de identificación de iniciativas de emprendimiento local y aplicación en campo de los formatos de visitas y plan de negocios de las iniciativas de emprendimiento identificadas.
- 2.-Formular y viabilizar los planes de negocios de las iniciativas de emprendimiento identificadas.
- 3.-Apoyar en la elaboración de informes requeridos en el proyecto de inversión.
- 4.-Acompañar las iniciativas de emprendimiento locales en sus diferentes fases.

⁴ Artículo 1° del Decreto Distrital 375 de 2010

5.-Apoyar a la SDDE en las demás actividades relacionadas con el cumplimiento del objeto del contrato.

Luego del vencimiento del anterior contrato, entre el demandante y la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico se suscribió el contrato de prestación de servicios No. 342-2015, cuyo objeto fue *"PRESTAR LOS SERVICIOS PROFESIONALES PARA APOYAR DESDE EL ÁMBITO DISTRITAL, LA IMPLEMENTACIÓN DEL ENFOQUE DE GÉNERO Y DIFERENCIAL DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS POBLACIONALES, EN LOS PROGRAMAS Y PROYECTOS DE LA SECRETARÍA DISTRITAL DE DESARROLLO ECONÓMICO, EN ESPECIAL EL PROYECTO AGRARIO DE SUSTENTABILIDAD CAMPESINA DISTRITAL"* desde el 13 de noviembre de 2015 hasta el 12 de junio de 2016 (fl. 156 vto.).

Frente a este último contrato se pactaron las siguientes obligaciones:

- 1.-Asistir a las comisiones, mesas y consejos de la política pública para la población Afrodescendiente y la Política Pública para los Pueblos Indígenas en Bogotá y en todas aquellas que se le requiera, donde tenga asiento la Secretaria Distrital de Desarrollo Económico.
- 2.-Realizar un informe en el formato matriz de cada reunión asistida con el fin de socializar y gestionar los compromisos allí asumidos con las diferentes dependencias y entidades del sector, que debe ser presentado al supervisor máximo cinco días después de cada reunión.
- 3.-Acompañar a las dependencias de la SDDE en la incorporación gradual de la estrategia de enfoque diferencial en sus proyectos, liderando la puesta en marcha de un proceso de sensibilización y conocimiento de las poblaciones como sujetos de la intervención de las acciones de la entidad, en el marco de la implementación de las políticas públicas con el apoyo de la oficina de comunicaciones y otras áreas relacionadas.
- 4.- Diseñar, hacer seguimiento y evaluar un Plan de Trabajo de la entidad en concordancia con el plan de acción de las políticas públicas asignadas.
- 5.-Gestionar la coordinación interinstitucional del sector desarrollo económico, industria y turismo para facilitar la articulación de programas y proyectos en cumplimiento de las políticas públicas.
- 6.-Apoyar en campo a la Subdirección d Desarrollo Socioeconómico, con el cumplimiento de la meta de alternativas productivas, de manera que se logre

promoción de las mismas para la vinculación de jóvenes y mujeres, como una fuente de ingreso de estas poblaciones.

7.-Realizar las demás actividades asignadas por la Subdirección de Desarrollo Socioeconómico – Oficina Asesora de Planeación, relacionadas con el objeto contractual del contrato.

En cuanto a la aseveración que hace la parte demandante de que las tareas entregadas al contratista hacen parte del objeto social de la entidad, para lo cual existe una planta de personal, es del caso traer a colación la certificación expedida por el Subdirector Administrativo y Financiero de la Secretaría de Desarrollo Económico, donde aclara que las obligaciones pactadas con el actor, no se encuentran previstas en la Resolución 01 de 2007, a saber (fl.162):

“Una vez verificadas las obligaciones contractuales pactadas con el señor Andrés Felipe Trujillo Pérez, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 81.740.7836 de Fusagasugá, en el marco de los contratos de prestación de servicios NO. 052 de 2015 y 342 de 2015, es posible determinar que las mismas no se encuentran incluidas dentro del manual específico de funciones y competencias de los cargos de la Secretaría de Desarrollo Económico vigente para dicha época (Resolución 001 de 2007), motivo por el cual las obligaciones desempeñadas por el contratista no era posible que fuesen desempeñadas por algún empleado de planta de la Entidad”.

De lo expuesto hasta el momento, se establece que la entidad demandada tiene por objeto orientar y liderar la formulación de políticas de desarrollo económico de las actividades comerciales, empresariales y de turismo, que conlleve a la creación o revitalización de empresas, a la generación de empleo y de nuevos ingresos para los ciudadanos y ciudadanas en el Distrito Capital; no obstante, de la lectura de los objetos contractuales se colige que **con ellos se buscaba un apoyo transitorio** a la gestión de la entidad, especialmente para fortalecer procesos de carácter temporal, tales como apoyar el desarrollo del proyecto 716 para el fortalecimiento de la economía popular, con el primer contrato, y con el segundo apoyar la implementación del enfoque de género y diferencial de las políticas públicas en especial el proyecto agrario de sustentabilidad campesina Distrital.

Adicionalmente, la prestación del servicio profesional contratado no tuvo vocación de permanencia, porque la duración del contrato 052-2015 fue de ocho meses (13 de marzo al 12 de noviembre de 2015) y no se presentaron renovaciones, prórrogas o vinculaciones sucesivas para el mismo objeto con el contratista que demuestre la

necesidad de la entidad de mantener una persona que desarrolle el objeto del contrato de prestación de servicios.

Igual circunstancia ocurrió con el contrato 342-2015 donde el mismo no superó los 7 meses (13 de noviembre de 2015 al 12 de junio de 2016), y no se presentaron renovaciones, prórrogas o adiciones; con todo, a pesar de que este último inició al día siguiente al de la finalización del contrato 052-2015, los objetos y obligaciones contractuales eran disimiles, pues **no hay continuidad en las tareas** realizadas por el demandante, tal como se corrobora en la transcripción hecha en líneas anteriores de las obligaciones contractuales a cargo del contratista.

Bajo las anteriores premisas, se encuentra ajustado a realidad que la entidad demandada anterior a la suscripción de los contratos de prestación de servicios del asunto, expidiera certificados de no existencia de personal (fl.97 medio magnético) y que justificara en sus estudios previos la necesidad de contratar, pues insiste el Despacho en que **cada uno de los contratos se caracterizó por la temporalidad**, tanto así que no se presentó prórroga o adición para ninguno, toda vez que, como se anotó anteriormente el contrato 342-2015 (segundo contrato) tenía por objeto apoyar un proyecto diferente al del contrato 052-2015.

En cuanto al horario en el cual el accionante realizaba sus labores, el Despacho considera que no aportaron documentales en las que se verifique que el actor cumplió horario, turnos o jornadas, puesto que no se arrimaron planillas, marcaciones de ingreso y salida, o llamados de atención por horario; independientemente que las actividades realizadas por el contratista con la comunidad se hicieran en horario diurno ordinario.

Tampoco se logró demostrar que el accionante tuviera un vínculo de subordinación con la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, pues de una parte, al proceso únicamente se allegaron los informes ejecutivos presentados por este al supervisor del contrato (fls 97 medio magnético) para obtener el pago respectivo, sin que con ello se compruebe algo diferente a la obligación del contratista de dar a conocer a la entidad la forma como se desarrolla el contrato.

Por todo lo expuesto, concluye el Despacho que entre el señor Andrés Felipe Trujillo Pérez y la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, existieron dos contratos de prestación de servicios según los términos de la Ley 80 de 1993, sin que haya lugar a declarar una relación laboral distinta en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades dado a que no se encuentra probado que haya existido subordinación jurídica por fuera de la coordinación propia del objeto de los contratos.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo considerado en este fallo.

SEGUNDO: Sin lugar a Costas en esta instancia.

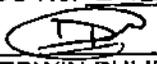
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Hoy 11 de octubre de 2018 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. 075.


DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO
Secretario



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 110013342-052-2017-00409-00
Demandante: LUZ MERY CUERVO OVIEDO
Demandado: NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –
Reliquidación pensional

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por la señora Luz Mery Cuervo Oviedo en contra de la Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Dirección General de Sanidad Militar.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la señora Luz Mery Cuervo Oviedo, actuando por intermedio de apoderada judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 00249 del 20 de febrero de 2008, mediante la cual se reconoció una pensión de jubilación a la parte actora.

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. OFI 17-5456 MDNSGDAGPSAP del 27 de enero de 2017, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación con la inclusión de las partidas computables establecidas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Dirección General de Sanidad Militar, a:

Reliquidar y pagar la pensión de jubilación con la inclusión de las partidas computables establecidas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, a saber: prima de servicios y prima de actividad.

Cancelar el retroactivo desde la fecha en que la actora obtuvo el derecho pensional hasta la fecha de su pago efectivo.

Pagar la pensión de jubilación con las partidas antes mencionadas, debidamente actualizadas hacia el futuro y hasta que se extinga el derecho.

Condenar a la demandada al pago de gastos y costas procesales, así como agencias en derecho.

Cumplir la sentencia que ponga fin al presente asunto en los términos del artículo 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 99-102):

La parte actora prestó sus servicios al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares desde el 13 de julio de 1992 y posteriormente se incorporó a la Dirección de Sanidad Militar hasta el 3 de junio de 2007.

Mediante Resolución No. 00249 del 20 de febrero de 2008, la entidad demandada le reconoció pensión de jubilación a la parte actora, sin tener en cuenta las partidas computables establecidas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990.

El demandante presentó escrito en ejercicio del derecho de petición ante la entidad demandada el 19 de enero de 2017, a través del cual solicitó la reliquidación de su pensión con la inclusión de todas las partidas computables establecidas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990.

Mediante el Oficio No. OFI 17-5456 MDNSGDAGPSAP del 27 de enero de 2017, la entidad demandada negó la anterior solicitud.

La parte actora agotó ante la Procuraduría 193 Judicial II Para Asuntos Administrativos el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Invocó como normas que fundamentan la presente demanda, los artículos 1, 2, 4, 38 y 57 del Decreto 1214 de 1990; artículos 1, 35, 36, 87 y 88 del Decreto 1301 de 1994; la Ley 352 de 1997; los artículos 2 y 3 del Decreto 3062 de 1997; los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 005 de 1998; los artículos 1, 3, 7, 10, 111 y 114 del Decreto 1792 del 2000; los artículos 1, 2, 3, 21 y 23 del Decreto 092 de 2007 y el Decreto 2727 de 2010.

Señaló, que la entidad demandada al negar la reliquidación pensional con la inclusión de los factores salariales establecidos en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, está vulnerando el derecho fundamental a la igualdad, en consideración a que fue voluntad del legislador y del ejecutivo en el marco de sus competencias, establecer un régimen prestacional diferente para el personal de sanidad vinculado a la Institución con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Adujo que la entidad demandada con la decisión tomada contraria el principio de favorabilidad, teniendo en cuenta que se vale de una interpretación amañada de las diferentes disposiciones que rigen para el personal civil de la Dirección de Sanidad del Ministerio de Defensa.

De otro lado, afirma que en asunto de la referencia concurren los cargos de:

- (i) Violación de norma superior: Al afirmar que la respuesta de la entidad demandada no está soportada en la indicación precisa de normas de función pública.

Además, precisó que es incorrecta la aplicación a la situación de la parte actora del régimen establecido en el Decreto 2701 de 1988, toda vez que el mismo rige para los empleados públicos y trabajadores oficiales de entidades

descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales o comerciales del estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa.

Argumentó que la norma salvaguardó los derechos adquiridos del personal vinculado con anterioridad a la Ley 100 de 1993, por ende se deben respetar las disposiciones contenidas en el título VI del Decreto 1214 de 1990.

Manifestó que no es aceptable que la entidad argumente que la liquidación de la prestación de la actora efectuada con base en la Ley 1033 de 2006, goza de legalidad, en consideración a que para la fecha de su expedición la demandante ya ostentaba su calidad de pensionada, puesto que su derecho pensional fue reconocido en el año 2005.

(ii) Falsa motivación del acto demandado: Toda vez que la entidad demandada basó la negativa de su respuesta en el Decreto 2701 de 1988, siendo que el mismo no resulta aplicable a la situación de la parte actora, por cuanto ingresó al sector central de la entidad bajo los parámetros del Decreto 1214 de 1990, régimen prestacional que se mantuvo hasta que se efectuó el retiro del servicio.

Finalmente, resaltó que la falsa motivación también se presenta en el hecho de que la entidad afirme que la pensión se reconoció con las partidas computables reportadas en la hoja de servicios, sin que ello sea cierto, puesto que en la misma se encuentra como partida la prima de servicios, factor que fue omitido al momento de liquidar la pensión de jubilación de la actora.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Fuerza Aérea Colombiana contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fis. 77 a 86).

El apoderado de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional –Fuerza Aérea Colombiana, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Señaló que el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional es autónomo y se rige únicamente por las disposiciones contenidas en la Ley 352 de

1997, que en su artículo 55 estableció que el personal civil vinculado con anterioridad a la Ley 100 de 1993, tiene derecho a que aplique el Decreto 1214 de 1990.

Afirmó que la demandante ingresó a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional desde el 13 de julio de 1993, por lo tanto se aplica en su integridad el Decreto 1214 de 1990, el cual no contempla las partidas que solicita se computen en la pensión de jubilación que percibe.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 24 de agosto, notificada por estado del 27 de agosto del año en curso (Fl. 225), se concedió el término de 10 días para que las partes allegaran sus alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, la apoderada de la parte actora radicó dentro del término legal escrito el 31 de agosto de 2018, mediante el cual indicó que se encuentra demostrado que la demandante ingresó al sector central del Ejército Nacional el 13 de julio de 1992, esto es, con anterioridad a la Ley 100 de 1993, por lo tanto, mantuvo su régimen prestacional contenido en el Decreto 1214 de 1990, de conformidad a lo dispuesto en el Decreto 1301 de 1994.

Así las cosas, argumentó que la actora percibió la prima de actividad desde el ingreso a la entidad hasta el mes de febrero de 1996, circunstancia que le permite afirmar que fue arrebatada de su salario, caso que no ocurre frente a su régimen prestacional, puesto que de conformidad a la voluntad del legislador, tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación con la inclusión de partidas adicionales y que se encuentran consagradas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990.

Por su parte, estando en la oportunidad legal la apoderada de entidad demandada allegó escrito de alegatos el 5 de septiembre de 2018, mediante el cual solicitó negar las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que la actora pretende que se liquide la pensión de jubilación con la inclusión de la prima de actividad y prima de servicios, sin que hayan sido percibidas en actividad.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo por este Despacho el 27 de junio de 2018 (Fls. 214 a 216), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en establecer:

- ¿Le asiste derecho a la parte demandante a que su pensión de jubilación sea reliquidada o no por la entidad demandada, teniendo en cuenta las partidas computables contempladas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990?

2. ACERVO PROBATORIO.

2.1. Copia simple de la Resolución No. 00249 del 20 de febrero de 2008, mediante la cual el Ministerio de Defensa Nacional reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de jubilación a la señora Luz Mery Cuervo de Oviedo a partir del 3 de septiembre de 2007, en cuantía de \$1.243.706 (Fls. 2-3).

2.2. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 19 de enero de 2017, mediante el cual solicitó la reliquidación de la pensión de jubilación con la inclusión de las partidas computables establecidas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, a saber: prima de servicios y prima de actividad (Fl. 4).

2.3. Copia simple del Oficio No. OF117-5456 del 27 de enero de 2017, a través del cual la entidad demandada negó la anterior solicitud (Fls.5-6).

2.4. Certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Talento Humano de la Dirección General de Sanidad Militar del Ministerio de Defensa el 13 de febrero de

2017, mediante la cual indica que la actora ingresó a prestar sus servicios a la entidad desde el 13 de julio de 1992 hasta el 3 de septiembre de 2007 (Fl. 7).

2.5. Copia simple de la Hoja de Servicios de la actora del 30 de noviembre de 2007, en la que se indican los servicios prestados en la entidad demandada (Fl. 8).

2.6. Solicitud de conciliación prejudicial radicada en la Procuraduría General de la Nación el 12 de junio de 2017 (Fls. 9).

2.7. Constancia de conciliación extrajudicial adelantada ante la Procuraduría 193 Judicial I para Asuntos Administrativos (Fl. 10).

2.8. Copia simple de la cédula de ciudadanía de la señora Luz Mery Cuervo de Oviedo (Fl. 98).

2.9. Copia simple del expediente prestacional de la señora Luz Mery Cuervo Oviedo (Fls. 195-213).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis de la pensión de jubilación para el personal no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional.

- DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA

El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1983 expidió el Decreto 2247 de 11 de septiembre de 1984, "*Por el cual se modifica el Estatuto de Personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional*", que consagró el reconocimiento de la pensión de jubilación para los destinatarios de la norma.

Seguidamente, en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1214 de 1990, "*Por el cual se reforma*

el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional", el cual contempló:

“ARTÍCULO 1º APLICABILIDAD. *El presente Decreto regula la administración del personal civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y en la Justicia Penal Militar y su Ministerio Público.*

ARTÍCULO 2º PERSONAL CIVIL. *Integran el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, las personas naturales que presten sus servicios en el Despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional.*

En consecuencia, las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las unidades administrativas especiales, adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa, no tienen la condición de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y se regirán por las normas orgánicas y estatutarias propias de cada organismo.

ARTÍCULO 3º CLASIFICACION. *El personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional se clasifica en empleados públicos y trabajadores oficiales.*

ARTÍCULO 4º EMPLEADO PÚBLICO. *Denominase empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, la persona natural a quien legalmente se le nombre para desempeñar un cargo previsto en las respectivas plantas de personal del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y tome posesión del mismo, sea cual fuere la remuneración que le corresponda.”.*

Posteriormente, con la promulgación de la Constitución Política de 1991 en su artículo 150 estableció que le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas dictar normas generales a las cuales debe sujetarse el gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

A su vez, en el numeral 11 del artículo 189 del mandato constitucional se dispuso que corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa “Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de la leyes”.

Además, los artículos 217 y 218 de la Carta Política indican que la ley determinará los derechos y obligaciones así como el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y el cuerpo de Policía.

Sistema de salud de la Fuerzas Militares y de Policía. Régimen de personal.

El artículo 248 de la Ley 100 de 1993 "*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*", otorgó facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para que en el término de seis meses organizara el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía y al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, en lo atinente a: i) organización estructural; ii) niveles de atención médica y grados de complejidad; iii) organización funcional; iv) régimen que incluya normas científicas y administrativas y v) régimen de prestación de servicios de salud.

En virtud de la citada facultad, el Ejecutivo expidió el Decreto **1301 de 1994**, cuyo epígrafe fue modificado por el artículo 1° de la Ley 263 de 1996 quedando así: "*Por la cual se organiza el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y del personal no uniformado de la Policía Nacional, así como del de sus entidades descentralizadas*", normativa que en su artículo 35 creó el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares de la siguiente manera:

"ARTICULO 35. ORGANIZACION DEL INSTITUTO DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES. Organizase el establecimiento público denominado Hospital Militar Central como Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, el cual conservará el carácter de establecimiento público del orden nacional, la personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

El Instituto de Salud de las Fuerzas Militares tendrá como domicilio la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., y podrá extender su acción a todas las regiones del país.

PARAGRAFO. Todos los recursos materiales y humanos que a la fecha de expedición del presente Decreto conforman el Hospital Militar Central se organizarán como una unidad prestadora de servicios de la Dirección Regional correspondiente, del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares".

A su turno la Ley 62 del 12 de agosto de 1993, creó el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía así:

"ARTÍCULO 33. SEGURIDAD SOCIAL. Créase un Establecimiento Público del orden nacional para atender la seguridad social y bienestar para la Policía Nacional, adscrito al Ministerio de Defensa, encargado de desarrollar los siguientes programas:

a. Salud

- b. Educación
- c. Recreación
- d. Vivienda propia y vivienda fiscal
- e. Readaptación laboral y subsidios para los discapacitados físicos”.

En cuanto al régimen salarial del personal vinculado a dichos Institutos, los artículos 88 y 89 del Decreto 1301 de 1994, dispusieron:

“ARTÍCULO 88. RÉGIMEN SALARIAL DEL PERSONAL. Los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios **se regirán por las normas legales que para esta clase de servidores establezca el Gobierno Nacional.**

En consecuencia, los empleados públicos y trabajadores oficiales de dichos organismos para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos y subsidios, no se regirán por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

Parágrafo. Los empleados públicos y trabajadores oficiales, que al entrar en vigencia el presente Decreto se encuentren prestando servicios en el Ministerio de Defensa Nacional y que ingresen al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, se someterán al régimen salarial establecido para la entidad respectiva.

ARTICULO 89. REGIMEN PRESTACIONAL DEL PERSONAL. Los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, quedarán sometidos al régimen de la Ley 100 de 1993. **En lo relativo a las demás prestaciones sociales se les aplicará el Decreto Ley 2701 de 1988 y normas que lo modifiquen y adicionen.**

PARAGRAFO. *En concordancia con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los empleados públicos y trabajadores oficiales que ingresen al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se hubieren vinculado al Ministerio de Defensa Nacional o a la Policía Nacional antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 continuarán cobijados por el Título VI del Decreto Ley 1214 de 1990”. (Negrillas fuera del texto).*

Posteriormente, el Decreto 171 de 1996 “por el cual se establecen unas equivalencias de cargos para el personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional al Servicio de la Secretaría General, Comando General y de las Fuerzas Militares que se incorpore a la Planta de Personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares”, con el fin de establecer la planta de personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, estimó la equivalencia de empleos para los funcionarios que venían vinculados con anterioridad en el Ministerio de Defensa y

consagró en los artículos 2º y 4º, lo siguiente:

“Artículo 2º. El personal a que se refiere el artículo anterior, que por efectos de la incorporación en virtud de las equivalencias señaladas anteriormente, resultare devengando una remuneración inferior a la que tenía en el Ministerio de Defensa Nacional por concepto de sueldo básico, subsidio familiar y primas mensuales que estuviese devengando, tendrá derecho, mientras permanezca en dicho empleo, a percibir por concepto de asignación básica mensual en el cargo que sea incorporado un valor equivalente al que había alcanzado en el Ministerio de Defensa Nacional.

(...)

Artículo 4º. De acuerdo con lo establecido en el párrafo del Artículo 89 del Decreto 1301 de 1994, y en concordancia con el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, para efectos de la liquidación de prestaciones sociales del personal incorporado a la Planta del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, a que hace referencia el artículo 1º del presente Decreto, estarán incluidos dentro de la asignación básica mensual que corresponde al cargo que fue incorporado, el salario básico, subsidio familiar y primas mensuales que estuviese devengando en el momento de la asimilación.”
(Negrillas fuera del texto).

De lo anterior se colige, que los empleados del Ministerio de Defensa que se incorporaron al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, que resultaren devengando una remuneración inferior conforme a las equivalencias del artículo 1º del citado Decreto tenían derecho a percibir una remuneración con la inclusión del sueldo básico, subsidio familiar y primas mensuales, devengados en virtud del Decreto 1214 de 1990.

Ahora, para efectos de liquidar las prestaciones sociales del personal incorporado al Instituto se estableció que dentro de la asignación básica se incluye *“el salario básico, subsidio familiar y primas mensuales que estuviese devengando en el momento de la asimilación”*.

Es menester precisar, que la equivalencia de los cargos a que se hizo referencia conciernen a los de la planta de personal del Instituto de las Fuerzas Militares modificada por el Decreto 2176 de 29 de noviembre de 1996 *“Por el cual se aprueba el Acuerdo número 0014-B del 25 de julio de 1996 de la Junta Directiva del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, por el cual se modifica la Planta Global de personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares”*¹, los cuales, son similares a los empleos de la Rama Ejecutiva del orden nacional, por ende, la asignación básica de estos funcionarios fue reajustada conforme los grados previstos en las

¹ Diario Oficial No. 42933 de 5 de diciembre de 1996.

normas que anualmente expidió el Presidente de la República para tales funcionarios.

Ahora bien, el Decreto 1301 de 1994, fue derogado expresamente por la **Ley 352 de 1997 "Por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional"**, cuyo artículo 9 dispuso:

"ARTÍCULO 9o. DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR. Créase la Dirección General de Sanidad Militar como una dependencia del Comando General de las Fuerzas Militares, cuyo objeto será administrar los recursos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares e implementar las políticas, planes y programas que adopte el CSSMP y el Comité de Salud de las Fuerzas Militares respecto del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional adoptará las disposiciones necesarias para que todos los recursos materiales organizados como unidades prestadoras de servicios del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares se trasladen a las fuerzas de origen, salvo el Hospital Militar Central, que se constituirá como establecimiento público de conformidad con las disposiciones que más adelante se dictan para el efecto".

El artículo 53 de dicha Ley suprimió los establecimientos públicos del sistema de salud de la siguiente manera:

ARTÍCULO 53. SUPRESIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS PÚBLICOS. Ordénase la supresión y liquidación de los establecimientos públicos denominados Instituto de Salud de las Fuerzas Militares e Instituto para la Seguridad Social y bienestar de la Policía Nacional, creados mediante el Decreto 1301 del 22 de junio de 1994 y la Ley 62 del 12 de agosto de 1993, respectivamente, dentro de un plazo máximo de un año, contado a partir de la vigencia de la presente ley".

Ahora bien, el párrafo 1°, del artículo en mención señaló:

*"PARÁGRAFO 1o. Los institutos seguirán cumpliendo sus respectivas funciones hasta tanto las Fuerzas Militares y la Policía Nacional puedan asumir plenamente las funciones asignadas en el título I. Las actividades, estructura y planta de personal de los institutos se irán reduciendo progresivamente hasta desaparecer en el momento en que finalice su liquidación, **garantizando la continuidad de la vinculación del personal en los términos del artículo siguiente**" (Negritas fuera del texto).*

Conforme a dicha preceptiva, se resolvió garantizar la continuidad de la vinculación de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los Institutos suprimidos, efecto para el cual se dispuso que aquellos serían incorporados a las plantas de

personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional. Así, el artículo 54 preceptuó:

*“ARTÍCULO 54. PERSONAL. Los empleados públicos y trabajadores oficiales que actualmente prestan sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y en el instituto para la seguridad social y Bienestar de la Policía Nacional, **se incorporarán** a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional, según sea el caso, **conforme a la reglamentación especial que al respecto expida el Gobierno Nacional, garantizando los derechos adquiridos y sin tener que presentar o cumplir ningún requisito adicional** (Negrillas fuera del texto).*

En cuanto al régimen prestacional y salarial de aquellos empleados públicos y trabajadores oficiales que fueron incorporados a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional, los artículos 55 y 56 dispusieron en su orden:

*ARTÍCULO 55. RÉGIMEN PRESTACIONAL. A los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional **que se incorporen a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, respectivamente, y que se hubieren vinculado a estas entidades antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se les continuará aplicando en su integridad el Título VI del Decreto-ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen.***

*PARÁGRAFO. Los demás empleados públicos y trabajadores oficiales **que se incorporen al Ministerio de Defensa Nacional o a la Policía Nacional por virtud de la presente ley** quedarán sometidos al régimen de la Ley 100 de 1993. En lo no contemplado en la Ley 100 de 1993, se les aplicará lo dispuesto en el Título VI del Decreto-ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen.*

*“ARTÍCULO 56. Régimen salarial. Los empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporen a las plantas de personal del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional por virtud de la presente ley, **continuarán sometidos al mismo régimen salarial que se les aplicaba en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o en el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, según sea el caso**” (Negrillas fuera del texto).*

Ahora bien, el Decreto 3062 del 23 de diciembre de 1997, “Por el cual se dictan normas para la liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares” en el acápite II estableció las reglas aplicables al régimen salarial de los empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporaron a las plantas de personal del Ministerio de Defensa Nacional, en razón a la liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares en los siguientes términos:

“Artículo 2°. Los empleados públicos y trabajadores oficiales que actualmente prestan sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares se incorporarán a la Planta de Salud del Ministerio de Defensa Nacional o al Hospital Militar Central según sea el caso, respetando los derechos adquiridos conforme al artículo 54 de la Ley 352 de 1997.

Artículo 3°. La incorporación de los empleados públicos y trabajadores oficiales de que trata el artículo 2° del presente decreto se hará teniendo en cuenta las siguientes garantías:

1. El personal que se incorpore a las Plantas de Personal de Salud que para tal efecto se creen en el Ministerio de Defensa Nacional o en el Hospital Militar Central según sea el caso, no requerirá la presentación o cumplimiento de ningún requisito adicional.

2. En ningún caso la incorporación implica solución de continuidad para ningún efecto legal ni desmejoramiento en las condiciones laborales y salariales, ni liquidación de prestaciones sociales para los empleados públicos y los trabajadores oficiales que prestan sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y que se incorporen en las Plantas de Personal de Salud que se creen en el Ministerio de Defensa Nacional o en el Hospital Militar Central.

3. La incorporación no produce la terminación, suspensión o modificación del vínculo laboral existente, llámese relación legal y reglamentaria en el caso de los empleados públicos o contrato de trabajo en el caso de los trabajadores oficiales.

4. En materia prestacional a los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares que se incorporen a las Plantas de Personal de Salud del Ministerio de Defensa Nacional y que se hubieren vinculado a esta Entidad antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se les continuará aplicando en su integridad el Título VI del Decreto 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen sobre el Régimen Prestacional y al personal vinculado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, se le aplicará esta disposición.

Igualmente al personal vinculado al Hospital Militar Central con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 Se le continuará aplicando el Régimen Prestacional consagrado en el Decreto 2701 de 1988 y las normas que lo modifiquen o adicionen.

(...)

6. A los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares que se incorporen a las Plantas de Personal de Salud que se creen en el Ministerio de Defensa Nacional se les aplicará el régimen salarial que rige a los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.” (Negrillas fuera del texto).

Conforme a la normatividad expuesta, se presentan las siguientes situaciones:

i) Los empleados públicos y trabajadores oficiales que se vincularon a los establecimientos públicos denominados Instituto de Salud de las Fuerzas Militares e Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, creados

mediante el Decreto 1301 del 22 de junio de 1994 y la Ley 62 del 12 de agosto de 1993, para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios no se regían por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional sino por las normas legales que para esta clase de servidores estableció el Gobierno Nacional, a excepción de quienes estando vinculados a dicho Ministerio ingresaron a los aludidos Institutos, quienes quedaron cobijados con el régimen salarial establecido para la entidad respectiva y al Título VI del Decreto 1214 de 1990, si su vinculación con dicho Ministerio fue antes de la Ley 100 de 1993.

ii) Quienes venían vinculados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y se incorporaron a las plantas de Salud creadas en el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, luego de la supresión de dichos institutos, continúan sometidos al mismo régimen salarial que se les aplicaba en el Instituto respectivo que no es otro que el aplicable a los empleados de la Rama Ejecutiva; régimen igualmente aplicable para aquellos vinculados con posterioridad a la Ley 100 de 1993.

iii) En cuanto al régimen prestacional, si se vincularon a los Institutos de Salud antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se les continuará aplicando en su integridad el Título VI del Decreto 1214 de 1990 y a quienes se vincularon con posterioridad a la Ley 100 de 1993, se les aplicará en su totalidad dicha Ley y en lo no regulado por ésta las disposiciones del título VI del Decreto 1214 de 1990.

**- Régimen aplicable al Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional.
Títulos III y VI del Decreto 1214 de 1990.**

El Decreto 1214 de 1990, *“Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”*, en el título III consagra las asignaciones, primas y subsidios que se reconocen a los empleados públicos, entre los cuales se establece el derecho a gozar de la prima de actividad y de servicios, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 38. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones”.

*"ARTÍCULO 46. PRIMA DE SERVICIO. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, a partir de la fecha en que cumplan 15 años de servicios continuos o discontinuos como tales en el Ministerio de Defensa, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional, tienen derecho a una prima mensual de servicio, que se liquidará sobre el sueldo básico, así:
A los quince (15) años, el diez por ciento (10%); por cada año que exceda de los quince (15), el uno por ciento (1%) más.*

"ARTÍCULO 47. PRIMA DE SERVICIO ANUAL. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tendrán derecho al pago de una prima de servicio anual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la totalidad de los haberes devengados en el mes de junio del respectivo año, la cual se pagará dentro de los primeros quince (15) días del mes de julio de cada año.

PARAGRAFO 1o. A quienes se encuentren en comisión del servicio en el exterior, la prima de que trata este artículo se les pagará en pesos colombianos, liquidada sobre los haberes que devengarán si estuviesen prestando sus servicios en la guarnición de Bogotá.

PARAGRAFO 2o. Cuando el personal a que se refiere este artículo no haya servido el año completo, tendrá derecho al pago de esta prima a razón de una duodécima (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en los haberes devengados en el último mes."

Por su parte, el Título VI del citado Decreto, regula el régimen prestacional, es decir, las prestaciones Médico Asistenciales, Enfermedad, Maternidad, Vacaciones, Anticipos de Cesantías, Auxilio de Cesantía y Pensión de Jubilación.

De otro lado, contempló la pensión de jubilación por tiempo continuo, discontinuo, por aportes, por muerte y las partidas que se deben tener en cuenta al momento de su reconocimiento y de los cuales se destaca:

ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACION POR TIEMPO CONTINUO. *El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto.*

PARAGRAFO. *Para los reconocimientos que se hagan a partir de la vigencia del presente Decreto, se entiende por tiempo continuo, aquel que no haya tenido interrupciones superiores a quince (15) días corridos, excepto cuando se trate del servicio militar."*

Del precedente normativo se colige, que los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional tienen derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación al momento en que acrediten 20 años de prestación de servicios, la cual corresponde al 75% del último salario devengado, tomando como

base las partidas enlistadas en el artículo 102 del mismo Decreto, que al tenor dispone:

“ARTÍCULO 102. PARTIDAS COMPUTABLES PARA PRESTACIONES SOCIALES. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que se retire o sea retirado, se le liquidarán y pagarán las pensiones de jubilación, de retiro por vejez, de invalidez y demás prestaciones sociales a que tuvieren derecho, sobre la suma de las siguientes partidas:

- a. Sueldo básico.
- b. Prima de servicio.
- c. Prima de alimentación.
- d. Prima de actividad.
- e. Subsidio familiar.
- f. Auxilio de transporte.
- g. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

PARAGRAFO 1o. El subsidio familiar que se reconozca y pague por parte de las Cajas de Compensación Familiar a los trabajadores oficiales, no será computable como partida para las prestaciones sociales. Para este efecto, se tendrá en cuenta la suma que se acuerde en el respectivo contrato de trabajo.

PARAGRAFO 2o. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios y auxilios consagrados en este Estatuto será computables para efectos de cesantías, pensiones y demás prestaciones sociales.”

Ahora bien, advierte el Despacho que el mencionado Decreto fue derogado por el artículo 114 del Decreto 1792 de 2000 “*Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial*”, el cual invalidó las disposiciones que le sean contrarias, en especial las del Decreto-ley 1214 de 1990 y el Decreto 2909 de 1991, con excepción de las relativas a los regímenes pensional, salarial y prestacional, esto es, las normas que venían reglamentando el tema de la administración del personal, dejando incólume todo lo relacionado con pensiones, salarios, y prestaciones reguladas en el Decreto 1214 de 1990.

Respecto a la aplicación del Decreto 1214 de 1990, el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección B, con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, en providencia del 9 de marzo de 2017, expediente No. 25000-23-25-000-2011-00040-01(3823-14), actora: Rosa Elena Tovar García, demandado: Ministerio de Defensa, indicó:

“(…)

Así entonces, de las anteriores consideraciones se colige lo siguiente: (i) el grupo conformado por los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no es equiparable con el grupo conformado por los civiles que laboran para la misma cartera e institución, (ii) para gozar de los beneficios prestacionales derivados del Decreto 1214 de 1990 se requiere encontrarse vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y (iii) el Sistema Integral de la Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993 no se aplica a los miembros de las fuerzas militares ni de la Policía Nacional. (...)”.

De conformidad al precedente jurisprudencial, se resalta que al personal no uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se les reconoce pensión de jubilación en los términos del Decreto 1214 de 1990, siempre y cuando se encuentren vinculados a la entidad con anterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993, en consideración a que no gozan de un régimen especial ni exceptuado

Posteriormente, el Tribunal Administrativo de Boyacá –Sala de Decisión No. 6, con ponencia del Magistrado Félix Alberto Rodríguez Riveros, en providencia del 23 de marzo de 2018, demandante: Myriam Rosario Alemán Novoa, demandado; Nación –Ministerio de Defensa Nacional –Dirección de Sanidad Militar, expediente No.150012333000-2017-00410-00, discurrió:

“(...

De conformidad con el marco normativo expuesto en precedencia, se puede concluir frente al personal vinculado al sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía, lo siguiente:

- (i) Los servidores (empleados públicos y trabajadores oficiales) que se vincularon a los establecimientos públicos denominados Instituto de Salud de las Fuerzas Militares e Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, en materia salarial no se rigen por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional sino por las normas que para esta clase de servidores estableció el Gobierno Nacional, con excepción de quienes estando vinculados a dicho Ministerio se incorporaron a los mencionados Institutos, los cuales quedaron cobijados con el régimen salarial establecido para la entidad respectiva. (Decreto 1301/94)*
- (ii) Con ocasión del proceso de supresión y liquidación del Instituto de salud de las Fuerzas Militares y de Policía y la respectiva incorporación de sus empleados al Ministerio de Defensa, en materia salarial, continúan sometidos al mismo régimen salarial que se les aplicaba en el Instituto respectivo, es decir, el aplicable a los empleados de la Rama Ejecutiva, situación que no varió para aquellos vinculados con posterioridad a la Ley 100 de 1993 (Ley 352/97), y*
- (iii) En materia prestacional, para el personal que venían vinculado al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía y que se incorporó a las plantas de Salud del Ministerio de Defensa, se distinguen dos situaciones: **al personal incorporado que se vinculó a los Institutos***

de Salud con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, se les continua aplicando en su integridad el título VI del Decreto 1214 de 1990, y el personal que se vinculó con posterioridad a la Ley 100 de 1993, se rige por esta Ley.

- (iv) *A los servidores de la Dirección General de Sanidad Militar no le es aplicable el **régimen salarial** contemplado para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, dispuesto en el Decreto 1214 de 1990, pese que hacen parte del personal no uniformado de las Fuerzas Militares. No obstante, en **materia prestacional se puede inferir que dicho personal para beneficiarse del Decreto 1214 de 1990 (Título VI) debe haberse vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100/93.***
(...)"

- **Funcionarios de la Dirección de Sanidad Militar y su inclusión en la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional.**

Mediante el Decreto 092 de 2007, se modificó y determinó el sistema de nomenclatura, clasificación, funciones y requisitos de los empleos públicos de las entidades que integran el Sector Defensa e igualmente se determinó que para los efectos previstos en éste Decreto, se entiende que el Sector Defensa, está integrado por el Ministerio de Defensa Nacional, incluidas las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como por sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas.

Así las cosas, el Legislador en forma expresa a través del Decreto 1301 de 1994, dispuso que el personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y el Instituto para la Seguridad Social de la Policía Nacional se regirían por las normas legales que para esta clase de servidores establezca el Gobierno Nacional y para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos y subsidios, los excluyó de tal regulación al señalar de manera imperativa que no estarían regidos por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional (artículo 88).

Posteriormente, la Ley 352 de 1997, estableció que el régimen salarial aplicable a los empleados y trabajadores oficiales que se incorporen a las plantas del personal del Sistema de Salud del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, es el mismo que tenían en dichos Institutos, es decir el que rige a los empleos de la Rama Ejecutiva del orden Nacional y en materia prestacional el título VI del Decreto 1214, disposición reiterada en el Decreto 3062 de 1997.

El Decreto Ley 1792 de 2000 *"Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial"*, ni el Decreto Ley 092 de 2007 *"Por el cual se modifica y determina el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de los empleos de las entidades que integran el Sector Defensa"*, modificaron, derogaron o regularon el tema salarial del personal civil y no uniformado de la Planta de Personal de Salud del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, dado que tales disposiciones únicamente se limitaron a reglamentar las situaciones administrativas y la planta de personal global y flexible del Ministerio de Defensa y a regular el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos del sector defensa, quedando vigentes las disposiciones de la Ley 352 de 1997, en materia salarial y prestacional de dichos funcionarios.

La Sección Segunda Subsección "A" del Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2016, expediente No. 25000-23-42-000-2012-00730-01(3512-13), Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, al analizar el régimen salarial y prestacional de los empleados vinculados al sector salud de las Fuerzas Militares, concluyó:

"A causa de la supresión y liquidación previamente mencionadas, la Ley 352 de 1997 estableció que el personal que prestaba sus servicios en las entidades objeto de liquidación, serían incorporadas en la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional, según el caso, de acuerdo con la reglamentación especial que al respecto expida el Gobierno Nacional, garantizando los derechos adquiridos y sin que se les exija requisitos adicionales.

En lo que respecta a su régimen prestacional, en el artículo 55 de la ley en comento, se estableció que quienes se hubieren vinculado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 continuarían siendo beneficiados de las disposiciones que sobre la materia establece el Decreto Ley 1214 de 1990. Mientras que los demás, quedarían sometidos a lo contemplado en la Ley 100 de 1993 y en lo no contemplado en ella, se les aplicaría lo dispuesto en el título VI del Decreto Ley 1214 de 1990.

Y en materia salarial, en el artículo 56 se estableció que los empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporaran a las plantas de personal del Ministerio de Defensa Nacional y Policía Nacional en virtud de lo dispuesto en esa ley, continuarían sometidos al mismo régimen que se aplicaba en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y en el Instituto de Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, según el caso.

La Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación ha distinguido 3 etapas en lo que respecta a la vinculación al sector salud de las Fuerzas Militares, así:

“Así las cosas, y de acuerdo con el marco normativo expuesto en precedencia, estima la Sala que en punto del régimen salarial aplicable al personal vinculado al sistema de salud de las Fuerzas Militares se hace necesario distinguir tres etapas, a saber:

- 1. Empleados públicos - personal civil- vinculados al Ministerio de Defensa con anterioridad al 22 de junio de 1994² le eran aplicables las disposiciones previstas en el Decreto 1214 de 1990, dentro de las cuales se encontraba contemplado el reconocimiento y pago de la prima de actividad y el subsidio familiar, artículos 38 y 49 ibídem.*
- 2. Empleados públicos vinculados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares le serían aplicables las normas legales que para esta clase de servidores estableciera el Gobierno Nacional, artículo 88 del Decreto 1301 de 1994.*
- 3. Empleados públicos incorporados a la planta de personal del Ministerio de Defensa -sector salud-, con ocasión del proceso de supresión y liquidación del Instituto de salud de las Fuerzas Militares, continuarían sometidos al régimen salarial que se les aplicaba en el referido Instituto.*

De acuerdo con lo expuesto, concluye la Sala que a partir de la expedición del Decreto 1301 de 1994, por expresa disposición del Gobierno Nacional, el régimen salarial aplicable a los servidores públicos vinculados al sector salud de las Fuerzas Militares no es otro que el previsto para los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional lo que, en otras palabras, debe decirse excluye cualquier posibilidad de aplicar a este tipo de servidores el régimen salarial previsto en el Decreto 1214 de 1990, esto es, el dispuesto para el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional”. (Negritas fuera del texto)

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia la señora Luz Mary Cuervo de Oviedo, a través de apoderado judicial, depreca la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. 00249 del 20 de febrero de 2008, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la actora y la nulidad del Oficio No. OFI17-5456 del 27 de enero de 2017, mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional –Dirección de Sanidad Militar negó la reliquidación de la prestación con la inclusión de las partidas computables prima de servicios y prima de actividad, establecidas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990.

La parte actora, señaló que con ocasión a la variación de naturaleza jurídica que han tenido los empleados de la Dirección de Sanidad, la entidad demandada aplica de manera errónea la normatividad referente a las prestaciones, lo que conlleva al desconocimiento de las garantías constitucionales que enmarca la Constitución Política.

² Fecha en la que entra en vigencia el Decreto 1301 de 1994 y se crea el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares.

Por lo tanto, consideró que el Ministerio liquidó y pagó una pensión de jubilación sin tener en cuenta todas las partidas computables contempladas en el artículo 102 de la Ley 1214 de 1990, como son la prima de servicios y la prima de actividad, las cuales según su dicho deben incluirse en la base de liquidación pensional, teniendo en cuenta que la vinculación de la actora se hizo con anterioridad a la Ley 100 de 1993, caso en el cual se deben respetar los derechos adquiridos de conformidad a la protección que la norma dispuso.

Por su parte, la apoderada de la entidad demandada indicó que la actora al vincularse a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional con anterioridad a la Ley 100 de 1993, la cobija en su integridad el Título IV del Decreto 1214 de 1990, como en efecto lo aplicó la entidad demandada, el cual no consagra las primas y subsidios deprecados por la demandante.

Así las cosas, para efectos de establecer si le asiste razón a la demandante, es necesario realizar un análisis de las pruebas obrantes en el expediente.

En ese sentido, se encuentra demostrado que la señora Luz Mery Cuervo de Oviedo (i) se vinculó a las Fuerzas Militares a través de contrato el 15 de septiembre de 1986 (Fl. 8); (ii) se incorporó a la Dirección de Sanidad Militar desde el 13 de julio de 1992 hasta el 3 de septiembre de 2007 (Fl. 7); (iii) que mediante Resolución No. 00249 del 20 de febrero de 2008, el Ministerio de Defensa Nacional reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la señora Cuervo a partir del 3 de septiembre de 2007 (Fls. 2-3); (iv) que mediante escrito presentado en ejercicio del derecho de petición radicado el 19 de enero de 2017, solicitó el reajuste de la pensión con la inclusión de las partidas contempladas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990 (Fl.4) y que mediante Oficio No. OFI17-5456 del 27 de enero de 2017, la entidad demandada negó la solicitud (Fl. 5-6).

Se precisa entonces, que la señora Álvarez ingresó a prestar el servicio en calidad de Profesional Universitario código 2044 grado 5 de la Dirección de Sanidad Militar el 13 de julio de 1992, esto es, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que la hace beneficiaria de las disposiciones establecidas en el Título VI del Decreto 1214 de 1990, como en efecto lo aplicó el Ministerio de

Defensa en la Resolución No. 00249 del 20 de febrero de 2008, por medio de la cual reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la señora Cuervo en los términos del artículo 98 *ibídem*, al cumplir 20 años de prestación de servicios a la Institución (Fls. 2-3).

En virtud de lo antepuesto y de conformidad al marco jurídico, se debe tener en cuenta (i) que la pensión de jubilación se liquida con el último salario devengado y (ii) las partidas computables a tener en cuenta son las establecidas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990.

Entonces, de conformidad a la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Talento Humano (Fl. 7), la señora Luz Mery Cuervo de Oviedo laboró en la Dirección de Sanidad Militar del Ministerio de Defensa Nacional a partir del 13 de julio de 1992 hasta el 3 de septiembre de 2007, de lo que se infiere que las partidas a tener en cuenta son las devengadas en el periodo comprendido entre el 4 de septiembre de 2006 y el 3 de septiembre de 2007.

Al respecto, se tiene que de conformidad a la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Talento Humano de la Dirección de Sanidad Militar, la actora percibió en el referido periodo: sueldo básico, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación especial por recreación y prima de navidad.

De los anteriores factores, tal como se desprende de la Resolución No. 00249 del 20 de febrero de 2008 (Fls. 2-3), la entidad demandada al liquidar la pensión de jubilación de la actora reconoció: sueldo básico y prima de navidad, quedando pendientes de reconocer los denominados: **bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación especial por recreación.**

Respecto a la prima de servicios, es menester indicar que no corresponde a la enlistada en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, que refiere a la percibida de manera mensual, la cual se encuentra definida en el artículo 46 *ibídem*³, pues la

³ ARTÍCULO 46. PRIMA DE SERVICIO. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, a partir de la fecha en que cumplan 15 años de servicios continuos o discontinuos como tales en el Ministerio de Defensa, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional, tienen derecho a una prima mensual de servicio, que se liquidará sobre el sueldo básico, así:

A los quince (15) años, el diez por ciento (10%); por cada año que exceda de los quince (15), el uno por ciento (1%) más.

señalada en la certificación atañe a la prima de servicios reconocida en el año 2007 y por ende, no es dable concluir que fue devengada por la parte actora mensualmente y con el último salario devengado.

De otro lado, no es posible tener en cuenta en la liquidación pensional las demás partidas devengadas como bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones y bonificación especial por recreación, en consideración a que no se encuentran enlistadas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990.

Ahora bien, la actora solicitó tener en cuenta la prima de actividad como partida computable en la liquidación de la pensión de jubilación, no obstante, no se encuentra demostrado con la certificación allegada que tal emolumento haya sido devengado por la actora con el último salario devengado, por lo tanto, se negará su inclusión.

Bajo las anteriores consideraciones, se encuentra demostrado que el Ministerio de Defensa Nacional reconoció una pensión de jubilación a la señora Luz Mery Cuervo de Oviedo equivalente al 75% del último salario devengado, con las partidas computables del sueldo básico y prima de navidad, las cuales efectivamente percibió y se encuentran enlistadas en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990.

Finalmente, es menester reiterar que el Decreto 171 de 1996 en su artículo 4º, dispuso que para efectos de liquidar las prestaciones sociales del personal incorporado al Instituto se tendrá en cuenta dentro de la asignación básica *“el salario básico, subsidio familiar y primas mensuales que estuviese devengando en el momento de la asimilación”*, por lo tanto, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda resultaría condenar a la administración a un doble pago.

En esa medida, al no encontrar fundamentos que logren desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido el acto impugnado, se impone denegar las súplicas elevadas.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo

dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin lugar a imponer condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA
Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy once (11) de octubre de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>075</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso: 11001-33-42-052-2018-00121-00
Demandante: DOUGLAS CASTAÑEDA ANDRADE
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –
CREMIL
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia
de primera instancia – Reconocimiento de prima de
actualización.

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Douglas Castañeda Andrade a través de apoderado judicial en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el señor Douglas Castañeda Andrade, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

- Se declare la nulidad de la Resolución No. 2728 del 28 de agosto de 2001 y del Oficio No. 2016-78805 del 29 de noviembre de 2016 proferidos por la entidad accionada.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL a:

- Reconocer y pagar la prima de actualización en calidad de Sargento Viceprimero @ del Ejército Nacional a partir del 1° de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1995 de conformidad con los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994, y 133 de 1995.

- Condenar al sujeto pasivo a realizar la reliquidación de la asignación de retiro que devengaba el actor en consideración al carácter de factor salarial transitorio que tuvo la prima de actualización desde el 1° de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1995.
- Condenar a la entidad accionada a reajustar y reliquidar la asignación de retiro del demandante a partir del 1° de enero de 1996, teniendo en cuenta la variación en la base pensional a realizar conforme al reconocimiento y pago de la prima de actualización.
- Condenar al sujeto pasivo al pago indexado de las diferencias generadas entre lo cancelado en la asignación de retiro sin la inclusión de la prima de actualización por el periodo de 1993 a 1995 y el correspondiente reajuste a partir de 1996 en adelante y lo que realmente corresponde con el reconocimiento que se solicita.
- Condenar a la accionada al pago de costas, agencias en derecho e intereses según los términos de los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (fl.31):

La entidad accionada mediante la Resolución No. 1082 del 19 de diciembre de 1980 reconoció asignación de retiro al actor efectiva a partir del 1 ° de febrero de 1981.

Los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, establecieron el reconocimiento de la prima de actualización únicamente para el personal en servicio activo. No obstante, el reconocimiento de ese emolumento se extendió para todo el personal retirado de las fuerzas militares por disposición del Consejo de Estado.

Posteriormente, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo mediante providencia del 6 de septiembre de 2001, indicó que teniendo en cuenta las sentencias que extendieron el derecho del personal retirado de la institución castrense de percibir la prima de actualización, el término de prescripción cuatrienal para reclamar empezó a contar a partir del término de la ejecutoria de esa última providencia, por lo cual las personas interesadas tenían hasta el 24 de noviembre de 2001 para elevar la correspondiente petición.

Teniendo en cuenta que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización para el periodo de 1993 a 1995, debe reajustarse la asignación de

retiro no sólo por ese periodo sino desde 1996 hasta la fecha ya que se varió la asignación básica como partida computable de esa prestación pensional.

En ese orden de ideas, el accionante en ejercicio del derecho de petición interpuso escrito ante la accionada el 4 mayo de 2001, mediante el cual solicitó el reconocimiento y pago de la prima de actualización y el correspondiente reajuste en la asignación de retiro.

La entidad accionada mediante el Oficio No. 2728 del 28 de agosto de 2001, negó la anterior petición.

El 10 de noviembre de 2016, la parte actora elevó una nueva petición a la demandada bajo los mismos argumentos de la anterior solicitud, petición que fue igualmente negada por el sujeto pasivo mediante el Oficio No. 2016-78805 del 29 de noviembre de 2016.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Como normas vulneradas cita +los artículos 1°, 2, 3, 4, 5, 13, 25, 46, 48, 53 y 93 de la Constitución Política; Ley 4ª de 1992, Decreto 25 de 1993, Decreto 65 de 1994, Decreto 133 de 1995 y el Decreto 1211 de 1990.

Indicó el mandatario del actor que conforme las providencias dictadas por el Consejo de Estado, la prima de actualización debe reconocerse a su representado dado a que para el periodo de 1993 a 1995 ya percibía asignación de retiro.

Resaltó el mandatario que dado a la variación en la base pensional del demandante, debe reajustarse la asignación de retiro no sólo para el periodo en el cual fue reconocida la prima de actualización (1993 a 1995) sino de 1996 en adelante.

Respecto a la prescripción, enfatizó que conforme a lo expuesto por el Consejo de Estado el accionante tenía hasta el 24 de noviembre de 2001 para solicitar el reconocimiento y pago de la prima de actualización, motivo por el cual al radicarse la primera petición el 4 de mayo de 2001, le es aplicable la tesis de la Sección Segunda, Subsección A de esa Corporación indicada por la Corte Constitucional en sentencia T-738 de 2014 que resaltó que siempre que se haya presentado petición antes del 24 de noviembre de 2001, el reconocimiento del referido emolumento puede solicitarse en cualquier tiempo.

Como sustento de lo anterior, citó jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal (fls.82 a 94).

Luego de pronunciarse sobre los hechos se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que la prima de actualización desapareció en el año 1995, motivo por el cual no puede ser tomada en cuenta como partida computable para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Resaltó que para el periodo de 1993 a 1995, época transitoria en la cual se reconoció la prima de actualización, se configuró la prescripción cuatrienal consagrada en el Decreto 1211 de 1990, toda vez que el actor tuvo la oportunidad de elevar reclamación administrativa para solicitar la inclusión de ese emolumento en la asignación, evento que sólo sucedió luego de vencido los 4 años de que trata el referido Decreto.

Por ello, propuso las excepciones que denominó: *"Pago frente al reajuste de asignación de retiro a partir del 1° de enero de 1996"*, *"Caducidad de la acción"* y *"Prescripción extintiva"*.

La excepción de caducidad fue resuelta en el acápite de excepciones de la audiencia inicial del asunto de forma desfavorable.

DECISIÓN DE EXCEPCIONES: Respecto a la excepción *"Pago frente al reajuste de asignación de retiro a partir del 1° de enero de 1996"*, encuentra el Despacho que tal consideración no sólo se opone a las pretensiones de la demanda, sino que además constituye argumentos de defensa de los intereses de la entidad accionada, toda vez que ella insiste en la transitoriedad de la prima de actualización, mientras el demandante continua con el argumento expuesto a lo largo del escrito introductorio según el cual cualquier variación en la base pensional modifica el valor de la asignación de retiro, motivo por el cual dicha excepción no puede ser tomada como de mérito pues la finalidad de ésta es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, motivo por el cual se niega su configuración en el epígrafe.

Respecto a la excepción de prescripción, dado a su carácter de mixta, como se expuso en la audiencia inicial del asunto, será resuelta al momento de entrar al caso concreto del señor Douglas Castañeda Andrade.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. En la audiencia inicial llevada a cabo el 26 de septiembre de 2018 (fl.209), se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, la entidad accionada presentó su alegatos del minuto 15 y 30 segundos hasta el minuto 17 y 30 segundos y el Ministerio Público rindió concepto del minuto 18 y 20 segundos hasta el minuto 28 y 50 segundos de la grabación visible a folio 215 del expediente.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

I. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial llevada a cabo el 26 de septiembre de 2018 (fls. 209 a 212), en la etapa de fijación del litigio, se dispuso que el asunto de la referencia se centra en resolver el siguiente interrogante:

- ¿Le asiste derecho a la parte accionante a que le sea reconocida la prima de actualización para los años 1993 a 1995 y como consecuencia de ese reconocimiento se reliquide y reajuste la asignación de retiro desde 1996 en adelante?

ACERVO PROBATORIO.

Obran los siguientes documentos relevantes dentro del proceso:

1. Resolución No. 1082 del 19 de diciembre de 1980 proferido por la accionada mediante el cual reconoció y ordenó el pago de asignación de retiro a favor del actor a partir del 1° de febrero de 1981 (fl.3).
2. Resolución No. 2728 del 28 de agosto de 2001 mediante el cual la accionada negó el reconocimiento de la prima de actualización y

reajuste de la asignación de retiro como respuesta al escrito de petición del 4 de mayo de 2001 (fl.4).

3. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición el 10 de noviembre de 2016, a través del cual la parte actora solicitó nuevamente el reconocimiento y pago de la prima de actualización junto con el reajuste de la asignación de retiro (fls.5 a 7).
4. Oficio No. 2016-78805 del 29 de noviembre de 2016 mediante el cual la demandada negó la anterior petición (fl.8).
5. Certificado de los emolumentos cancelados al accionante en virtud de su asignación de retiro en el periodo comprendido entre el año de 1991 a 1997 (fl.9).
6. Antecedentes administrativos del demandante visibles a folios 104 a 123 del plenario.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico es necesario hacer referencia al régimen especial que gobierna a las Fuerzas Militares y de Policía, establecer la naturaleza de la prima de actualización, los periodos en los cuales fue reconocida y el momento a partir del cual se contabiliza la prescripción.

El artículo 150 de la Constitución Política establece que le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas dictar normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Los artículos 217 y 218 de la Carta Política indican que la ley determinará los derechos y obligaciones así como el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y el cuerpo de Policía.

A su vez la Ley 4ª de 1992 determinó que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Respecto de la especialidad del régimen bajo estudio, la Corte Constitucional, sostuvo:

“Es claro entonces que la existencia de un régimen especial para los miembros de la fuerza pública, no solo tiene su fundamento constitucional en la consagración expresa de los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del texto superior, sino también en la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública y que, sin lugar a dudas, conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones, que lógicamente conllevan al señalamiento de un régimen salarial y prestacional distinto.

“(…)

“Se puede entonces considerar que un régimen prestacional especial es aquél conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho general o de mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad”¹.

En desarrollo de la Ley 4ª de 1992, el Ejecutivo profirió el Decreto 335 de 1992 a través de la cual se creó la prima de actualización, consagrándola en los años subsiguientes en los artículos 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 y en el artículo 29 del Decreto 133 de 1995, prestación la cual tenía como destinatario el personal activo de la Fuerza Pública, según se lee en cada párrafo del artículo 28 y 29 de las normas mencionadas, de la siguiente manera:

*“El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para **reconocimiento de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales**” (Negrillas por fuera del texto).*

La parte resaltada del texto anterior, fue declarada nula parcialmente por el Consejo de Estado por ser violatoria del artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, mediante sentencias del 14 de agosto de 1997, expediente núm. 9923, respecto de los párrafos del artículo 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 e igualmente frente al párrafo del artículo 29 del Decreto 133 de 1995, a través del fallo de 06 de noviembre de 1997, expediente número 11423, en el sentido que el beneficio estipulado, debía hacerse extensivo al personal retirado de la Fuerza Pública.

Como consecuencia de dicha declaratoria, la prima de actualización debe reflejarse en las asignaciones y pensiones reconocidas al personal retirado pero bajo el entendido que su cómputo sólo opera por las anualidades que estuvo vigente, esto es, los años, 1993, 1994 y 1995, toda vez que su creación fue transitoria mientras el Gobierno Nacional fijaba la escala salarial porcentual para nivelar la remuneración salarial del personal activo y retirado de la Fuerza Pública.

¹ Sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

La escala gradual porcentual fue establecida por el Gobierno Nacional a partir del Decreto 107 de 1996, por lo tanto no procede el cómputo de la prima de actualización después del 1º de enero de 1996 ya que se reitera la extensión de percibir la prima de actualización como factor salarial para el aumento de las asignaciones de retiro de los miembros retirados de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares fue exclusivamente para el periodo comprendido entre 1993 y 1995.

Bajo los anteriores términos se expresó el Consejo de Estado en sentencia del 20 de febrero de 2003:

*"En el mismo sentido se desestima la reclamación del demandante respecto de la inclusión de la prima de actualización como **partida computable a partir del año 1996**, por cuanto tal prestación, como se indicó, solo fue reconocida hasta el 31 de diciembre de 1995, es decir, tuvo carácter transitorio.*

Lo dicho porque los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 que la establecieron, no le otorgaron carácter permanente, como lo busca el demandante, sino que la crearon con vigencia limitada para los años indicados, esto se deduce con toda claridad del texto de cada uno de los decretos y de lo expresamente manifestado por la Ley 4ª de 1992, que sólo autorizó la nivelación por "las vigencias fiscales de 1993 a 1996" situación que también es aplicable para los retirados.

De otra parte, a partir de la fijación de la escala salarial porcentual por el Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año y, en virtud del principio de oscilación, aplicados a las asignaciones de retiro o pensiones de los retirados"². (Las negrillas fuera de texto).

Entonces, la prima de actualización es un emolumento que tiene un carácter temporal, que nació en principio a favor del personal que se encontraba en servicio activo y con posterioridad se extendió para aquellos que se encontraban retirados.

Así mismo, se concluye que no se posible considerarlo como factor salarial como partida computable para el reconocimiento y pago de la asignaciones de retiro posteriores a 1996, ya que el derecho a percibir dichos valores se generaron para los años de 1992 a 1995 sin que dicho emolumento pueda trascender en el tiempo.

El Consejo de Estado en sentencia del 1º de marzo de 2012, dentro del Proceso 2006-00209-01(0537-11), Magistrado Ponente: Alfonso Vargas Rincón, reiteró la posición asumida por ese alto órgano judicial en lo correspondiente a no tener en

² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 20 de Febrero de 2003 C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

cuenta la prima de actualización como factor salarial para ser incluido con posterioridad a la asignación de retiro, como pasa a leerse:

"En efecto, por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales, en ese orden, si la prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del periodo comprendido entre 1992 y 1995, mal puede decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones en actividad.

En las anteriores condiciones, no es posible ordenar el reconocimiento y pago de la prima de actualización a partir del 1º de enero de 1992, pues la Corte Constitucional ya se pronunció sobre el particular y dicho fallo es obligatorio.

En efecto, al haber sido declarado exequible el Decreto 335 de 1992, en la forma como fue expedido, el derecho por ese año a devengar la prima de actualización sólo nació para quienes se encontraban en servicio activo y sólo a partir de la declaratoria de las normas siguientes, se extendió a quienes se encontraban retirados, es decir, que no existe base legal para efectuar el reconocimiento por el año que señala el recurrente.

La prima de actualización como factor salarial.

La escala gradual porcentual para el personal de las Fuerzas Armadas se fijó mediante el Decreto 107 de 1996, con efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1996 y en el artículo 39 derogó el Decreto 133 de 1995 que por ello se causó hasta el 31 de diciembre de 1995.

La prima de actualización no puede ser considerada factor salarial para la asignación de retiro, pues dicha prestación como ya se expuso se reconoció con carácter temporal.

Mediante el Decreto 107 de 1996, se fijó la escala salarial definitiva y la aplicación de ésta reemplazó la prima de actualización, es decir que en virtud del mismo principio de oscilación, la prima se reemplazó para los retirados y por tanto ya no se incluía en la asignación de retiro o pensión porque nunca tuvo factor salarial permanente.

Esta Corporación ya ha manifestado que el reajuste de la asignación de retiro por efecto de la prima de actualización no procede como factor salarial permanente como lo pretende la parte actora." (Negrillas fuera de texto).

2318-2014, señaló que la prima de actualización, niveló la remuneración del personal activo y retirado por los años 1992 y 1995, sin que sea posible reconocerse para los años subsiguientes como base de la prestación, toda vez que en adelante se aplica el principio de oscilación, de la siguiente manera:

"Descendiendo al caso bajo examen, se tiene que la sentencia recurrida accedió parcialmente a las pretensiones del actor, pues concedió el pago de la prima de actualización del 1 de enero de 1993 al 31 de diciembre de 1995, pero negó que ésta fuera incluida en la base para la reliquidación de la asignación de retiro después de 1995, aspecto este último objeto del recurso de apelación. (...) Posteriormente en sentencia del 5 de septiembre de 2013³, se consideró que:

Así las cosas, una vez expedido el Decreto 107 de 1996, por el cual se acoge la referida escala gradual porcentual, se extinguió la condición por la cual fue creada la prima de actualización y la misma, debe decirse, quedó incluida en las asignaciones de retiro que a partir de esa fecha se reconocen a favor de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, en virtud al principio de oscilación. (...) En efecto, debe precisarse que a partir de la fijación de la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año en virtud del principio de oscilación, aplicado a la asignación de retiro o pensiones de los miembros de la Fuerza Pública retirados. Por ello, no resulta necesario revisar los reajustes de la ley a partir del año 1996, dado que los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la pensión por invalidez percibida por el actor.

En este aspecto⁴, se reitera que por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales. En ese orden, si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 y 1995, no es posible decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones del personal en actividad.

En estas condiciones, no resulta procedente reliquidar la pensión por invalidez que viene percibiendo el actor, con inclusión de los valores pagados por concepto de prima de actualización, entre 1992 a 1995, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 5 de septiembre de 2013, proceso con radicado No. 05001-23-31-000-2003-04343-01 (2717-12)

⁴ Al respecto pueden verse las sentencias de 22 de octubre de 2009; Rad.0084-2008. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; 8 de mayo de 2008; Rad. 0932-2007. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y de 31 de agosto de 2006. Rad.8958-2005. M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

partir del año 1996.

Este es el criterio actual de las Subsecciones A y B de la Sección Segunda de esta Corporación, tal como se evidencia en la sentencias del 11 de febrero de 2015⁵ y 10 de julio de 2014⁶.

Criterio que continua de manera pacífica al interior del Consejo de Estado, al respecto en sentencia del 2 de febrero de 2018 se expuso:

“En ese orden, si la referida prima de actualización solo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 a 1995, mal puede reconocerse y pagarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, toda vez que se modificó la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones en actividad.

Con fundamento en el anterior criterio, la Sala ha reconocido a los miembros en situación de retiro de la Fuerza Pública la prima de actualización, a partir del 1° de enero de 1993; pues en cuanto al año de 1992, la restricción de la prima de actualización para los servidores retirados, prevista en el Decreto 335 del mismo año fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-005 de 24 de febrero de 1992, magistrado ponente Jaime Sanín Greiffeinstein.

Así mismo, respecto de la prima de actualización para los años de 1996 en adelante, observa la Subsección que la prerrogativa de recibir esta prima fue delimitada temporalmente hasta cuando se expidiera, por parte del Gobierno, una norma que nivelara las asignaciones de todos los miembros de la Fuerza Pública, la cual se efectuó mediante el Decreto 107 de 1996, en donde se plasmó que a partir de su entrada en vigencia «18 de enero de 1996» el principio de oscilación, iba a regir el reconocimiento de las asignaciones de retiro y pensiones.”⁷

Por tanto, la prima de actualización cumplió su finalidad de nivelar el reajuste salarial del personal en actividad y del personal con pensión y/o asignación de retiro reconocida, pero sólo por los años 1993 a 1995 ya que partir del año 1996 la incidencia en el reajuste de esas prestaciones pensionales se garantizó a través del principio de oscilación.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 11 de febrero de 2015, proceso con radicado No. 25000-23-25-000-2009-00332-01 (2580-2013).

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 10 de julio de 2014, proceso con radicado No. 05001-23-31-000-2002-04115-01 (0510-12)S

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, sentencia del 2 de febrero de 2018, proceso con radicado No. 13001-23-33-000-2015-00093-01.

Reconocimiento de la prima de actualización por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1995, término de prescripción.

Frente al reconocimiento que le asiste a los militares en retiro para que le sea reconocida la prima de actualización, se tiene que la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, mediante Sentencia de 27 de octubre de 2005, con ponencia del Consejero Jaime Moreno García, ha reafirmado que la prima de actualización, sólo se hizo exigible para los miembros retirados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, a partir de los cuatro años subsiguientes del término de ejecutoria de las providencias que declararon la nulidad de las expresiones "*que la devengue en servicio activo*" y "*reconocimiento de*", contenidos en los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, así:

"(...)

Esta Sala, si bien en casos similares al que se discute en este proceso, consideró que la sentencia que declaró la nulidad parcial del parágrafo del artículo 28, de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 en las frases "que la devengue en servicio activo" y "reconocimiento de", no tenían incidencia alguna en la interrupción de la prescripción, ya que ésta sólo podía operar por el reclamo escrito recibido por la autoridad competente, al tenor del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, rectificó la posición jurisprudencial anterior, por unificación que sobre este mismo punto hizo la Sala de Sección, el 6 de septiembre del año en curso, teniendo en cuenta las siguientes razones:

De conformidad con el artículo 113 del Decreto 1213 de 1990, los derechos prestacionales consagrados a favor del personal de Agentes de la Policía Nacional prescriben en cuatro años que se contarán desde la fecha en que se hagan exigibles. Según términos de la citada norma "el reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual".

La ley le ha dado un tratamiento especial a las prestaciones sociales dado su carácter de imprescriptible; por ello, es viable jurídicamente que el interesado pueda elevar solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo; sin embargo y no obstante que el derecho es imprescriptible, si lo son las acciones que emanen de los derechos prestacionales; por tal virtud prescriben las mesadas pensionales, según el término señalado por el legislador.

Para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Dicho tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible.

En el caso objeto de examen, no puede predicarse que a la fecha de expedición de los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 la obligación se hubiera hecho exigible para los miembros de la Policía y las Fuerzas Militares retirados del servicio, pues, precisamente, tales preceptos sólo consagraban la prima de actualización para los oficiales en servicio activo.

Solo con los fallos del 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997 proferidos por el Consejo de Estado, que quedaron ejecutoriados, respectivamente, el 19 de septiembre y el 24 de noviembre del mismo año, y mediante los cuales se declaró la nulidad parcial del parágrafo del artículo 28 de los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y del Art. 29 del Decreto 133 de 1995, en las expresiones "que la devengue en servicio activo" y "reconocimiento de", los miembros de la Policía y Fuerzas Militares en retiro tuvieron plena certeza para reclamar la prima de actualización, dado que los efectos ex tunc que produce la sentencia anulatoria de los actos administrativos, hizo que las cosas se retrotraerán al estado en que se encontraban.

Debe estimarse entonces que a partir de dicho momento es que la obligación se hizo exigible para quienes estaban en retiro, pues se suprimió el obstáculo de orden legal que no les permitía devengar dicho emolumento, como quiera que la prima de actualización sólo estaba consagrada para los oficiales en servicio activo.

En otros términos, para los miembros retirados existía un impedimento de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de la prima de actualización; por ende, se puede afirmar que el derecho a devengar dicha prestación solo surgió, con certeza, a partir de la expedición y ejecutoria de las sentencias referidas.

En este caso, el demandante formuló – la petición en sede gubernativa el 27 de marzo de 2002 (fls. 2 y 3 cdno, 2°); es decir que había transcurrido más de 4 años desde la ejecutoria de las sentencias del Consejo de Estado que permitieron devengar la asignación para el personal retirado, lo que significa que la acción para intentar su reclamo había prescrito, como bien lo dijo el Tribunal". (Negrilla extra texto)

Ahora bien, el Consejo de Estado en providencia del 11 de junio de 2009, estableció el plazo para que el pago de la prima de actualización no prescribiera, señalando que debía solicitarse el reconocimiento hasta los 4 años posteriores al término de la ejecutoria de las sentencias que se profirieron el 14 de agosto y el 6 de noviembre de 1997, las cuales extendieron y declararon el derecho a los pensionados a percibir dicho emolumento, de la siguiente manera:

"En efecto, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales. En ese orden, si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 a 1995, mal puede decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, las cuales, se reitera, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones en actividad.

De lo anterior se colige, que si bien es cierto que la prima de actualización fue una prestación periódica, también lo es, que lo fue durante el tiempo en

que estuvo vigente. Que el hecho de limitar en el tiempo, el pago de la prima de actualización, hace que al culminar su vigencia, desaparezca del mundo jurídico.

De conformidad con lo expresado, la exigibilidad de la prima de actualización vencía los días 19 de septiembre y 24 de noviembre de 2001, de acuerdo a las fechas en que quedaron ejecutoriadas las sentencias de esta Corporación; además si se tiene en cuenta la prescripción cuatrienal contemplada en los artículos 155 y 113 de los Decretos 1212 y 1213 de 1990, respectivamente, los derechos allí consagrados prescriben en 4 años desde el momento en que se hizo exigible la obligación.

Como el actor formuló la petición en sede gubernativa el 17 de junio de 2005 (Fls. 5 a 6), transcurrieron más de 4 años desde la ejecutoria de las sentencias del Consejo de Estado del 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, razón por la cual, prescribió el derecho correspondiente a los años 1993, 1994 y 1995.⁸

Por tanto, es claro que en aras de evitar la prescripción del derecho al pago de la prima de actualización, el interesado tenía hasta el 24 de noviembre de 2001 para presentar la petición tendiente al reconocimiento de dicho emolumento para el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1992 y el 31 de diciembre de 1995.

CASO CONCRETO.

Se encuentra demostrado en el plenario que el accionante prestó sus servicios al Ejército Nacional en calidad de Soldado, Cabo Segundo y Sargento Viceprimero desde el 12 de abril de 1965 hasta el 1° de noviembre de 1980 tal como se advierte de la hoja de servicios No. 0384 del 5 de diciembre de 1980 obrante en los antecedentes administrativos (fl.105).

En virtud del tiempo de servicios prestados al Ejército Nacional, la entidad accionada mediante la Resolución No. 1082 del 19 de diciembre de 1980 reconoció asignación de retiro al demandante efectiva a partir del 1° de febrero de 1981 (fl.3).

Ahora bien, el actor en ejercicio del derecho de petición elevó escritos ante la demandada el 4 de mayo de 2001 (fl.120 vlt) y el 10 de noviembre de 2016 (fls.5 a 7) en los cuales solicitó el reconocimiento y pago de la prima de actualización y el reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta ese emolumento.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", C.P.: Víctor Hernán Alvarado, sentencia de 11 de junio de 2009, radicado: 25000-23-25-000-2006-01031-01(2152-08).

Sobre el particular, como se advirtió en el marco jurídico y jurisprudencial de la presente sentencia, la prima de actualización que fue creada mediante los Decretos 334 de 1992, 26 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 tuvo como fin nivelar las asignaciones básicas de los miembros activos de los Fuerzas Militares y de Policía.

Con posterioridad, teniendo en cuenta los pronunciamientos del Consejo de Estado, la prima de actualización se extendió para los miembros retirados de la Fuerza Pública que gozaban de asignación de retiro y/o pensión pero sólo respecto a los periodos en los cuales esa prima fue reconocida, es decir de 1993 a 1995. Ello, por cuanto el Gobierno Nacional niveló a partir del Decreto 107 de 1996 las asignaciones básicas y de retiro bajo la creación de la escala gradual porcentual en aplicación del principio de oscilación.

En ese orden de ideas, se concluye que el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización, toda vez que como se observa en el certificado obrante a folio 9 del expediente para los años de 1993 a 1995 en su asignación de retiro no se reconoció ese emolumento a pesar que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, en su calidad de pensionado del Ejército Nacional le eran plenamente aplicables los Decretos 26 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995.

Ahora bien, establecido que el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización para los periodos de 1993 a 1995, el Despacho entrará a analizar la excepción de prescripción extintiva presentada por la entidad accionada.

La prescripción extintiva ha sido definida por el Consejo de Estado como aquella que *“tiene que ver con el deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo prudencial el cual está fijado en la Ley, es decir, que para reclamar los derechos que se consideran adquiridos se debe respetar el lapso establecido para el efecto, so pena de perderlos”*⁹.

En tratándose de la prescripción de los derechos de los miembros de las Fuerzas Militares, el Decreto 1211 de 1990 vigente para la época en la cual se reconoció la prima de actualización estableció en el artículo 174 lo siguiente:

⁹ Consejo de Estado, en providencia del 13 de mayo de 2015, Magistrada Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso No. 680012331000200900636 01

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

En efecto, la norma en cita establece que los derechos prescribieran en 4 años contados a partir que la obligación se hizo exigible y que el reclamo escrito dentro de ese periodo interrumpe ese fenómeno por un lapso igual.

Respecto a la prescripción de la prima de actualización para los miembros que a la entrada en vigencia de los Decretos 334 de 1992, 26 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 gozaban de asignación de retiro, como se expuso debe contabilizarse a partir de la ejecutoria de la última sentencia que declaró la nulidad de las expresiones “que devengue en servicio activo” y “reconocimiento de”, toda vez que a partir de allí fue que la obligación a cargo de la accionada de reconocer esa prima se hizo exigible.

Conforme lo anterior, el término de prescripción para que los interesados solicitaran el reconocimiento y pago de la prima de actualización según las disposiciones dictadas por el Consejo de Estado venció el 24 de noviembre de 2001, esto teniendo en cuenta que la última sentencia que se pronunció sobre el particular quedó ejecutoriada el 24 de noviembre de 1997.

En efecto, descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que el accionante en ejercicio del derecho de petición radicó escrito ante el sujeto pasivo el 4 de mayo de 2001 en el cual solicitó el reconocimiento y pago de la prima de actualización junto con el reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta ese concepto (fl.120 vito), es decir, que radicó la reclamación respectiva antes del 24 de noviembre de 2001, fecha límite que como se explicó se tenía para exigir el pago del referido emolumento.

No obstante, a pesar que el demandante radicó la reclamación administrativa en término, según lo consagrado en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, esta petición interrumpió la prescripción por un lapso de cuatros años, es decir que hasta el 4 de mayo de 2005, el accionante contaba con la posibilidad de acudir ante la administración de justicia, motivo por el cual al haberse radicado la demanda el 6 de abril de 2018 (fl.71), se encuentra probado el fenómeno jurídico de la prescripción.

Ahora bien, el demandante solicita se tenga como precedente la sentencia T-783 de 2014 proferida por la Corte Constitucional, en la cual se ordenó dictar una nueva providencia en consideración a que el Tribunal Administrativo del Cauca no aplicó el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política respecto a los dos interpretaciones disimiles que existían para la época respecto a la contabilización del término de prescripción de la prima de actualización por las Subsecciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Al respecto indicó:

"De conformidad con lo expuesto en los acápites anteriores, en la actualidad, existen dos posiciones razonables en la Sección Segunda del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción para reclamar el reconocimiento y pago de la prima de actualización ante las autoridades judiciales administrativas: (i) Una, de la Subsección A, que permite la reclamación en cualquier tiempo siempre que se haya reclamada en sede de vía gubernativa dentro del término de cuatro años siguientes a la sentencia de nulidad dictada por esa Corporación; (ii) Otra, de la Subsección B, que sí da aplicación a un segundo plazo para acudir a la jurisdicción administrativa y reclamar el pago de la prestación, considerando que la prescripción se interrumpe por un término igual al inicialmente contemplado en la norma (4 años).

Bajo ese entendido, la providencia judicial proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, si bien no desconoció precedente alguno al negar la pretensión del accionante por considerar que había operado el fenómeno de la prescripción de conformidad con la tesis de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, representa una violación al derecho fundamental al debido proceso del demandante, por violar directamente la Constitución al no dar aplicación al principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 Superior."¹⁰

En ese orden de ideas, se concluye que la *ratio decidendi*, de la sentencia referida, indica que en caso que existan dos interpretaciones disimiles sobre un asunto, en este caso de la prescripción de la prima de actualización por parte del Consejo de Estado, Sección Segunda, en cada una de sus secciones deberá preferirse aquella hermenéutica que más favorezca al trabajador en virtud del principio protector consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

Descendiendo al asunto, el Juzgado observa que la subregla de derecho que se desprende de la sentencia T-783 de 2014, no es aplicable al presente asunto, por cuanto en ella existía controversia sobre la forma de aplicar la prescripción en la prima de actualización, discusión que ya no existe al interior del Consejo de Estado,

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-783 de 2014.

Sección Segunda, toda vez que las Subsecciones A y B coinciden en la interpretación respecto al momento en el cual se configura el fenómeno prescriptivo.

Así, en sentencia del 8 de septiembre de 2017, la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado dentro del radicado No. 13001-33-33-000-2014-00390-01(1327-16), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“Conforme lo anteriormente expuesto, esta sección ha considerado en forma consistente y reiterada que es a partir de la fecha de ejecutoria de las providencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, a saber el 24 de noviembre de 1997, que se hizo exigible el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización para los miembros de la Fuerza Pública en retiro. Lo anterior, cabe precisar, hasta el 24 de noviembre de 2001, en aplicación del término cuatrienal de prescripción previsto en el Decreto 1211 de 1990.

Sobre este particular, esta Subsección mediante sentencia del 20 de agosto de 2009 dictada dentro del proceso 2095-2008, con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve, sostuvo que:

« (...) La prima de actualización se hizo exigible desde el momento en que esta Corporación declaró la nulidad de las expresiones “que la devenguen en servicio activo” y “reconocimiento de”, mediante sentencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, respectivamente, cuya ejecutoria tuvo lugar el 24 de noviembre de 1997. Es a partir de dicha fecha que quien se creyera con derecho a percibirla debía reclamar ante la administración su reconocimiento y pago, hasta el vencimiento de los 4 años, es decir, hasta el 24 de noviembre de 2001. (...).»

Teniendo en cuenta lo expuesto, estima la Sala que, la prima de actualización reclamada en virtud de las sentencias de esta Corporación, antes citadas, sólo se hizo exigible para el personal en retiro entre el 24 de noviembre de 1997 y el 24 de noviembre de 2001, como quiera que el término de prescripción para el reconocimiento dicha prestación para el año de 1995 empezó a contarse a partir del 24 de noviembre de 1997 y el término de los 4 años señalados en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 finalizó el 24 de noviembre de 2001.”

Por su parte, en sentencia del 4 de mayo de 2017, la Sección Segunda, Subsección A del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas dentro del radicado No. 05001-23-31-000-2010-02088-01(3819-13), señaló:

“Ahora bien, esta Sección consideró, en principio, que la sentencia que declaró la nulidad parcial del párrafo del artículo 28 de los Decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, no tenía incidencia alguna en la interrupción de la prescripción, ya que esta sólo podía operar por el reclamo escrito recibido por la autoridad competente, al tenor del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990; sin embargo, posteriormente rectificó dicha posición en la citada sentencia de unificación del 6 de septiembre de 2001, teniendo en cuenta

que solo con los fallos del 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997, que quedaron ejecutoriados, respectivamente, el 19 de septiembre y el 24 de noviembre del mismo año, los miembros de la Policía y Fuerzas Militares en retiro tuvieron plena certeza para reclamar la prima de actualización, dados los efectos ex tunc de las sentencias anulatorias de los actos administrativos.

Se estimó, entonces, que fue a partir de dicho momento en que la obligación se hizo exigible para quienes estaban en retiro, pues se suprimió el obstáculo de orden legal que no les permitía devengar la prima de actualización, comoquiera que solo estaba consagrada para los oficiales en servicio activo; por ende, el derecho a devengar dicha prestación sólo surgió, con certeza, a partir de la expedición y ejecutoria de las sentencias referidas.”

Conforme lo anterior, se tiene que actualmente ambas Subsecciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado coinciden en la hermenéutica según la cual la prescripción cuatrienal de la prima de actualización comienza a contabilizarse a partir del 24 de noviembre de 1997, fecha en la cual quedó ejecutoriada la última providencia que ordenó el pago de ese emolumento para el personal retirado, por lo cual en aplicación del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, la reclamación escrita debía realizarse dentro de los 4 años siguientes y en caso que ello se hubiera efectuado esa petición interrumpió la prescripción por un lapso igual, término dentro del cual el interesado debió acudir a la jurisdicción.

En los mismos términos se pronunció el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A en providencia del 22 de febrero de 2016, cuando en sede de tutela decidió negar el amparo solicitado por el demandante quien alegó la vulneración al principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, al no darse aplicación a la sentencia T-783 de 2014 (alegada por el actor dentro del epígrafe), toda vez que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decidió declarar la prescripción de la prima de actualización porque aun cuando el sujeto activo reclamó ese emolumento antes del 24 de noviembre de 2001, radicó demanda cuando ya se encontraba superado el nuevo término prescriptivo que se había reanudado en virtud de la interrupción acaecida con la interposición de la petición. Al respecto indicó:

“Pues bien, de la jurisprudencia analizada se puede concluir que la prescripción cuatrienal es aplicable a la prima de actualización, posición que ha sido aplicada en diferentes épocas por el Consejo de Estado de forma unánime y reiterada, de ahí que esta Sala encuentra que no existe disparidad de criterios de la Sección Segunda frente al tema, por lo que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca acertó al declarar de oficio la prescripción cuatrienal en el caso sub iudice, sin desconocer el precedente jurisprudencial de esta Corporación y menos incurriendo en violación del

artículo 53 de la Constitución Política. De tal forma que no se evidencia que se vulneren los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Se tiene que el señor Segundo Cevedeo Velásquez solicitó por escrito el 16 de agosto de 2001, el reajuste de su asignación de retiro con la inclusión de la prima de actualización, respecto de los años 1992 a 1995.

Así mismo, se observa que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho tan solo fue presentada el 23 marzo 2012, es decir una vez fenecido el termino de cuatro años que tenía el señor Segundo Cevedo para acudir a la administración de justicia, de ahí que es acertada la decisión del Tribunal al declarar prescrito el derecho.

Las anteriores consideraciones imponen a esta Sala negar el amparo reclamado por la parte actora, ya que no se configura el defecto por desconocimiento del precedente y en consecuencia no se encuentra vulneración alguna de derechos fundamentales por parte de la entidad judicial accionada. (Negritas fuera de texto).¹¹

En ese orden de ideas, al concluirse que existe un criterio pacífico y constante al interior de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto a la prescripción de la prima de actualización, se tiene que en el asunto se encuentra probado la configuración de ese fenómeno, toda vez que se reitera a pesar que el actor interpuso petición el 4 de mayo de 2001, es decir antes del 21 de noviembre del mismo año, sólo interpuso la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el 6 de abril de 2018, cuando ya se habían superado ampliamente el término de cuatro años de que trata el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte actora en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 22 de febrero de 2016, radicado No. 11001-03-15-000-2016-00009-00(AC), M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

FALLA:

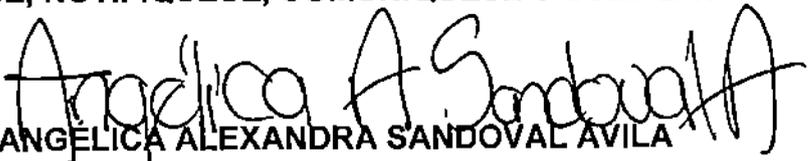
PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción extintiva presentada por la entidad accionada, conforme lo expuesto

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin lugar a Costas en esta instancia.

CUARTO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003), y Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

S.A

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 11 de octubre de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>75</u>.</p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
--

Handwritten text in a cursive script, possibly a signature or a name, located in the center of the page.



JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso : 11001-33-42-052-2018-00121-00
Demandante : **Douglas Castañeda Andrade**
Demandado : **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL**
Asunto : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho – auto resuelve excusa de inasistencia.**

Encontrándose el proceso pendiente de proveer, observa el Despacho que a folio 217 del expediente, obra memorial suscrito por el mandatario de la parte actora, mediante el cual, presenta justificación por su inasistencia a la audiencia inicial celebrada el 26 de septiembre de 2018, por cuanto se encontraba en la ciudad de Villavicencio atendiendo el día anterior otras diligencias y que por el estado de la vía se le dificultó regresar a tiempo a esta ciudad para asistir a la audiencia del asunto.

Al respecto debe señalarse que el numeral 3° del artículo 180 del C.P.A.C.A., establece:

"(...) El juez podrá admitir aquellas justificaciones que se presenten dentro de los tres (3) días siguientes a la realización de la audiencia siempre que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito y solo tendrán el efecto de exonerar de las consecuencias pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia. (...)"

Una vez revisada la excusa presentada por el abogado Jonathan Camilo Buitrago Rodríguez, advierte el Despacho que es un hecho notorio que para la fecha de realización de la diligencia del asunto la vía a Villavicencio – Bogotá D.C. sufría sendos inconvenientes en ambos sentidos, tal como fue reportado por los múltiples de medios de comunicación, entre ellos incluido el referenciado por el mandatario, lo que permite inferir que dicho abogado se le presentó una circunstancia constitutiva de fuerza mayor que le impidió concurrir a la audiencia inicial practicada

en el epígrafe, cumpliendo así con los requisitos establecidos en el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, razón por lo cual será aceptada.

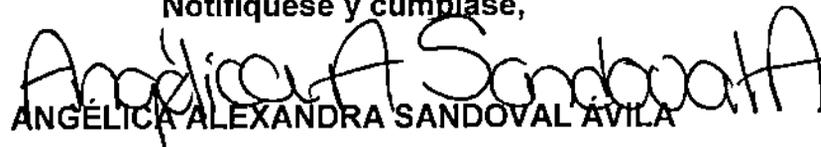
En consecuencia, el Juzgado;

RESUELVE

PRIMERO: Admitir la justificación por inasistencia a la audiencia inicial, presentada por el apoderado de la parte actora, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Exonerar de la multa impuesta por su inasistencia a la audiencia inicial celebrada dentro de las presentes diligencias, al abogado Jonathan Camilo Buitrago Rodríguez, identificado con cédula de ciudadanía N° 80.798.119 y portador de la tarjeta profesional N° 225.691 del C. S. de la J.

Notifíquese y cúmplase,


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL ÁVILA

Juez

S.A

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy once (11) de octubre de 2018 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. <u>075</u></p> <p> DIEGO EDWIN PULIDO MOLANO Secretario</p>
