



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

Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018- 2019 -00 271 -00
Demandante:	ADRIANA LUNA FEO
Demandado:	HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA E.S.E.
Asunto:	SENTENCIA

La señora **ADRIANA LUNA FEO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.943.451, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del Hospital Universitario la Samaritana E.S.E., correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES Y HECHOS.

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 6 de abril de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora estima desconocidas las siguientes normas:

2.1. Constitucionales: artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351.

2.2. Legales: Ley 6 de 1945, artículo 8° de la Ley 4° de 1990, Ley 4° de

1992, artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204 de la Ley 100 de 1993, artículo 32 de la Ley 80 de 1993; las Leyes 244 de 1995, 332 de 1996, 3135 de 1968, 443 de 1998, 909 de 2004, artículo 59 de la Ley 1438 de 2008; las Leyes 1437 de 2011, 1564 de 2012, 1952 de 2019; los Decretos 2127 de 1945, 3135 de 1968, 3148 de 1968, 2400 de 1968, los artículos 51 y 71 del Decreto 1250 de 1970, los artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242 del Decreto 1042 de 1978; los Decretos 1045 de 1978, 2400 de 1979, 3074 de 1968, artículo 8 del Decreto 3135 de 1968, artículo 51 del Decreto 1848 de 1968, artículo 25 del Decreto 1045 de 1968; los Decretos 1335 de 1990, 1919 de 2002, 1374 de 2010 y los artículos 2º, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

Así mismo, considera infringidos pronunciamientos Jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, los cuales se ocupó de citar.

Sobre el particular, sostuvo que el acto administrativo demandado trasgrede las normas referidas, toda vez que desconoció la naturaleza de la relación laboral de la demandante con el Hospital Universitario la Samaritana E.S.E., ocultándola bajo la figura de la tercerización laboral, y afirmó que desconoce los principios de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, dado que la actora ejerció funciones administrativas bajo subordinación, en forma directa presencial, con vocación de permanencia y encaminadas al desarrollo de la misión de la Empresa Social del Estado.

Indicó que la entidad demandada vinculó a la demandante en el cargo de auxiliar de enfermería, a través de la Cooperativa de trabajo asociado denominada Coopsein CTA. y, posteriormente, en el mes de marzo de 2015 y hasta la fecha de su retiro, por medio de la empresa de Servicios temporales Coltempora S.A.; en ese sentido, adujo que la entidad firmó contratos de índole comercial con personas jurídicas, con el fin de que enviasen a su planta física trabajadores en misión para cumplir actividades propias de la entidad.

Señaló que, si bien el anterior acto jurídico fue permitido y regulado por la Ley 50 de 1990, lo cierto es que solo procede dicha figura cuando se comprueba que su objeto es suplir actividades temporales o transitorias.

Manifestó que la actora laboró en la entidad demandada, en virtud de los contratos civiles y comerciales que suscribió bajo la figura de la tercerización laboral; sin embargo, sus funciones cumplen con los presupuestos de una relación laboral, por las siguientes razones:

- Laboró exclusivamente para la entidad demandada, de manera presencial, personal, continua e ininterrumpida, durante 11 años.
- No desarrolló su labor en la planta física de las empresas de servicios temporales y cooperativas de trabajo asociado, a través de las cuales se le vinculó al Hospital Universitario la Samaritana.
- Existió subordinación, toda vez que no gozaba de autonomía, estaba sometida al horario que le era asignado, a los reglamentos de la entidad y tenía funciones predeterminadas, las cuales ejercía el personal de planta y comprendían el objeto misional de la entidad.

En ese sentido, afirmó que se encuentran desvirtuados los presupuestos de un contrato civil o comercial, configurándose la relación laboral, a pesar de que las cláusulas allí contenidas pretendían disfrazar una actividad que por su naturaleza y funciones debe ser desempeñada mediante una relación legal y reglamentaria, incumpléndose con la prohibición constitucional y legal que tienen las entidades del Estado de celebrar este tipo de contratación para el ejercicio de labores de carácter permanente y, en consecuencia, lo procedente era la creación de los cargos correspondientes.

Precisó que en el caso bajo estudio se evidencia la mala fe de la entidad demandada, por el hecho de camuflar una verdadera relación laboral, a través de cooperativas de trabajo asociado y empresas de servicios temporales, dado que infringe los postulados constitucionales, legales y

jurisprudenciales sobre la materia.

III. CONTESTACIÓN

El auto admisorio de la demanda fue notificado el 16 de julio de 2019 (fls. 131 a 133), razón por la cual el plazo para contestarlas feneció el 8 de octubre de 2019, lapso en el que la entidad demandada guardó silencio.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito del **23 de agosto de 2021**, allegado vía correo electrónico, el mismo día, se ratificó en los fundamentos que expuso en el concepto de violación del libelo demandatorio y solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, toda vez que de los medios probatorios obrantes en el plenario, se encuentra demostrado que la actora no laboró con autonomía técnica ni administrativa o financiera, prestando personalmente el servicio durante más de 11 años, bajo la subordinación de sus jefes inmediatos, quienes eran los mismos que impartían las órdenes a los empleados de planta de la entidad.

Afirmó que la entidad demandada contrató a la actora, a través del uso indebido de la figura tercerización, razón por la cual, se le deben reconocer las prestaciones sociales y todos los emolumentos a que tiene derecho como consecuencia de la relación laboral que ostentó con la entidad demandada.

Manifestó que del testimonio recepcionado de la compañera de trabajo de la actora se evidenció que ésta cumplía un horario, tenía superiores jerárquicos que se encargaban de asignarle actividades y metas, le impartían órdenes y controlaban el referido horario, los cuales pertenecían directamente a la planta del Hospital Universitario de la Samaritana, razón

por la cual, afirma que existió subordinación en el servicio prestado, amén que los funcionarios de las cooperativas de trabajo asociado y empresas de servicios temporales no le impartieron órdenes, directrices, llamados de atención o le dieron alguna instrucción y que no prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en las instalaciones físicas de las cooperativas de trabajo asociado y empresas de servicios temporales.

Refirió que el testimonio recepcionado, es prueba suficiente para acreditar los hechos de la demanda, en la medida que se demostró que la entidad demandada fue la verdadera empleadora de la demandante, y afirmó que la tacha formulada por el apoderado de la entidad demanda, respecto del testigo, no están llamadas a prosperar, pues no hay un presunto beneficio entre las partes o parcialidad, toda vez, que la deponente manifestó que le constan los hechos de la demanda, por cuanto, ella fue compañera de trabajo de la demandante, por lo cual, es la persona idónea para indicarle al Despacho como fue la prestación del servicio de la actora y bajo qué condiciones.

En ese sentido, indicó que si la testigo tiene procesos contra la entidad, dicha circunstancia deviene de la contratación que se presentó en condiciones similares a las de la demandante y, por ello, sus derechos fueron lesionados de igual forma, legitimándose así para acudir ante la autoridad judicial competente, toda vez, que sobre ellos, así como sobre todos los ciudadanos de la república, recae un derecho constitucional que les otorga el acceso a la administración de justicia en libertad de condiciones sin restricción alguna.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito del **31 de agosto de 2021**, allegado vía correo, el mismo día, solicitó que no se acceda a las pretensiones de la demanda, toda vez, que la señora Luna Feo, no estuvo vinculada en la planta de personal del Hospital Universitario de La Samaritana, sino que realizó su trabajo en favor de las Cooperativas de Trabajo Asociado y la Operadora en Servicios de Salud Coopsein CTA.

Señaló que entre la entidad demandada y Coopsein CTA., se suscribieron contratos de prestación de servicios que tuvieron por objeto la ejecución por parte de la cooperativa de trabajo de procesos y subprocesos en materia de salud a favor de la entidad demandada.

Manifestó que está probado que entre la actora y la cooperativa se suscribieron 2 convenios de asociación comprendidos entre el 1 de julio de 2008 y el 10 de marzo de 2011 y del 7 de noviembre de 2011 hasta el 1 de febrero de 2015, los cuales tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades cooperadas por parte de la asociada para la producción de bienes y servicios.

Expresó que, la parte demandante no allegó al proceso material probatorio que permita afirmar, sin asomo de duda, la configuración de los elementos esenciales de un contrato de trabajo, en los puntuales términos del artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, en especial, probanzas que den cuenta de una verdadera relación subordinada, verbi gracia, llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones e investigaciones disciplinarias, toda vez, que fueron la Cooperativa de Trabajo Asociado y la Operadora en Servicios de Salud Coopsein CTA., quienes designaron un coordinador encargado de impartir las instrucciones, vigilar el cumplimiento de los horarios o solicitar informes sobre la ejecución de determinadas actividades, todo lo cual constituyó una relación de enlace entre la asociada y la respectiva cooperativa, enmarcada en un sistema de coordinación que debía existir para la correcta ejecución de los servicios contratados por el Hospital.

Advirtió que, se encuentra que los desprendibles de pagos en los que se encuentra enlistada la actora no tienen relación directa, ni indirecta con la entidad demandada, en la medida que los mismos se identifican con la firma de la cooperativa, lo cual permite concluir que las sumas de dinero percibidas por la demandante las devengó como asociada, más no como empleada de la E.S.E. Hospital Universitario de la Samaritana.

Destacó que la prueba documental es clara en evidenciar que, si bien la demandante ejecutó servicios personales al interior del Hospital Universitario de la Samaritana, los mismos se dieron como asociada de Coopsein CTA., más no como trabajadora subordinada del Hospital, ya que era la misma cooperativa la encargada directa de suministrar el apoyo en el área asistencial, a través de sus asociados, dentro de los cuales se encontraba la demandante, de acuerdo con el objeto de los contratos de oferta mercantil, así mismo, que la citada cooperativa desarrolló los procesos y subprocesos contratados dentro de las instalaciones del Hospital, con total autonomía administrativa y financiera, de acuerdo con su objeto social, según su certificado de existencia y representación legal, como se colige de la documental allegada al plenario.

Arguyó que está demostrado que la señora Adriana Luna y la temporal Coltempora SAS., celebraron contratos de obra o labor, los cuales estuvieron comprendidos entre el 1 de febrero de 2015 y el 25 de marzo de 2018.

Anotó que la temporal de servicios cumplió a cabalidad con el pago de salarios, prestaciones sociales, caja de compensación familiar, cesantía, intereses a las cesantías, dotaciones y demás emolumentos y prerrogativas que reconoce la legislación laboral, como se prueba con los informes de supervisión elaborados para cada contrato, en los cuales se verificó el cumplimiento a satisfacción de dicha obligación por parte de Coltempora SAS; máxime que en la demanda no hay un hecho que, por lo menos, afirme lo contrario.

Indicó que en la audiencia de pruebas realizada el 19 de agosto de 2021, se practicó el testimonio de la señora Angélica Sandino López, declarante contra quien formuló tacha por imparcialidad de la testigo, en los términos del artículo 211 del CGP., aplicable por remisión del artículo 211 de CPACA., bajo el argumento que existe por parte de la referida señora un interés directo en las resultas del proceso por haberse promovido contra

el Hospital Universitario de La Samaritana, acción judicial con idénticas pretensiones.

En ese sentido, afirmó que no puede admitirse objetividad e imparcialidad frente a los hechos que fueron narrados y en especial las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de la ejecución de las actividades desarrolladas por la señora Luna Feo, pues, en varias oportunidades, fueron identificadas con las de ésta, por lo anterior, solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda.

4.3. Agente del Ministerio Público

El Procurador Delegado ante el Despacho, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **2 de septiembre de 2021**, rindió concepto, en el cual manifestó que luego de realizar un estudio de los hechos, de las pretensiones de la demanda y del procedimiento impartido al proceso, así como de la jurisprudencia sobre la materia, se debe declarar la ilegalidad del acto administrativo demandado.

Indicó que la constitución y la jurisprudencia han reconocido que lo sustancial prevalece sobre las formalidades, es decir, que, en algunos eventos, pese a que formalmente se ha celebrado un contrato, se encubre una relación laboral. Igualmente, señaló que la posición de la Jurisdicción Contencioso Administrativo ha sido pacífica en establecer que las entidades no pueden contratar actividades de forma permanente o para suplir su inoperancia en proveer las plantas de personal para cumplir con su labor funcional, circunstancias que deberán ser alegadas y probadas por el contratista, quien tiene la carga de acreditar los elementos constitutivos del contrato de trabajo, la prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

Sostuvo que en los casos de las auxiliares y jefes de enfermería el Consejo de Estado ha invertido la carga de la prueba, al considerar en reiterada jurisprudencia que, por las características de las funciones contratadas,

se presume el presupuesto de subordinación y dependencia, el cual podrá ser desvirtuado por la parte demandada.

Anotó que la accionante se vinculó desde el 1 de agosto de 2007 al 31 de marzo de 2018, bajo la modalidad de cooperativas de trabajo con el Hospital Universitario la Samaritana, cuya labor principal era desempeñarse como auxiliar de enfermería.

De otra parte, indicó que, la señora Angélica Sandino López, en la diligencia llevada a cabo el 19 de agosto de 2021, afirmó lo siguiente:

- Que las actividades desempeñadas por la accionante eran de auxiliar de enfermería, tales como, suministrar medicamentos y toma de muestras, que la accionante estuvo en diferentes servicios, en algunos coincidieron con la demandante.
- Que les hacían llamados de atención por incumplir el horario, incluso por cualquier novedad tenían que rendir descargos.
- Que tiene una demanda por estos mismos hechos.

Por lo anterior, en relación a esta última afirmación, solicitó que realice el estudio del testimonio, de conformidad con el inciso segundo del artículo 211 del Código General del Proceso, al momento de proferir sentencia de fondo; sin embargo, afirma que se infiere de lo aludido por la declarante, que la actora Adriana Luna Feo desarrolló actividades de auxiliar de enfermería, las cuales no fueron esporádicas, sino que por el contrario, su vínculo era de carácter permanente, sin que observe prueba que permita desvirtuar la presunción de subordinación otorgada en las mentadas sentencias.

En ese orden de ideas, señaló que, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, la pretensión de declarar que entre el Hospital Universitario La Samaritana y la señora Adriana Luna Feo, existió un vínculo laboral, está llamada a prosperar.

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.1.1. Documentales.

5.1.1.1. Petición elevada por la actora el 1 de febrero de 2019, por medio de la cual solicitó a la entidad demandada la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho, los aportes a la seguridad social y el reembolso de los valores que sufragó por este último concepto y por retención en la fuente, así como la sanción moratoria y ajustes de valor.

5.1.1.2. Oficio No. 2019401002190-1 del 28 de febrero de 2019, por medio del cual el Gerente y Representante Legal del Hospital Universitario la Samaritana E.S.E., negó lo solicitado por la accionante, al sostener que el vínculo que existió entre las partes tuvo lugar como consecuencia del subproceso que fue contrato con las cooperativas de trabajo y las empresas de servicios temporales.

5.1.1.3. Certificación expedida el 7 de diciembre de 2007, mediante la cual la doctora Viviana Camacho, Coordinadora de Proyectos de la Cooperativa Laborccop C.T.A., hizo constar que la señora Adriana Luna Feo, se encuentra vinculada en calidad de trabajadora asociada con convenio de asociación en forma indefinida desde el 4 de agosto de 2007, desempeñando el cargo de auxiliar de enfermería, para su empresa cliente el Hospital Universitario de la Samaritana.

5.1.1.4. Constancia emitida el 22 de diciembre de 2008, a través de la cual el doctor Manuel Leonardo Castañeda López, Coordinador de Procesos de la Cooperativa Coopsein C.T.A., señaló que la demandante, se

encuentra asociada desde el 7 de julio de 2008, con convenio de trabajo asociado, desarrollando procesos de auxiliar de enfermería en el Hospital Universitario de la Samaritana.

5.1.1.5. Convenio de Trabajo Cooperativo asociado suscrito entre el Grupo Laboral Salud y la demandante del 9 de marzo de 2011, en el que consta que trabajada en el Hospital Universitario la Samaritana en el cargo de auxiliar de enfermería a través de dicha Cooperativa.

5.1.1.6. Certificación suscrita del 6 de noviembre de 2011, por la cual la Doctora Aura María Gómez Suarez, Coordinadora Nacional de Proyectos de la Cooperativa Grupo Laboral Salud IPS, a través de la cual hizo constar que la actora estuvo asociada desde el 9 de marzo de 2011 al 6 de noviembre de 2011, realizando actividad en el Hospital la Samaritana.

5.1.1.7. Constancia del 30 de noviembre de 2007, expedida por la entidad demandada en la que indica que la actora asistió al diplomado en cuidado de enfermería en salas de cirugía, dirigido al personal auxiliar de enfermería del Hospital Universitario de la Samaritana.

5.1.1.8. Certificación del 4 de julio de 2008, emitida por la Universidad Nacional de Colombia y el Hospital Universitario de la Samarita en la que consta que la demandante asistió a la Jornada de actualización en urgencias.

5.1.1.9. Constancia del 17 de septiembre de 2010, expedida por el Hospital Universitario de la Samarita en la que indica que la demandante asistió al curso de competencias ambiental, bioseguridad, plan de emergencias y garantía de la calidad

5.1.1.10. Certificación del 6 de julio de 2012, suscrito por el Hospital Universitario de la Samarita en la que señala que la demandante aprobó el curso de actualización en soporte básico de vida.

5.1.1.11. Constancia del 22 de octubre de 2012, expedida por el Hospital Universitario de la Samarita en la que indica que la demandante asistió al

curso de competencias ambiental, bioseguridad, plan de emergencias y garantía de la calidad

5.1.1.12. Certificación de noviembre de 2012, emitida por el Hospital Universitario de la Samarita en apoyo con el convenio docencia servicio Universidad de Cundinamarca en la que señala que la demandante asistió y participó en la conferencia de administración segura de medicamentos.

5.1.1.13. Constancia del 30 de noviembre de 2012, suscrita por el Hospital Universitario de la Samarita y la Subdirección de Enfermería en la que indica que la demandante asistió al XVI congreso de actualización de enfermería.

5.1.1.14. Constancia del 14 de agosto de 2014, expedida por el Hospital Universitario de la Samarita en la que consta que la actora aprobó el curso de soporte vital básico.

5.1.1.15. Constancias emitidas el 4 de agosto de 2018, mediante la cual la doctora Yolanda Contreras Herrera, Gerente de Recursos Humanos de Coltempora S.A., hizo constar que la demandante, estuvo vinculada en misión mediante contrato de obra o labor para la entidad demandada, en el cargo de auxiliar de enfermería, desde el 1 de febrero de 2015 al 5 de enero de 2016 y del 26 de enero de 2017 al 25 de enero de 2018.

5.1.1.16. Constancia suscrita el 7 de febrero de 2019, por medio de la cual el Doctor Edgar Mauricio Cifuentes Ramírez, Gerente de la Cooperativa Coopsein CTA., indicó que la señora Adriana Luna laboró en el Hospital Universitario la Samaritana por medio de convenios de asociación y trabajo autogestionario desde el 1 de julio de 2008 al 10 de marzo de 2011 y del 7 de noviembre de 2011 al 1 de febrero de 2015.

5.1.1.17. Certificado emitido el 8 de febrero de 2019, a través de la cual la Doctora Yolanda Contreras Herrera Gerente de Recursos Humanos de Coltempora S.A., señaló que la demandante laboró en misión bajo la modalidad de un contrato de obra labor en el Hospital Universitario la

Samaritana desde el 1 de febrero de 2015 al 5 de enero de 2016.

5.1.1.18. Constancias expedidas el 9 de febrero de 2019, a través de la cual la Doctora Yolanda Contreras Herrera Gerente de Recursos Humanos de Coltempora S.A., señaló que la demandante laboró en misión bajo la modalidad de un contrato de obra labor en el Hospital Universitario la Samaritana desde del 1 de febrero de 2015 al 5 de enero de 2016; del 6 enero de 2016 al 5 de julio de 2016; del 6 de julio de 2016 al 25 de enero de 2017, del 26 de enero de 2017 al 25 de enero de 2018 y del 26 de enero de 2018 al 25 de marzo de 2018.

5.1.1.19. Comunicación del mes de febrero de 2019, por medio de la cual el Doctor Jesús Espinosa Contreras, Gerente de la Cooperativa Grupo Laboral IPS, le informó a la señora Adriana Luna que laboró en el Hospital Universitario la Samaritana por medio de convenios de asociación y trabajo autogestionario desde el 8 de marzo de 2011 al 6 de noviembre de 2011.

5.1.1.20. Oficio del 26 de febrero de 2019, a través del cual Coltempora S.A. dio respuesta a un derecho de petición elevado por la actora y aportó copias de los contratos de trabajo suscrito entre la empresa de servicios temporales y la demandante del trabajo realizado en misión en el Hospital Universitario la Samaritana.

5.1.1.21. Contratos de trabajo suscritos por la señora Adriana Luna Feo y la empresa Coltempora S.A., en el Hospital Universitario la Samaritana, con el objeto de desarrollar funciones como auxiliar de enfermería, a partir de las fechas 1 de febrero de 2015, 6 de enero de 2016, 7 de junio de 2016, 26 de enero de 2017 y 26 de enero de 2018.

5.1.1.22. Contratos de prestación de servicios suscritos entre el Hospital Universitario de La Samaritana y Coopsein C.T.A. en los años 2008, 2011 y 2015.

5.1.1.23. Contratos de prestación de servicios suscritos entre el Hospital Universitario de La Samaritana y Coltempora S.A. en los años 2015, 2016, 2017 y 2018.

5.1.1.24. Copia de los Manuales Específicos de Funciones y Competencias Laborales del Hospital Universitario la Samaritana del empleo auxiliar del Área de la Salud Código 412.

5.1.1.25. Oficio No. 2019401002190-1 del 20 de febrero de 2019, por medio del cual la Subdirectora de Personal del Hospital Universitario la Samaritana E.S.E., solicitó al gerente de Coopsein C.T.A., allegar los certificados de tiempos laborados entre el 1 de julio de 2008 al 10 de marzo de 2011 y del 17 de noviembre de 2011 al 1 de febrero de 2015.

5.1.1.26. Oficio No. 2019401002188-1 del 20 de febrero de 2019, por medio del cual la Subdirectora de Personal del Hospital Universitario la Samaritana E. S. E., le solicitó al representante de legal allegar los certificados de tiempos laborados entre el 1 de febrero de 2015 al 25 de marzo de 2018.

5.1.1.27. Oficio No. 2021401004239-1 del 7 de mayo de 2021, a través del cual la Doctora Luz Dary Ruiz Romero, en calidad de Subdirectora de Personal de la entidad demandada, dio respuesta al requerimiento realizado en la audiencia inicial del 6 de abril de 2021, en el cual informó:

“La Empresa Colombiana de Temporales - Coltempora S.A., en certificaciones fechadas 08 y 09 de febrero de 2019, informó a esta Entidad que la Señora Luna Feo mantuvo una relación laboral con dicha empresa mediante Contratos por Obra Labor celebrados para los siguientes periodos, de los cuales se adjuntan certificaciones:

- 01 de febrero de 2015 al 05 de enero de 2016.*
- 06 de enero de 2016 al 05 de julio de 2016.*
- 06 de julio de 2016 al 25 de enero de 2017.*
- 26 de enero de 2017 al 25 de enero de 2018.*
- 26 de enero de 2018 al 25 de marzo de 2018.*

De suerte entonces que la relación de tipo laboral se dio con Coltempora S.A.- y no con la E.S.E. Hospital Universitario de La Samaritana, siendo la empresa temporales de servicios su empleador en los términos del artículo

71 de la Ley 50 de 1990.

Ahora bien, en certificación de 07 de febrero de 2019, la cual se anexa, suscrita por el Gerente de la **Cooperativa de Trabajo Asociado y Operadora de Servicios de Salud –COOPSEIN CTA-**, se dio constancia que en su calidad de asociada realizó contribuciones económicas y personales de su capacidad de trabajo desde el 01 de julio de 2008 hasta el 10 de marzo de 2011, y del 07 de noviembre de 2011 hasta el 01 de febrero de 2015, en el marco de los Convenios de Asociación, se adjunta certificación emitida por la Coopsein CTA.

Se tiene entonces que la Señora Luna Feo suscribió acuerdos autogestionarios con la Cooperativa Coopsein, que tuvieron como finalidad el desarrollo de actividades cooperadas para la producción de bienes y servicios. Es de resaltarse que las Cooperativas de Trabajo Asociado, como organizaciones sin ánimo de lucro, asocian a personas naturales que simultáneamente son gestoras, las cuales contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados.”

5.1.1.28. Medio magnético contentivo de los contratos suscritos por la entidad demandada y la empresa Coltempora S.A.

5.1.2. Testimoniales

5.1.2.1 Declaración rendida el 19 de agosto de 2021, por la señora Angélica Sandino López ante este Despacho por medio de la plataforma Microsoft Teams y acta contentiva de dicha diligencia.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo 6 de abril de 2021, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora Adriana Luna Feo, tiene derecho a que se le reconozca la existencia de un relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculada bajo la modalidad de prestación de servicios en el Hospital Universitario la Samaritana E. S. E. y, en consecuencia, se efectúe el pago de salarios y prestaciones que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral.

5.2.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO

El artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, “*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...*”, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 del mismo año, dispone:

“Artículo 2. *Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.*

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones*¹. (Negrita del Despacho).

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 “*por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil*”, contempla:

“Artículo 1°.- *El presente Decreto Nacional regula la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional, con excepción del personal del ramo de la defensa. Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la república.*

Artículo 2°.- *Las personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público son empleados o funcionarios públicos, trabajadores oficiales, o auxiliares de la administración.*

Artículo 3°.- *Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los*

¹ La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

Artículo 4°.- *Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos, obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra, son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes*

Artículo 5°.- *Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.*

Artículo 7°.- **Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.**

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad.” (Negrita del Despacho)

De la normatividad en cita, es claro que no podrán celebrarse contratos de prestación de servicios, en tratándose de funciones públicas de carácter permanente.

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 “Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”, establece:

“Artículo 26°.- *Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.*

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. *En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.*

2. *En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:*

a. *Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;*

b. *Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;*

c. *Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.*²

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

Parágrafo.- *Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.*

*Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo*³.

De lo anterior, se colige que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado en los servicios de salud se conforma por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción; no obstante, hace la distinción que los trabajadores oficiales, se encargan de desempeñar cargos no directivos, esto es, los de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53⁴ la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección

² Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-387 de 1996.

³ Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 1995.

⁴ ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;

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

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 (...)”.

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

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

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

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

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”, en el numeral 3° del artículo 32, determinó:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”*⁵

Conforme lo anterior, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) los empleados públicos: vinculados a través de una relación legal y reglamentaria; b) los trabajadores oficiales: vinculados a través de un contrato laboral y c) **los contratistas de prestación de servicio: vinculados a través de un contrato estatal.**

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente, en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, así:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación

⁵ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

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.

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

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

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes

al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

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

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

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

De la norma y jurisprudencia en cita, se advierte que el contrato de prestación de servicios surge por la necesidad de vincular a una persona que desarrolle las actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de una entidad; sin embargo, ostenta unas características particulares, esto es, i) que las labores no puedan ser asumidas por el personal de planta o requieran conocimientos especializados y ii) que no existe la subordinación por parte del contratista, ya que goza de autonomía e independencia.

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los

elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

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

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

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

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

c. Un salario como retribución del servicio.

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

De lo anterior, se entiende que existe contrato de trabajo cuando se presenta: i) una prestación personal del servicio, ii) la continuada subordinación o dependencia y iii) el salario.

Ahora bien, frente a la existencia de una relación laboral, respecto de los servicios vinculados al sector salud, el Consejo de Estado consideró⁶:

*“Al respecto dirá la Sala que, si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud por disposición expresa de la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, **la especialidad de que se revisten los servicios Médicos - entratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios**, de manera que no puede admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad, desde luego, cuando a ello haya lugar, **más cuando la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las***

⁶ Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección “A” Sentencia del 4 de marzo de 2010, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, R. I. 1413-08.

Entidades Estatales prestadoras del mismo.

Así, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios Médicos Generales, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se posibilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.

Debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aún los aspectos anteriormente referidos.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso.” (Subrayado del Despacho)

Por su parte, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, dicha Corporación Judicial- Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, **UNIFICÓ** el criterio respecto del contrato realidad, así:

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

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias

dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales⁷.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁸ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).

5.3. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

5.3.1. De la solicitud de tacha del testimonio recepcionado.

El apoderado de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonio llevada a cabo el 19 de agosto de 2021, tachó de sospechoso el testimonio de la señora Angélica Sandino López, al sostener que promovió una demanda en contra del Hospital Universitario La Samaritana E.S.E., por hechos similares, efecto para el cual, confirió poder al mismo abogado que representa los intereses de la demandante, incluso, está citada como testigo en su proceso; además, mantienen actualmente una amistad.

Descorrido el traslado de tal solicitud, el apoderado de la parte

⁷ En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

⁸ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

demandante indicó que el hecho de que una testigo instaure un proceso en contra de la entidad demandada, no es obstáculo para que pueda rendir testimonio, bajo el entendido de que, para ello, se encuentra bajo gravedad de juramento. Por su parte, el señor Agente del Ministerio Público solicitó que la tachadura formulada fuera resuelta al momento de proferirse la decisión de fondo que dirima la controversia.

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

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

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de Procedimiento Civil⁹, señala en relación con la tachadura de testigos, que dicha figura en momento alguno impide que se reciba la declaración del testigo, sino que lo que se pretende es que el juez en el momento del fallo o de resolver el incidente, aprecie con especial atención y mayor severidad la versión respectiva.

En ese sentido, se advierte que, en efecto, la señora Angélica Sandino López, en la declaración que rindió ante este Despacho, refirió que había promovido un proceso en contra de la entidad demandada, cuyo objeto se circunscribía a la declaración de la existencia de la relación laboral y el

⁹ Tomo 3 - Pruebas, Segunda Edición 2008, página 192

consecuencial pago de prestaciones sociales; sin embargo, dicha circunstancia no le resta mérito probatorio a su testimonio, toda vez que la deponente como compañera de trabajo de la demandante en el Hospital Universitario La Samaritana, conoce de forma directa la manera como esta desarrolló su labor, amén que su declaración fue rendida bajo la gravedad de juramento y los hechos expuestos se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, las versiones rendidas por la testigo no resultan parcializadas ni afectan su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre la vinculación de la actora en la entidad demandada, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas, encontrando el Juzgado que la tachada formulada, es infundada y, en consecuencia, dicho testimonio será valorado por este Estrado Judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

5.4. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, la señora Adriana Luna Feo reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales que aduce tiene derecho, por el tiempo en que prestó sus servicios como Auxiliar de Enfermería en el Hospital Universitario la Samaritana E.S.E.

Por su parte, la entidad demandada mediante el Oficio No. 2019401002781-1 del 28 de febrero de 2019, negó el aludido reconocimiento y pago, por considerar que la relación sostenida con la actora, obedeció a los contratos y órdenes de prestación de servicios suscritos y, por lo tanto, no le asiste el derecho a reclamar dichas prestaciones.

En consecuencia, el Despacho entrará a determinar si en el caso que nos ocupa, se configuran los elementos estructurales de una relación laboral, como lo son: **i)** la prestación personal del servicio, **ii)** la subordinación o dependencia y **iii)** el salario como retribución del servicio.

i) Prestación personal del servicio.

Sobre el particular, cabe resaltar que del convenio y los contratos de trabajo aportados al plenario, así como de los oficios 2019401002781-1 del 28 de febrero de 2019 y 2021401004239-1 del 7 de mayo de 2021, expedidos por la entidad demandada y de las certificaciones emitidas por las Cooperativas de Trabajo Asociado Coopsein C.T.A., S.I.C Laborcoop C.T.A., Coopsein C.T.A. y Grupo Laboral Salud C.T.A. y la sociedad temporal Coltempora S.A., quedó plenamente demostrado que la actora prestó sus servicios al Hospital Universitario La Samaritana E.S.E., como **Auxiliar de Enfermería y Auxiliar en Salud**, de la siguiente forma:

CONTRATANTE	DURACIÓN		OBJETO	FL.
	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN		
S.I.C LABORCOOP C.T.A.	04/08/2007	07/12/2007	Auxiliar de enfermería	51
COOPSEIN CTA	01/07/2008	10/03/2011	Auxiliar de enfermería	52,56
GRUPO LABORAL SALUD I.P.S.	9/03/2011	06/11/2011	Auxiliar de enfermería	53
COOPSEIN CTA	07/11/2011	01/02/2015	Auxiliar de enfermería	42
COLTEMPORA S.A.	01/02/2015	05/01/2016	Auxiliar III	42, 54, 57 y 71
COLTEMPORA S.A.	06/01/2016	05/07/2016	Auxiliar en Salud	42, 59 y 73
COLTEMPORA S.A.	06/07/2016	25/01/2017	Auxiliar en Salud	42, 61 y 75
COLTEMPORA S.A.	26/01/2017	25/01/2018	Auxiliar en Salud	42, 55, 63 y 77
COLTEMPORA S.A.	26/01/2018	25/03/2018	Auxiliar en Salud	42, 65 y 79

En ese sentido, si bien se atribuye en el acto demandado que durante el lapso señalado anteriormente, la señora Adriana Luna Feo se fungió como trabajadora asociada a las Cooperativas de Trabajo Asociado Coopsein C.T.A., S.I.C Laborcoop C.T.A. y Grupo Laboral Salud C.T.A., así como a la sociedad temporal Coltempora S.A., situación que generó una relación laboral entre esta y tales organizaciones, las cuales tenían la obligación de crear un régimen de trabajo asociado que regulara dicha vinculación, lo cierto es que las referidas modalidades de contratación no conllevan al desconocimiento de los derechos de los trabajadores dependientes o subordinados respecto de la entidad en la que prestan sus servicios.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, a través de la sentencia proferida el 23 de febrero de 2017, dentro del proceso con radicación No. 23001-23-33-000-2013-00127-01(4082-14), señaló:

“(…)

Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos.

Debido a la naturaleza misma de las cooperativas de trabajo asociado, la retribución que reciben los asociados por su trabajo no es salario sino una compensación, que se fija teniendo en cuenta estos factores: la función que cada trabajador cumple, la especialidad, el rendimiento, la cantidad y calidad del trabajo aportado. Igualmente, el trabajador asociado tiene derecho a recibir un porcentaje de los excedentes obtenidos por la cooperativa.

Sin embargo, dicha figura asociativa no fue creada por el Legislador para que se desconocieran los derechos de los trabajadores, al punto que, por mandato legal las cooperativas de trabajo asociado que incurran en prácticas deshonestas deben responder ante las autoridades correspondientes. En ese sentido, el trabajo asociado no puede ser utilizado indebidamente para desconocer o eludir las obligaciones de estirpe laboral con los trabajadores dependientes o subordinados, por ello, la normatividad consagró la prohibición de que las Cooperativas de Trabajo Asociado actuaran como empresas de intermediación laboral, disponiendo del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a

usuarios o terceros beneficiarios.

Pero de igual manera, es claro que las cooperativas funcionan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, de tal suerte que, cuando el asociado es vinculado con otro ente, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, quien alega la configuración o existencia del contrato realidad con aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber probatorio de acreditar el trípode que la legislación consagra para la configuración de una relación laboral". (Negrilla del Despacho).

En ese sentido, se colige que, tanto las cooperativas como la sociedad temporal, permitieron que entre el Hospital Universitario La Samaritana y la demandante, se generara una relación laboral, por cuanto, de forma directa, prestó sus servicios a dicho centro hospitalario. Nótese, que frente a las funciones que desarrolló la demandante, en la aludida documental se refirió que, debería realizar aquellas previstas para el cargo, las cuales se encontraban contenidas en el manual de funciones, tales como, acatar las instrucciones u órdenes que le impartan el Gerente o las personas responsables de la dirección, coordinación y organización del trabajo; participar en la elaboración y/o actualización del manual de normas, procedimientos y protocolos asistenciales del área; mantener disponible la información de los procedimientos realizados en el servicio para el correspondiente proceso de facturación; informar al jefe inmediato las novedades de personal a su cargo, tales como ausencias, incapacidades, calamidades y supervisar el desempeño de las actividades del mismo, aplicando medidas correctivas y reconocer y responder efectivamente ante los eventos adversos con el objetivo de contribuir en la seguridad del paciente, en cada uno de los procesos de atención de salud.

Igualmente, se señaló que, respecto a la atención de los pacientes, debía informar al médico oportunamente sobre los cambios ocurridos y realizar los respectivos traslados y cumplir con los trámites correspondientes para su remisión a otras instituciones.

Por su parte, la señora Angelica Sandino López, en declaración que rindió ante este Despacho el 19 de agosto de 2021, señaló que en el centro hospitalario la demandante tenía a su cargo la administración de

medicamentos, el baño de pacientes, arreglar la unidad, realizar notas de enfermería y la toma de muestras de laboratorios.

Así las cosas, se encuentra demostrado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se señaló la testigo en su declaración, no podía delegar en otra persona su función.

ii) Subordinación o dependencia.

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en el acto administrativo demandado y en el Oficio 2021401004239-1 del 7 de mayo de 2021, suscrito por la doctora Luz Dary Ruiz Romero, Subdirectora de Personal de la entidad demandada, se señaló que *“Nunca existió una subordinación o dependencia con el Hospital”*, por cuanto, la actora se encontraba desarrollando *“un subproceso que fue contratado con la Cooperativa de Trabajo Asociado Coopsein CTA a la que le correspondía realizar la coordinación de las actividades”* de la asociada.

Sin embargo, en el convenio de trabajo cooperativo asociado y en las certificaciones expedidas por la Cooperativa de Trabajo Asociado Coopsein C.T.A. y la sociedad temporal Coltempora S. A. -*respectivamente*, se plasmó que la demandante debía: i) desarrollar su labor en el centro hospitalario, como Auxiliar de Enfermería; ii) desempeñar las funciones previstas para el cargo indicado en el manual de funciones y iii) asistir a las reuniones programadas por el coordinador del área y/o el jefe del departamento e informar sobre la situación del servicio en lo que al área de enfermería se refiere.

Ahora bien, de la declaración que rindió la señora Angelica Sandino López, ante este Juzgado, se advierte que la demandante tuvo como jefes inmediatos a las doctoras *“Martha”* y *“Alba Lucía Villegas”*, quienes le impartían órdenes y que el hospital le proporcionaba elementos de protección personal, batas y gorros. Igualmente, afirmó que la actora debía ejercer sus labores en el horario de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., noche de por

medio, jornada que era controlada por la entidad, dado que debían portar el carné que le suministró el hospital, contentivo de un chip.

Así las cosas, pese a que la entidad demandada, a través del Oficio No. 2021401004239-1 del 7 de mayo de 2021, citado anteriormente, precisó que debido a que la actora no perteneció a la planta de personal del Hospital Universitario La Samaritana, no se podía entregar la programación de turnos propios de la institución, lo cierto es que la señora Angelica Sandino López en su testimonio, manifestó que la demandante ejercía su labor en la jornada de la noche, resaltando que el Departamento de Enfermería del centro hospitalario realizaba cuadros de turnos.

Así mismo, se encuentra acreditado en el plenario que, durante el tiempo que la actora prestó sus servicios en la entidad demandada, asistió al diplomado en cuidado de enfermería en salas de cirugía, dirigido al personal auxiliar de enfermería del Hospital Universitario de la Samaritana; a la Jornada de actualización en urgencias; al curso de competencias ambiental, bioseguridad, plan de emergencias y garantía de la calidad; al curso de actualización en soporte básico de vida; al curso de competencias ambiental, bioseguridad, plan de emergencias y garantía de la calidad; a la conferencia de administración segura de medicamentos; al XVI congreso de actualización de enfermería y al curso de soporte vital básico.

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por la actora por más de 10 años, en el Hospital Universitario La Samaritana no se enfocaron en el desarrollo de una labor esporádica o transitoria; amén, que no gozaba de autonomía e independencia para ejercer su labor, puesto que se veía en la obligación de realizar sus funciones atendiendo los horarios de la entidad, usando las herramientas del centro hospitalario y bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión.

iii) Remuneración por el trabajo cumplido.

Sobre el particular, advierte el Despacho que, en el convenio y en cada uno de los contratos, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, la cual se realizaba de manera mensual.

De acuerdo con lo anterior, se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que: **i)** la demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio en el Hospital Universitario la Samaritana E.S.E., como auxiliar de enfermería y auxiliar en salud, labor que, valga la pena anotar, **es propia de la actividad misional de la entidad**, pues tal como se consignó en la certificación expedida por la sociedad temporal Coltempora S.A., la actora debía “propender por el logro de la misión, visión, principios, valores y objetivos estratégicos del HUS”; **ii)** recibía una remuneración por el trabajo prestado y **iii)** actuaba bajo subordinación y dependencia del centro hospitalario en el cual -se reitera- ejercía su labor.

Ahora bien, mediante el Oficio No. 2021401004239-1 del 7 de mayo de 2021, se informó a este Despacho que revisado el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales del Hospital Universitario la Samaritana E.S.E., se corroboró que en la planta de personal existe el empleo Auxiliar Área de la Salud, el cual ejerce funciones similares a las que ejecutó la demandante, manual que, igualmente, fue allegado al plenario por las partes.

A su vez, la señora Angelica Sandino López en la declaración que rindió ante este Despacho señaló que el hospital contaba con personal de planta que ejercía las mismas funciones que la señora Adriana Luna Feo.

En ese sentido, en el caso *sub examine* es aplicable el principio de “la primacía de la realidad sobre formalidades”, pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones del empleo de **Auxiliar Área de la Salud - Código 412**, cargo que pertenece a la planta global de personal del Hospital Universitario La Samaritana, quedando

desvirtuada la naturaleza de los convenios y los contratos suscritos entre la señora Adriana Luna Feo y las Cooperativas de Trabajo Asociado Coopsein C.T.A., S.I.C Laborcoop C.T.A., Coopsein C.T.A., Grupo Laboral Salud C.T.A., así como con la sociedad temporal Coltempora S.A. - *respectivamente*, razón por la cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral entre la actora y el centro hospitalario, con derecho al pago de todos los emolumentos que percibe el empleado de planta, entendiéndose estos, no solo como las prestaciones sociales, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, como aquellas por concepto de pensión (en la proporción correspondiente), debidamente indexados, como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer a la demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes al convenio y a cada uno de los contratos celebrados.

Ahora bien, es importante advertir que no por el hecho de que se tipifique la relación laboral la hoy demandante adquiera la calidad de empleada pública, pues como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado, para ostentar dicha calidad, es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución Política, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, así como que se cumplan los requisitos de ley, como son el nombramiento y la posesión y, pese, a que el empleo desempeñado por la actora hace parte de la planta de personal del Hospital Universitario La Samaritana E.S.E, no se reúnen a satisfacción los demás requisitos.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contenciosos Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, C. P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, mediante la sentencia proferida el 21 de julio de 2016, dentro del proceso No. 25000-2325-000-2010-00373-01, señaló:

“En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante no

se le puede otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos¹⁰, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión¹¹.

Con lo anterior se tiene que en este punto no le asiste razón al a quo cuando decidió negar la pretensión referida al reconocimiento en favor de la accionante de estas últimas prestaciones, por lo que se estima que tiene derecho a que se le reintegren las sumas que ella canceló y que le correspondía sufragar al hospital, por concepto de salud y pensión, según la normativa vigente, para lo cual, deberá allegar la prueba que soporte los pagos efectivamente realizados por tales conceptos”.

5.5. De las prestaciones sociales.

Sobre el particular, vale la pena mencionar que, si bien en el convenio y en los contratos se plasmó que la demandante sería beneficiaria de las prestaciones consagradas en la Ley 50 de 1990 *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”* y demás estipulaciones previstas en el C. S. T., tales como la compensación monetaria por vacaciones y prima de servicios proporcional al tiempo laborado, lo cierto es que no obra prueba en el plenario que acredite que, efectivamente, las cooperativas y la sociedad temporal, sufragaran dichos conceptos.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse** en un **75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

Además, no se puede perder de vista que, en el *sub examine*, no es dable que se dé aplicación a las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto, este rige las relaciones de derecho individual de trabajo de carácter particular y las de derecho colectivo de trabajadores oficiales y particulares, por lo tanto no es aplicable a los servidores públicos, calidad a la que se equiparó la demandante, puesto que dada la verdadera relación laboral que existió entre esta y el Hospital Universitario La Samaritana, le asiste el derecho a percibir las prestaciones sociales que devenga un Auxiliar Área Salud - Código 412.

5.5.1. Pago del concepto de vacaciones.

Respecto a la compensación en dinero de las vacaciones, el H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en sentencia del 19 de abril de 2018, dentro del expediente No. 81001-23-33-3000-2013-00096-01, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, señaló:

“Sobre el carácter jurídico de las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «contrato realidad-, sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada año de servicios-, no obstante lo cual, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no laborables remunerados, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978, que dispone:

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, la sección segunda de esta Corporación estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega

la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, 4.] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo»

*Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, **corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria**, pero como quiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, ha de compensársele con dinero tal garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005.*

*Sin embargo, el pago de la compensación por el descanso no disfrutó la accionante solo comprenderá lo causado a partir del 24 de enero de 2010, en atención al fenecimiento de la oportunidad para reclamarlo...”
(Negrilla fuera del texto original).*

Bajo dicho pronunciamiento Jurisprudencial es claro el derecho que le asiste a la demandante de la compensación en dinero de las vacaciones, en razón a que constituye una prestación social, de conformidad con el principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política.

5.5.2. Cesantías, intereses y sanción moratoria.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en Sentencia del 6 de octubre de 2016, señaló:

*“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, **el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio**. En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto*

las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibirlas, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas”. (Negritas del Despacho).

De conformidad con el precedente jurisprudencial expuesto, no es viable el reconocimiento de cesantías ni de la sanción moratoria por el no pago de las mismas en tiempo reclamadas por la actora, como tampoco los intereses que se hayan podido generar, toda vez que para la fecha en que se celebraron los contratos y los convenios, se encontraba en discusión dicho derecho y solo se hacen exigibles a partir de la sentencia que las reconozca.

5.6. De la prescripción.

En ese acápite se estudiará de oficio el fenómeno de la prescripción, conforme al precedente sentado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01, así:

i) Prescripción de cada uno de los contratos celebrados.

Al respecto en la sentencia de unificación citada se dijo:

“Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios”. (Negritas del Despacho).

El anterior criterio, fue reiterado por dicha Corporación, en la sentencia proferida el 18 de julio de 2018, M. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14), al señalar:

*“... la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, **sin importar si la interrupción es de un día, inclusive.***

Lo anterior toda vez que, conforme con la jurisprudencia unificada de esta Corporación, los derechos prestacionales derivados del contrato realidad son pasibles de perderse por prescripción extintiva, esto es, por no reclamarse en la oportunidad que la Ley otorga para ese efecto”
(Negrilla fuera del texto original)

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios en el Hospital Universitario La Samaritana, en los siguientes periodos:

Del 4 de agosto de 2007 al **7 de diciembre de 2007**

Del 1 de julio de 2008 al 10 de marzo de 2011

Del 11 de marzo de 2011 al 6 de noviembre de 2011

Del 7 de noviembre de 2011 al 1 de febrero de 2015

Del 2 de febrero de 2015 al 5 de enero de 2016

Del 6 de enero de 2016 al 5 de julio de 2016

Del 6 de julio de 2016 al 25 de enero de 2017

Del 26 de enero de 2017 al 25 de enero de 2018

Del 26 de enero de 2018 al 25 de marzo de 2018

Como puede verse, existe un lapso de interrupción en el que la demandante no prestó sus servicios al centro hospitalario.

Así las cosas, en consideración a que la actora presentó reclamación administrativa mediante escrito del **1 de febrero de 2019** y que entre el convenio que finalizó el 7 de diciembre de 2007 y el que inició el 1 de julio

de 2008, existió una interrupción de seis (6) meses y veinticuatro (24) días, el convenio celebrado con anterioridad al **7 de diciembre de 2007**, se encuentra prescrito y así habrá de declararse.

ii) Prescripción de los aportes para pensión.

Respecto a las prestaciones sociales que están a cargo del empleador cuando se declara la existencia de una relación de carácter laboral, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, mediante la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, indicó:

“(…)

*De otra parte, con el fin de determinar cuáles son **las prestaciones sociales** que se deberán reconocer a título de reparación integral del daño al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.*

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

*Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y **las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social** son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.*

*Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y **en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso**, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.*

“(…)

Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las

prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista". (Negrilla del Despacho y subrayado fuera del texto original).

Ahora bien, sobre los aportes para pensión, en la mencionada sentencia de unificación, se dispuso:

"Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época (...)".

Bajo dichos criterios, los aportes para pensión son imprescriptibles y como tal se deberán reconocer a título de reparación integral del daño, en virtud de la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre las partes, como quiera que no existe una disposición de orden legal que señale expresamente un término que extinga la posibilidad de reclamarlos en cualquier tiempo.

Ahora, si bien en el acto demandado se afirmó que la Cooperativa de Trabajo Asociado Coopsein C.T.A. *"era la encargada de realizar los aportes a seguridad social"*, lo cierto es que no obra documento alguno que así lo demuestre, de modo que, el extremo demandado incumplió con la previsión contenida en el artículo 167 del C. G. del P., según el cual *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*, razón por la cual en virtud de lo dispuesto, sobre tal aspecto, en la referida sentencia de unificación del 4 de febrero de 2016, se ordenará pagar a la demandante los **valores que canceló** por concepto de pensión, en virtud de los convenios y contratos que suscribió, según los porcentajes de ley al empleador.

En caso de que existan diferencias entre los aportes realizados por la actora y los que se debieron efectuar, le corresponderá COTIZAR la suma

faltante por concepto de aportes solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la señora Adriana Luna Feo **deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema**, durante el tiempo que prestó sus servicios en el centro hospitalario y **en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiera diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.**

De otra parte, cabe advertir que en sentencia de Unificación de Jurisprudencia por importancia jurídica, proferida el **9 de septiembre del año en curso**, el Honorable Consejo de Estado -Sección Segunda- Sala de lo Contencioso Administrativo, estableció algunas reglas en procesos de naturaleza jurídica como el que aquí se discute, las cuales, no fueron tenidas en cuenta por el Despacho, dado que dicha providencia no se encuentra ejecutoriada a la fecha de la presente providencia, al estar pendiente de resolución de las solicitudes de aclaración formuladas contra la misma.

6. COSTAS

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

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

VI. RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la existencia de la relación laboral entre la señora Adriana Luna Feo, identificada con la cédula de ciudadanía No.

51.943.451 de Bogotá y el Hospital Universitario la Samaritana E.S.E.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del Oficio 2019401002781-1 del 28 de febrero de 2019, por medio del cual el Gerente del Hospital Universitario La Samaritana E.S.E., le negó a la actora el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que se derivaron de la existencia de una relación laboral.

TERCERO.- DECLARAR probada de oficio la excepción de prescripción del convenio celebrado con anterioridad al **7 de diciembre de 2007**, de conformidad con las consideraciones realizadas en esta sentencia.

CUARTO.- A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** al HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA E.S.E., **RECONOCER** y **PAGAR** a la señora ADRIANA LUNA FEO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.943.451 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas que devenga un **AUXILIAR ÁREA DE LA SALUD - CÓDIGO 412**, por los periodos en que prestó sus servicios en la entidad, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los convenios y contratos suscritos entre el **1 de julio de 2008 y el 25 de marzo de 2018** -respectivamente.

Las anteriores sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo reconocido en la presente sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente.

QUINTO.- ORDENAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA E.S.E., a:

i) **PAGAR** a la señora ADRIANA LUNA FEO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.943.451 de Bogotá, los valores que **canceló** por concepto de pensión, en virtud de los convenios y contratos que suscribió, según los porcentajes fijados por Ley al empleador, durante el tiempo comprendido entre el **4 de agosto de 2007 y el 25 de marzo de 2018, salvo su interrupción.**

ii) En caso de que existan diferencias entre los aportes realizados por la actora y los que se debieron efectuar **COTIZAR** la suma faltante por concepto de aportes solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, por lo que la parte actora **deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema**, durante sus vínculos con la entidad y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiera diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

iv) **ACTUALIZAR** tales sumas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a los conceptos de salud y pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad y así sucesivamente

SEXTO.- Sin costas a cargo del HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA E.S.E

SÉPTIMO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

Firmado Por:	JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado	Mercedes Vasquez
	La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 030, de hoy 29 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.	

Gloria Jaramillo
Juez Juzgado


Administrativo
018
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, D. C.
Expediente No. 2019-00271-00

dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **862863e84d5d219f3a473aa156498084d2155f796a724a1becc135169a166d38**

Documento generado en 27/10/2021 12:02:31 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-2020-00171-00
Demandante: CARMEN JULIETA NIÑO PICO
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **CARMEN JULIETA NIÑO PICO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.078.100, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

(i) Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto configurado el 19 de septiembre de 2018, frente a la petición elevada el 19 de junio de 2018, por medio de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, por el pago tardío de sus cesantías.

(ii) Declarar que la actora tiene derecho a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados

desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que le hicieron efectivo el pago.

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

(iii) Reconocer y pagar a la demandante la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

(iv) Reconocer y pagar los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria referida en el numeral anterior, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

(v) Reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria reconocida en la sentencia.

(vi) Dar cumplimiento al fallo, tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(vii) Condenar en costas a la parte demandada conforme con lo estipulado en el artículo 188 del C.P.A.C.A y en el Código General del Proceso.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Que el artículo 3° de la Ley 91 de 1989, creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica.

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

1.2.3. Que por laborar como docente en los servicios educativos estatales, la actora le solicitó al Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el día 20 de junio de 2017, el reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

1.2.4. Que por medio de la Resolución No. 7250 del 29 de septiembre de 2017, le fueron reconocidas las cesantías a la actora, las cuales fueron canceladas el 13 de marzo de 2018, por intermedio de entidad bancaria.

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

1.2.6. Que la actora solicitó la cesantía el 20 de junio de 2017, siendo el plazo para pagarla el día 20 de septiembre de 2017, pero se realizó el pago el 13 de marzo de 2018, por lo que trascurrieron 161 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para cancelarla hasta el momento en que se efectuó el pago.

1.2.7. Que el 19 de junio de 2018, la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria y la entidad demandada resolvió negativamente en forma ficta las pretensiones invocadas, situación que conllevó a solicitarle a la Procuraduría la fijación de audiencia de conciliación prejudicial, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre las pretensiones de esta demanda, situación que no fue posible.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

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

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

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

Refiere que la demandante tiene la calidad de docente nacional o nacionalizado, razón por la cual la prestación fue reconocida con

posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 y, por ende, la sanción moratoria solicitada está a cargo de la entidad demandada.

Agrega que el espíritu de la Ley 1071 de 2006, al establecer un término perentorio para el reconocimiento y pago de la cesantía de la actora, está siendo burlado por la entidad demandada, pues se encuentra cancelando la prestación con posterioridad a los 65 días después de haber realizado la petición, haciéndose el Fondo Prestacional del Magisterio acreedor a la sanción correspondiente por la mora en el pago de la cesantía por el incumplimiento o retardo en el pago de la misma.

Aduce que la contabilización adicional de los 5 días, a los 60 días que contempla la Ley señalada anteriormente, con el con el objeto de agotar el procedimiento de reconocimiento y pago de la cesantía, obedece a la necesidad de contabilizar el término necesario para que el acto administrativo que reconoció la prestación quede debidamente ejecutoriado conforme lo establece la Ley.

III. CONTESTACION

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **15 de abril de 2021**, allegado vía correo electrónico se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las siguientes excepciones:

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

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

IV. ALEGATOS

4.1 Parte demandante

La apoderada de la parte actora mediante escrito allegado el **10 de septiembre de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, advirtiendo que se encuentra acreditado dentro del proceso: i) la calidad de docente de la demandante, ii) la fecha en que se formuló la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas, iii) el acto mediante el cual se reconoció la cesantía definitiva, iv) la fecha en que se le canceló la prestación reconocida y v) la mora en el pago de la prestación.

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

4.2 Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211182524801 del 21 de septiembre de 2021**, allegado a este Despacho vía correo electrónico el mismo día señaló que la entidad que representa no pretende de ninguna forma desconocer el precedente jurisprudencial y normativo que existe sobre la materia y al efecto admite que la entidad incurrió en **47** días de mora en el pago de las cesantías reclamadas por la demandante.

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

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

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

4.3. Ministerio Público.

El señor Agente del Ministerio Público dentro de la oportunidad legal, no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES

Frente a la excepción de **improcedencia de la indexación de la sanción moratoria** este Despacho considera que tal argumento no sólo se opone a las pretensiones de la demanda sino que además tiende a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera constituye excepción de mérito que impida al Despacho resolver de fondo el asunto, razón por la cual será examinada junto con el objeto de la controversia.

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

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 7250 del 29 de septiembre de 2017, mediante la cual la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una cesantía definitiva a la demandante, en la que consta que la solicitud fue realizada el 26 de junio de 2017.

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. E-2018-99261 del 19 de junio de 2018, dirigido al Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través del cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la cancelación tardía de las cesantías.

5.2.3. Desprendible de pago expedido por el Banco BBVA en el que consta que las cesantías definitivas de la actora fueron canceladas el 13 de marzo de 2018, por reprogramación.

5.2.4. Certificado expedido por la Fiduciaria la Previsora S.A. en el que consta que las cesantías definitivas fueron consignadas a la actora el 20 de noviembre de 2017.

5.2.5. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 7 de diciembre de 2018, en la Procuraduría 11 Judicial II para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia proferida el **9 de septiembre de 2021**, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en determinar: i) si se configuró el silencio administrativo negativo frente a la petición formulada por la demandante el 19 de junio de 2018 ii) si la demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 y iii) si hay lugar o no al reconocimiento y pago de los ajustes de valor de acuerdo con el IPC, frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamada por la actora.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

La apoderada de la parte actora deprecia la existencia y posterior nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a la petición formulada por la demandante el 19 de junio de 2018, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 19 de junio de 2018, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 83. Silencio Negativo. *Transcurridos (3) tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se*

haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

(...)”.

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

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

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

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

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

Posteriormente, la **Ley 1071 de 2006**, *“Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías*

*definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación” estableció en su artículo 4° que “Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías **definitivas o parciales**, por parte de los petitionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley”. (Negrillas del Despacho)*

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

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

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

Se observa así mismo que las normas no contemplan ninguna excepción a la aplicación de la sanción y, en tal virtud, cobijan a los servidores

públicos de todos los órdenes, dentro de los que se encuentran los docentes, calidad que ostenta la demandante.

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

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

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

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

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

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

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

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

91 de 1989[71].

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

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

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

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

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

5.5. CASO CONCRETO.

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

5.5.1. Categoría de servidora pública de la actora.

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que “...los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.”

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Carmen Julieta Niño Pico ostentó la calidad de docente y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva, prestaba sus servicios como docente de vinculación Distrital -Sistema General de Participaciones, calidad que le otorga la condición de servidora pública y, por ende, es destinataria de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, que contemplan la sanción por mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas de los servidores públicos.

5.5.2. Exigibilidad de la sanción moratoria.

En la sentencia de unificación referida, se determinaron las siguientes hipótesis para establecer el momento de exigibilidad de la mora, así: Petición sin respuesta (70 días posteriores a la petición), ii) Acto escrito

extemporáneo- después de 15 días- (70 días posteriores a la petición), iii) Acto escrito en tiempo, notificado personalmente (55 días posteriores a la notificación), iv) acto escrito en tiempo notificado de forma electrónica (55 días posteriores a la notificación), v) acto escrito en tiempo notificado por aviso (55 días posteriores a la notificación), vi) acto escrito en tiempo sin notificar o notificado fuera de termino (67 días posteriores a la expedición del acto, vii) acto escrito –renunció a la notificación (45 días desde la renuncia y viii) acto escrito-interpuso recurso- (45 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso).

Ahora bien, según se lee en la Resolución No. 7250 del 29 de septiembre de 2017, la demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **20 de junio de 2017**, razón por la cual, la entidad demandada contaba con un término de 15 días hábiles para efectuar dicho reconocimiento, esto es hasta el **13 de julio de 2017**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **29 de septiembre de 2017**, sea decir, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO, corriendo la mora **70** días posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles desde el **21 de junio de 2017**, día hábil siguiente a la radicación de la petición, lo cual significa que el pago de las cesantías definitivas debió realizarse a más tardar el **3 de octubre de 2017**, pago que quedó a disposición de la actora desde el **20 de noviembre de 2017**, como consta en la certificación expedida por la Fiduciaria la Previsora S.A., incurriéndose en mora desde el **3 de octubre de 2017 hasta el 19 de noviembre de 2017**.

Al respecto, es menester aclarar que, si bien en el desprendible del Banco BBVA, en la Observación No. 2, se señala que el pago se efectuó el 13 de marzo de 2018, por reprogramación, lo cierto es que, el Despacho tomó el día incorporado en la certificación expedida por la Fiduprevisora S. A., para determinar la fecha, a partir de la cual, quedó a disposición de la señora Carmen Julieta Niño Pico, el valor de las cesantías definitivas que le fueron reconocidas, ya que la falta de

diligencia en el cobro por parte de aquella, no puede ser utilizada en contra de la Administración y, en su beneficio.

5.5.3. Salario base de liquidación.

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

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

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

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **definitiva**, la asignación básica salarial a tenerse en cuenta será la percibida para la época en que se produjo el retiro definitivo del servicio.

Ahora bien, se lee en la Resolución No. 7250 del 29 de septiembre de 2017, que la actora estuvo vinculada al servicio hasta el **10 de enero de 2017**, pues su retiro se produjo a partir del 11 del mismo mes y año, razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por ésta en dicha fecha.

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

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

(...) 184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una penalidad económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.

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

(...)

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

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

(...)”.

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

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

“(...)

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

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

(...)”.

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

En ese sentido, en el caso que nos ocupa se ordenará que el valor total generado por sanción moratoria, se ajuste tomando como base el IPC conforme lo dispone el artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la mora, esto es, desde el **21 de noviembre de 2017** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la actora el 19 de junio de 2018, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el parágrafo del artículo 5 de la

Ley 1071 de 2006, por mora en el pago de las cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **3 de octubre de 2017 y el 19 de noviembre de la misma anualidad.**

El valor del salario es el vigente para el **10 de enero de 2017**, pues su retiro se produjo a partir del 11 del mismo mes y año, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes y año.

5.6. PRESCRIPCIÓN

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

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

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía definitiva, se hizo exigible a partir del **3 de octubre de 2017** y la señora Carmen Julieta

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

⁴ **ARTÍCULO 102. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.** 1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

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

Niño Pico formuló reclamación administrativa el **19 de junio de 2018** en tanto la demanda se presentó el **5 de agosto de 2020**, de lo que se desprende que no hay lugar a la prescripción del pago de la sanción moratoria.

5.7. COSTAS

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

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la existencia del acto ficto presunto surgido del silencio administrativo negativo derivado de la falta de respuesta, respecto de la petición elevada el **19 de junio de 2018**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación E-2018-99261.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del acto ficto presunto negativo derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada bajo el No. E-2018-99261 del **19 de junio de 2018**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías definitivas.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE

PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **CARMEN JULIETA NIÑO PICO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.078.100, la indemnización por la mora en el pago tardío de sus cesantías definitivas, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, por el lapso comprendido entre el **3 de octubre de 2017 y el 19 de noviembre de 2017**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el **10 de enero de 2017**, pues su retiro se produjo a partir del 11 del mismo mes y año, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes y año.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **21 de noviembre de 2017 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas a cargo de la parte demandada.

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO 030 de hoy 29 de octubre de 2021 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

Gloria

Mercedes

Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario

2364/12

Juzgado 18 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C.
Expediente: 2020-00171-00

Código de verificación:

1b762167e25cdf23e292e5bea814c8274e80f35747e9dc6927d1c0a6611bbf
66

Documento generado en 25/10/2021 11:29:16 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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



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

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335-018-**2021-00070-00**
Demandante: **CONSUELO RINCÓN ÁLVAREZ**
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO Y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.
Asunto: SENTENCIA

La señora **CONSUELO RINCÓN ÁLVAREZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.316.596 de Ocaña (Norte de Santander), actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

i) Que se declare la nulidad de la Resolución No. 2820 del 27 de mayo de 2020, por medio de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó el reajuste de la pensión de jubilación de la demandante, así como la suspensión y reintegro de los descuentos a seguridad social, sobre los factores que devengó al adquirir el status pensional y sobre las mesadas adicionales.

ii) Que se declare la nulidad del Oficio No. 2020-44627 del 10 de marzo de 2020, a través del cual la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la suspensión y reintegro de los descuentos en salud, así como la nulidad del acto ficto presunto negativo, por cuanto no se pronunció sobre la petición del 26 de diciembre de 2018, bajo radicado No. 2018-PENS-688524, a través de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la prima de medio año, establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

iii) Que se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo originado por el silencio de la Fiduprevisora, toda vez, que no se pronunció sobre la petición del 16 de noviembre de 2018, bajo radicado No. 20180323407892, por medio de la cual se solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales y el pago de la prima de medio año, establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

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

- Ordenar a la Secretaria de Educación de Bogotá, realizar los descuentos sobre los factores que se solicitan para su inclusión y se efectúe el aporte de los mismos al sistema pensional.
- Revisar y reajustar la pensión de jubilación por aportes de la demandante, incluyendo todos los factores salariales devengados en el año anterior al retiro del servicio.
- Reintegrar los valores descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada año, desde que se causó la pensión y hasta que se profiera la sentencia.
- Suspender los descuentos por seguridad social en salud, sobre las mesadas adicionales de cada año, que se causen a partir de la sentencia.

- Reconocer y pagar la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.
- Reconocer y pagar a favor de la actora los valores de los reajustes que se causen por lo conceptos referidos en los numerales anteriores, desde el momento en que se le reconoció la pensión, descontando lo que se haya cancelado.
- Reconocer y pagar la indexación sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto de la reliquidación de la pensión de jubilación referidos en los numerales anteriores, aplicando lo certificado por el DANE desde el momento del reconocimiento de la pensión hasta que se haga efectivo el pago, conforme con lo establecido en los artículos 187 y 192 del C.P.A.C.A.
- Que se condene en costas a las entidades demandadas de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Que la demandante nació el 11 de diciembre de 1962 y labora como docente al servicio del Estado, cotizando al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 28 de enero de 1992, hasta la actualidad.

1.2.2. Que la Secretaria de Educación de Bogotá, a la fecha no ha efectuado los descuentos en seguridad social sobre la totalidad de los factores devengados anualmente por la demandante, ni ha realizado los aportes al sistema pensional correspondientes al tiempo transcurrido desde su vinculación laboral como docente.

1.2.3. Que mediante Resolución No. 8482 del 27 de agosto de 2018, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá D.C, le reconoció a la actora una pensión de jubilación, a partir del 12 de diciembre de 2017.

1.2.4. Que desde el primer pago de las mesadas de la pensión jubilación, a la actora le vienen efectuando descuentos para EPS (Salud), sobre las mesadas adicionales, esto sin que exista una norma vigente que así lo ordene tanto en las leyes que rigen la seguridad social como en el régimen especial que gobierna las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

1.2.5. Que mediante petición del 26 de diciembre de 2018, bajo radicado No. 2018-PENS-688524, la demandante solicitó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bogotá D.C., la revisión y ajuste de la pensión de jubilación que le fue reconocida, debido a que no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales al retiro del servicio, el reintegro de los descuentos efectuados por concepto de salud aplicados en las mesadas adicionales desde el momento en que la docente adquirió el estatus pensional y el reconocimiento de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

1.2.6. Que la entidad demandada profirió la Resolución No. 2820 del 27 de mayo de 2020, a través de la cual negó las solicitudes de reliquidación de la pensión de jubilación de la actora y la devolución de los descuentos a seguridad social sobre las mesadas adicionales.

1.2.7. Que mediante petición del 16 de noviembre de 2018, la demandante solicitó a la Fiduciaria la Previsora S.A., el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales y el reconocimiento de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

1.2.8. Que la Fiduciaria La Previsora S. A., no se ha pronunciado respecto de la anterior petición.

1.2.9. Que mediante petición del 5 de marzo de 2020, bajo radicado No. 2020-36475, la demandante solicitó a la Secretaria de Educación de Bogotá, realizar el pago de los aportes a seguridad social sobre los factores salariales que no se les realizó dichas cotizaciones y a su vez se trasladen los mismos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1.2.10. Que la Secretaria de educación de Bogotá, por medio de oficio radicado No. S-2020-44627 del 10 de marzo de 2020, negó la anterior solicitud.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

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

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

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

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

Indica que a los docentes vinculados al Magisterio con posterioridad al año 1980 y antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es el 26

de junio de 2003, se les debe reconocer la prima de medio año, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1980.

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

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

III. CONTESTACIÓN

El auto admisorio de la demanda fue notificado el 23 de abril de 2021, razón por la cual el plazo para contestarlas feneció el 10 de junio de 2021, lapso en el que las entidades demandadas guardaron silencio.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

La apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **13 de septiembre de 2021**, reiteró los argumentos expuestos en el libelo demandatorio y a su vez señaló que de conformidad con el artículo 40 del Decreto Ley 2106 de 2019, el Estado debe facilitar el acceso efectivo del derecho a la pensión jubilación con la inclusión de la totalidad de factores salariales, estableciendo trámites que agilicen el pago de aportes por conceptos sobre los cuales no se hayan realizado, garantizando la efectividad de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y en ese sentido, cumplir con

uno de sus fines del Estado que no es otro, que garantizar la protección social a las personas de la tercera edad.

Señaló que en diversas providencias se ha ordenado la reliquidación de pensiones de jubilación de empleados al servicio del Estado, con la inclusión en el IBL de factores salariales sobre los cuales no se efectuó la correspondiente cotización al sistema pensional, y en forma simultánea ordenó el descuento y pago de los correspondientes aportes al sistema pensional de los factores no cotizados para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Indicó que, se debe tener en cuenta la certificación de factores devengados por la demandante en el último año de servicio, toda vez, que devengó la prima de vacaciones, sobre la cual, se realizaron los respectivos descuentos a seguridad social, y teniendo en cuenta, que el Acto Legislativo 01 de 2005, señala que se deben de tener en cuenta los factores sobre los cuales se hubieren realizado las respectivas cotizaciones, afirmó que, no se debería tener en cuenta la Ley 62 de 1985, sino el acto legislativo el cual tiene el mismo efecto que la Constitución Política.

Solicitó al despacho tener en cuenta el principio de igualdad y progresividad que debe primar en los derechos pensionales, en el entendido que, se debe brindar un trato igual a las personas que se encuentran en una misma situación fáctica, y en consecuencia ordenar la reliquidación de la pensión incluyendo la totalidad de factores salariales devengados en el último año.

De otro lado, afirmó que respecto del reconocimiento y pago de la prima de medio año, a que tienen derecho los docentes que son vinculados al Magisterio oficial con posterioridad al año 1980 y con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, esto es 26 de junio de 2003, se les debe respetar dicho reconocimiento tal como lo establece el Artículo 15 de la Ley 91 de 1980.

Precisó que, existe una diferencia entre la mesada adicional indicada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, mesada 14 y la prima de mitad de año

establecida en la Ley 91 de 1989 Artículo 15, ya que, si bien tienen similitudes, su normatividad, concepto y reconocimiento son diferentes.

Solicitó que frente al descuento de aportes en salud, efectuados por la demandada sobre las mesadas adicionales, se de aplicación al precedente jurisprudencial de Unificación.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el No. **20211182552251 del 22 de septiembre de 2021**, allegado vía correo electrónico el mismo día, presentó alegatos de conclusión, señalando que la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, dirimió la controversia correspondiente a la inclusión de factores salariales que se deben incluir en la liquidación pensional del régimen exceptuado al cual pertenecen los docentes, y afirmó que no les es aplicable lo contemplado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, bajo el entendido que los docentes pertenecen a un régimen especial, y por ende los presupuestos facticos son diferentes, no obstante, al sentar jurisprudencia el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo, y con fundamento en dicha sentencia señala que se debe aplicar la subregla segunda, en la cual se indicó que no es posible el reconocimiento de factores salariales sobre los cuales no se realizaron los aportes correspondientes.

De otro lado, sostuvo que si bien se presentaba una disparidad de criterios en los Despachos Judiciales sobre la procedencia de los descuentos por concepto de salud sobre las mesadas adicionales, el Consejo de Estado, se pronunció al respecto sobre el asunto unificando jurisprudencia en el sentido de precisar que son procedentes los descuentos con destino a salud en el porcentaje del 12% señalado en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, así como las normas que lo modifiquen, de las mesadas adicionales de junio y diciembre de los docentes. Lo anterior por cuanto el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 les impuso el deber de contribuir con el aporte del 5% al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, incluso con la deducción de las mesadas adicionales. Más adelante, la Ley 812 de 2003, en el artículo 81, incrementó el porcentaje al 12%, al hacer remisión a las disposiciones

generales de la Ley 100 de 1993, particularmente a los porcentajes de los aportes señalados en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

Por último, respecto a la pretensión de reconocimiento y pago de la prima de mitad de año, refirió que la mesada adicional consagrada al artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es equivalente a la mesada establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, y afirmó que el Acto Legislativo 01 de 2005, prohibió expresamente que, a partir su entrada en vigor, el 25 de julio del 2005, ningún pensionado, incluido los docentes afiliados al FOMAG, reciban más de 13 mesadas pensionales, y agregó que la demandante tiene una mesada pensional que supera los 3 S.M.M.L.V.

Por lo anterior, solicitó denegar las pretensiones de la demanda, toda vez, que las mismas no encuentran vocación de prosperidad en el entendido que los actos administrativos fueron proferidos en derecho y atendiendo al contexto fáctico de la actora.

4.3. Ministerio Público

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

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

5.1.1. Resolución No. 8482 del 27 de agosto de 2018, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, a partir del 12 de diciembre de 2017.

5.1.2. Petición elevada por la actora a la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 26 de diciembre de 2018, por medio de la cual solicitó la reliquidación de su pensión de jubilación, el reintegro del valor correspondiente a los descuentos para salud sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año y que se le suspendieran dichos descuentos, así como, el reconocimiento de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

5.1.3. Petición elevada por la actora ante la Fiduciaria la Previsora S. A. el 16 de noviembre de 2018, solicitando el reintegro y suspensión de los dineros descontados en exceso para salud en las mesadas adicionales de cada anualidad.

5.1.4. Resolución No. 2820 del 27 de mayo de 2020, a través de la cual la Secretaría de Educación de Bogotá negó las solicitudes de reliquidación de la pensión de jubilación de la actora y la devolución de los descuentos en seguridad social sobre las mesadas adicionales.

5.1.5. Petición elevada por la actora a la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el 5 de marzo de 2020, bajo radicado No. E-2020-36475, a través de la cual solicitó efectuar los descuentos en seguridad social sobre la totalidad de los factores salariales que devengó la actora durante su vinculación y que se realicen los pagos correspondientes al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

5.1.6. Oficio No. S-2020-44627 del 10 de marzo de 2020, por el cual la Secretaria de educación de Bogotá, negó la anterior solicitud.

5.1.7. Certificado de Salarios de la actora expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá y Certificado de Historia Laboral.

5.1.8. Copia de la cédula de ciudadanía de la actora.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Tal como se determinó en providencia del 9 de septiembre de 2021, los aspectos que ocupan la atención del Despacho consisten en establecer: **i)** Si se configuró el silencio administrativo por falta de respuesta a los derechos de petición radicados por la demandante el 26 de diciembre de 2018 ante el Ministerio de Educación Nacional y el 16 de noviembre del mismo año, ante la Fiduprevisora S.A.

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

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

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

5.2.1. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN

La apoderada de la parte actora deprecia la existencia y nulidad del acto ficto presunto negativo producto del silencio de la Administración frente a los derechos de petición radicados por la demandante el 26 de diciembre de 2018, ante el Ministerio de Educación Nacional y el 16 de noviembre del mismo año, ante la Fiduprevisora S.A., mediante las cuales solicitó la reliquidación pensional, el reconocimiento de la prima de medio año establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989 y el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales de cada año.

Sobre el particular, es evidente que se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que las citadas entidades

hayan resuelto las peticiones descritas anteriormente, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

Lo anterior, obedece a que mediante la Resolución No. 2820 del 27 de mayo de 2020, la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, negó la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante, la suspensión y reintegro de los descuentos en salud efectuados en sus mesadas adicionales y no hizo pronunciamiento alguno sobre la solicitud del reconocimiento y pago de la prima de medio año, establecida en el artículo 15 de la ley 91 de 1989.

Por su parte la Fiduprevisora no se pronunció sobre la petición del 16 de noviembre de 2018, bajo radicado No. 20180323407892 por medio de la cual se solicitó el reintegro y suspensión de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales.

5.2.2. RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DOCENTE. NORMATIVIDAD APLICABLE (PRIMER PROBLEMA JURIDICO)

Se encuentra acreditado dentro del proceso la calidad de docente de la demandante, quien prestó sus servicios a la Secretaría de Educación de Bogotá desde el 8 de febrero de 1993, como docente **territorial**, tal como consta en el Formato Único de Certificado de historial laboral, obrante en el expediente.

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

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

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

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

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

(...) 2. Pensiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.2.2.1. Precedentes jurisprudenciales

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

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)

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

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

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

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

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

“(…)

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

Y más adelante agregó:

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

(...)”. (Negrillas del Despacho).

Posteriormente, señaló:

“(…)

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

(...)”.

Luego, indicó:

“(…)

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

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

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

(...)”.

Por último, concluyó:

“(…)

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

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

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

(...)”.

En este orden de ideas, se encuentra acreditado dentro del expediente que la actora fue docente territorial, vinculada antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, pues su nombramiento se produjo el 8 de febrero de 1993, y en tal condición tiene derecho a una pensión ordinaria de jubilación bajo el

régimen previsto en la Ley 33 de 1985, de acuerdo con el literal b, del numeral 2, del artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

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

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

Ahora bien, conforme con la Resolución No. 8482 del 27 de agosto de 2018, la Secretaría de Educación de Bogotá reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación a la actora e incluyó como factores: **Asignación básica, bonificación decreto y prima de vacaciones.**

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

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

5.2.3. MARCO NORMATIVO QUE REGULA LA PRIMA DE MEDIO AÑO PREVISTA EN EL ARTÍCULO 15 DE LA LEY 91 DE 1989 (SEGUNDO PROBLEMA JURIDICO)

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

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

2. Pensiones:

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

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

(...)”

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

“(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de

los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

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

(...)

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

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

(...)”

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Caldas – Sala de Decisión, M. P. Dr. Publio Martín Andrés Patiño Mejía, en sentencia del 14 de diciembre de 2020, dentro del expediente No. 17 001 33-33-003-2018-00516-02³, indicó:

“(..."

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

§44. Bajo este entendido, el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos

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

legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

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

*§46. Es por ello, que conforme a los parámetros normativos planteados en el Acto Legislativo 01 de 2005, aplicable a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, se analizará el caso particular, en aras de identificar si le asiste el derecho a la parte actora a percibir la mesada de mitad de año.
(...)"*

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

En ese sentido, se encuentra acreditado que mediante la Resolución No. 8482 del 27 de agosto de 2018, la Secretaría de Educación de Bogotá le reconoció una pensión de vejez a la demandante, por haber adquirido el status de pensionada el **11 de diciembre de 2017**, condicionada al retiro del servicio y al sistema general de pensiones, a partir del 12 del mismo mes y año, en cuantía de \$2.700.770,00 m/cte.

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

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

ii) Se exceptúan de lo anterior, las personas que causen el derecho a la pensión antes del 31 de julio de 2011, si su mesada pensional es igual o

inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo establece el parágrafo transitorio 6 del artículo 1° del Acto Legislativo.

Así las cosas, bajo el primer postulado, la demandante no tendría derecho al reconocimiento de la mesada adicional del mes de junio, pues su derecho a la pensión se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, **el 11 de diciembre de 2017**; no obstante, corresponde determinar si se encuentra cobijada por la excepción contenida en el parágrafo transitorio No. 6 de dicha normativa constitucional.

Sobre el particular, según se acredita en la resolución 8482 del 27 de agosto de 2018, mediante la cual se reconoció pensión de jubilación a la demandante, el monto de la misma ascendió a la suma de **\$2.700.770 pesos m/cte**, suma que excede el monto fijado por la excepción contemplada en el parágrafo transitorio 6 del mencionado Acto Legislativo, toda vez, que para el año 2017, el salario mínimo legal mensual vigente ascendía a la suma de \$737,717,00 m/cte. y tres (3) salarios mínimos correspondían al monto de **\$2.213.151,00 pesos m/cte.**, circunstancia que excluye per-se el derecho a devengar la prima de medio año.

Así las cosas, mal puede la demandante pretender el pago de la mencionada prima de medio año prevista en el literal b, numeral 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, prestación que, contrario a lo señalado por la apoderada de la demandante, equivale a la mesada señalada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, la cual se rige por los anteriores presupuestos, bajo el entendido, que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que, a partir de su entrada en vigor, ningún nuevo pensionado podría recibir más de 13 mesadas pensionales al año, salvo aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011.

5.2.4. MARCO NORMATIVO QUE REGULA EL RÉGIMEN DE LOS DESCUENTOS EN SALUD SOBRE LAS MESADAS PENSIONALES (TERCER PROBLEMA JURIDICO)

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

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

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

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

5.2.4.1. MESADAS ADICIONALES DE JUNIO Y DICIEMBRE

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

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

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

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

En primer lugar, se advierte que frente a las controversias orientadas a la devolución de los descuentos en salud efectuados en las mesadas adicionales de junio y diciembre del personal docente, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, no había una posición unificada y, en ese sentido, esta juzgadora era de la tesis de que el régimen de cotización en salud para los pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quedó cobijado por el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, en el entendido que si para éste último se aplicaba la prohibición de realizar descuentos en salud sobre las mesadas mencionadas, dicha prohibición igualmente regía a los Docentes, bien por considerarse que había operado la derogatoria tácita del artículo 8° numeral

5° de la ley 91 de 1989, como lo venía sosteniendo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, entre otras, en providencia del 31 de enero de 2013 (expediente 2011-00381-01 M.P. Carmelo Perdomo Cueter) o bien, en aplicación del principio constitucional de igualdad, consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta Política.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda- en **Sentencia de Unificación del 3 de junio de 2021**, proferida dentro del Expediente No. 66001-33-33-000-2015-00309-01, con ponencia del Dr. William Hernández Gómez⁴, determinó la procedencia de los descuentos en salud sobre las mesadas adicionales pagadas a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los siguientes términos:

“(…)

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

(…)

50. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el artículo 81 de la Ley 812 no introdujo modificación a los demás aspectos distintos del

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

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

valor de la deducción del artículo 8 de esta última, particularmente, en cuanto prevé que los pensionados deben aportar un porcentaje de cada mesada pensional incluidas las mesadas adicionales, en consecuencia, este se mantiene.

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

(...)

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

(...)

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

Y más adelante, agregó:

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

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

(...)

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

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

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

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

Posteriormente, señaló:

"(...)

1.2.2. Alcance del artículo 1 del Decreto 1073 de 2002

(...)

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

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

(...)

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

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

(...)

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

en el artículo 8, como ya se definió. (Negrillas fuera del texto original).

(...).

Luego, indicó:

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

“(…)

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

(…)

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

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

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

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

(...)” (Negrillas del Despacho).

Así mismo, refirió:

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

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

(...)

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

En ese sentido, anotó:

“ (...)

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

“(...

Finalmente, concluyó:

“2. REGLA DE UNIFICACIÓN

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

artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los cuales se deducen de todas las mesadas pensionales, incluso de las adicionales.

(...)” (subrayas del Despacho).

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

“(…)

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

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

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

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

Ahora bien, como se mencionó en numerales precedentes se encuentra acreditado que la actora tiene la calidad de docente pensionada por jubilación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que elevó reclamación administrativa ante la Fiduciaria la Previsora S.A. y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el propósito de que se les realizara la devolución y suspensión del valor descontado por salud en las mesadas adicionales de junio y diciembre, solicitudes que fueron denegadas a través de los actos administrativos demandados en la presente controversia.

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

5.3. COSTAS.

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

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

VI. RESUELVE

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

SEGUNDO: Sin costas a cargo de la actora.

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

Notifíquese y cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

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

*Este documento fue
electrónico y cuenta con
conforme a lo dispuesto
decreto reglamentario*

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 030 de hoy 29 de octubre de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.  LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Jaramillo Vasquez
Administrativo
D.C.,

*generado con firma
plena validez jurídica,
en la Ley 527/99 y el
2364/12*

Código de verificación: **5f0463607f4626f3d4500c5dd86b66f96ac4ceb7469cbcf5b5e16054427bb87f**
Documento generado en 27/10/2021 04:29:44 p. m.

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



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

Bogotá D. C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIAS:

Proceso:	11-001-33-35-018- 2015 -00 854 -00
Demandante:	ANA ALCIRA RODRÍGUEZ TRUJILLO
Demandada:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP
Asunto:	SENTENCIA

La señora **ANA ALCIRA RODRÍGUEZ TRUJILLO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 20.562.027 de Fusagasugá, actuando a través de apoderado judicial, radicó demanda de acción ejecutiva en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES

Que se libre mandamiento de pago a favor de la señora Ana Alcira Rodríguez Trujillo en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, por la suma de \$21'863.552,00 m/cte., por concepto de intereses moratorios derivados de la sentencia proferida por este Despacho el 23 de julio de 2008, debidamente ejecutoriada y los cuales se causaron desde el 6 de agosto de 2008, de conformidad con el inciso 5° del artículo 177 del C. C. A.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Que promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el objeto de que se reliquidara la pensión de su representada, con la inclusión de los factores salariales devengados en el último año de servicios.

1.2.2. Que mediante sentencia proferida por este Despacho el 23 de julio de 2008, se condenó a la entidad demandada a reliquidar y pagar su pensión, tomando como base la totalidad de los factores salariales y se ordenó dar cumplimiento a la decisión, dentro de los términos establecidos en los artículos 176 a 178 del C. C. A.

1.2.3. Que por medio de la Resolución No. PAP 036786 del 28 de enero de 2011, la entidad dio cumplimiento a la sentencia referida precedentemente, frente a la reliquidación de la pensión.

1.2.4. Que en el mes de abril de 2011, la extinta Caja Nacional de Previsión reportó al Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional la novedad de la inclusión en nómina de la prestación, cancelando a su favor la suma de \$12.854.306 pesos m/cte., por concepto de mesadas pensionales e indexación, pero omitió incluirse el pago de los intereses moratorios, como lo dispone el artículo 177 del C. C. A.

II. CONTESTACIÓN.

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito del **17 de noviembre de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y propuso las excepciones de:

2.1. “PAGO – INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”: Indicó que la liquidada Caja Nacional de Previsión Social impartió cumplimiento a la sentencia que se ejecuta, a través de la Resolución No. PAP 036786 del 28 de enero de 2011, razón por la cual, no se causaron intereses de mora.

Manifestó que debido al proceso liquidatorio de CAJANAL, no era procedente la causación de intereses moratorios, por cuanto, se encontraba en una situación de fuerza mayor, tal como lo señaló el H. Consejo de Estado, en las providencias que se ocupó de citar.

2.2. “IMPOSIBILIDAD DE CONDENACIÓN EN COSTAS”: Señaló que se debe presumir la buena fe, a menos que se demuestre lo contrario, situación que conlleva la imposibilidad de condenar en costas.

2.3. “SOLICITUD GENÉRICA DE RECONOCIMIENTO DE EXCEPCIONES”: Solicitó que se decreten las excepciones que se encuentren probadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Por su parte, el apoderado de la ejecutante, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **21 de junio de 2021**, describió el traslado de las referidas excepciones, en forma oportuna, oponiéndose a su prosperidad.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte demandante

El apoderado del actor, a través de escrito radicado vía correo electrónico el 28 de septiembre de 2021, señaló que la UGPP solo se ha limitado a hacer una “*propuesta de acuerdo de pago*” fundamentada en lo establecido en el Decreto 642 de 2020, por medio del cual, se autoriza a la entidad para proponer acuerdos de pago de sentencias en firme, procedimiento que para su iniciación requiere la concurrencia de las voluntades y conciliación de las partes y la exigencia de que, previamente, debe radicarse ante el Juez de la causa el desistimiento de la acción ejecutiva.

Manifestó que en el caso que el Despacho decida declarar la no procedencia de la imputación de pagos prevista en el artículo 1653 del Código Civil, en forma subsidiaria se ordene la aplicación de la indexación o corrección monetaria sobre los saldos insolutos, hasta la fecha en que se demuestre el pago total, según lo dispuesto por el H. Consejo de Estado, en sentencia del 14 de abril de 2021, dentro del proceso No. 25000-23-25-000-2004-03995-02, que transcribió.

3.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito allegado vía

correo electrónico el 29 de septiembre de 2021, se ratificó en las excepciones propuestas al momento de contestar la demanda.

3.3. Agente del Ministerio Público.

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

IV. CONSIDERACIONES

4.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

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

Ahora bien, frente a la excepción de pago, es menester precisar que en el expediente se encuentra acreditado que, a través de la Resolución No. PAP 036786 del 28 de enero de 2011, la extinta Caja Nacional de Previsión Social CJANAL E. I. C. E., ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación de la ahora ejecutante, en virtud de lo dispuesto por este Despacho, en sentencia del 23 de julio de 2008 y en el artículo segundo, se señaló que *“El área de nómina realizará las operaciones pertinentes conforme se señala en el fallo y en el presente acto administrativo, respecto a los artículos, 177 del CCA, precisando que éste pago estará a cargo de CAJANAL E.I.C.E. – EN LIQUIDACIÓN...”*.

Ahora bien, efectuada la liquidación por la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, esta arrojó la suma de \$6.621.244,00 pesos m/cte., por concepto de los intereses moratorios causados, a partir del 6 de agosto de 2008 (día siguiente a la ejecutoria de la sentencia) hasta

el 31 de marzo de 2011 (fecha anterior a la inclusión en nómina), que es el concepto solicitado por la ejecutante.

Por lo anterior, se concluye que, si bien, mediante la resolución señalada anteriormente, se reliquidó la pensión de jubilación gracia de la demandante, lo cierto es que tal acto administrativo no satisface la obligación aquí ejecutada respecto de los intereses moratorios, razón suficiente para no dar prosperidad a la excepción de pago propuesta por la entidad demandada.

De otra parte, se advierte que la denominada excepción de **“IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”**, no es un medio exceptivo sino un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

Finalmente, se precisa que al momento de proferir el presente fallo, no se encuentra configurado ningún medio exceptivo que deba ser declarado de oficio por esta Juzgadora.

4.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

4.2.1. Sentencia proferida el 23 de julio de 2008, por medio de la cual este Despacho ordenó la reliquidación de la pensión gracia de jubilación de la demandante.

4.2.2. Escrito del 28 de noviembre de 2008, por medio del cual el apoderado de la ejecutante le solicitó a la liquidada Caja Nacional de Previsión Social E. I C. E., el cumplimiento de la sentencia proferida por este Despacho el 23 de julio de 2008.

4.2.3. Resolución No. PAP 036786 del 28 de enero de 2011, por medio de la cual la extinta Caja Nacional de Previsión Social - CAJANAL E. I. C. E. en Liquidación, ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación gracia de la ahora ejecutante, en virtud de lo dispuesto por este Estrado Judicial en fallo del 23 de julio de 2008.

4.2.4. Certificación expedida el 22 de julio de 2014, por el Subdirector de

Nómina de Pensionados de la UGPP, en la cual hace constar que el Patrimonio Autónomo Buen Futuro de CAJANAL en Liquidación realizó la inclusión de la precitada resolución en el mes de marzo de 2011 y el retroactivo en el mes de abril de la misma anualidad.

4.2.5. Cupón de pago No. 53381 del Bancolombia, en el que se evidencia que hasta el 25 de julio de 2011, se realizó el pago del retroactivo pensional a favor de la demandante.

4.2.6. Oficio No. 20145023975991 del 25 de julio de 2014, por medio del cual el Subdirector de Nómina de Pensionados de la UGPP le comunicó al apoderado de la demandante la forma como se realizó la liquidación del reajuste de la prestación, en virtud de la Resolución No. PAP 036786 del 28 de enero de 2011.

4.2.7. Liquidación realizada por la UGPP, respecto de los pagos generados a la actora, por concepto de la Resolución No. PAP 036786 del 28 de enero de 2011.

4.2.8. Escrito del 27 de julio de 2011, a través del cual el apoderado de la ejecutante le solicitó a la Liquidada Caja Nacional de Previsión Social la liquidación y pago de los intereses moratorios, de conformidad con lo dispuesto en el señalado acto administrativo.

4.2.9. Liquidación de intereses moratorios realizada por el apoderado de la demandante.

4.3. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, debe efectuar el pago a la ejecutante de los intereses moratorios ordenados en el inciso final del numeral tercero de la sentencia proferida por este Despacho el **23 de julio de 2008**, debidamente ejecutoriada el 5 de agosto de la misma anualidad, causados desde el 6 de agosto de 2008 hasta el 31 de marzo de 2011, los cuales corresponden a la suma de **\$6.621.244,00 m/cte.**, según el mandamiento de pago librado, mediante auto del 6 de febrero de 2020.

4.3.1. CASO CONCRETO

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

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

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

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

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

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

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

“(..)

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)”.

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

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

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

Con el objeto de establecer si había lugar o no a iniciar ejecución, conforme con lo preceptuado en el artículo 430 del Código General del Proceso, se ordenó remitir el proceso a la oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá, para que realizara la liquidación de la demanda ejecutiva, atendiendo lo establecido en la sentencia proferida por este Juzgado.

Por lo anterior, a través de providencia del 6 de febrero de 2020, se libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva singular, en favor de la señora Ana Alcira Rodríguez Trujillo en contra de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, por la suma de **\$6.621.244,00 m/cte.**, por concepto de los intereses moratorios causados desde el 6 de agosto de 2008 hasta el 31 de marzo de 2011.

Ahora bien, en cuanto a las exigencias formales de autenticidad y procedencia del documento, en el presente caso nos encontramos frente a un título ejecutivo constituido por la sentencia proferida por este Despacho el 23 de julio de 2008, la cual obra en el proceso ordinario No. 25000-23-000-**2006**-00**147**-00, reuniendo con ello las exigencias de orden formal.

Respecto de las exigencias de orden material, la mencionada sentencia contiene las siguientes obligaciones:

i) Una obligación expresa, toda vez que en el inciso final del numeral tercero de la sentencia proferida el 23 de julio de 2008, se determina de forma cierta, nítida e inequívoca la obligación impuesta a cargo de la Caja

Nacional de Previsión Social, CAJANAL - Liquidada, ahora Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y a favor de la señora Ana Alcira Rodríguez Trujillo, respecto al pago de los intereses moratorios a los que hace alusión el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

ii) Una obligación clara, en cuanto se identifican plenamente sus sujetos, siendo la acreedora la señora Ana Alcira Rodríguez Trujillo y la deudora la extinta Caja Nacional de Previsión Social – Liquidada, ahora Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y se encuentra señalado su objeto, esto es, el pago de los intereses moratorios, contemplado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, deprecados en la presente demanda ejecutiva;

Sobre este aspecto, vale la pena señalar que no cabe duda que la UGPP es la entidad responsable del pago de los intereses moratorios deprecados por la parte ejecutante en la presente demanda, pues los mismos tienen como génesis la sentencia proferida por esta Jurisdicción contra Cajanal.

iii) Una obligación exigible, toda vez que la sentencia base de ejecución no sometió su exigibilidad a un plazo o condición, pues si bien la entidad demandada tenía un plazo de 18 meses, contados a partir de la ejecutoria del fallo judicial para cumplir con la obligación allí contenida, lo cierto es, que la misma genera intereses desde el día siguiente al de su firmeza.

De lo anterior, se colige que la sentencia proferida el 23 de julio de 2008, por este Despacho, cumple con las formalidades establecidas en el artículo 297 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por encontrarse debidamente ejecutoriada, ser proferida por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y haber condenado a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.

Así mismo, cabe advertir que, si bien este Despacho mediante auto del 18 de mayo de 2017, rechazó la demanda por caducidad de la acción, lo cierto es que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección “D”, mediante providencia del 6 de diciembre de 2018, revocó el auto mencionado, al considerar que el término de dicho fenómeno jurídico

se suspendió con el proceso de liquidación de Cajanal, entre del 12 de junio de 2009 y el 12 de junio de 2013.

Por lo anterior, es claro que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, no dio cumplimiento a la condena impuesta en la sentencia proferida el **23 de julio de 2008**, por este Despacho, debidamente ejecutoriada el 5 de agosto del mismo año.

En ese sentido, se ordenará seguir adelante la ejecución en favor de la señora ANA ALCIRA RODRÍGUEZ TRUJILLO en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, conforme con lo dispuesto en el auto del 6 de febrero de 2020, mediante el cual se libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva singular, por la suma de **\$6.621.244,00 pesos m/cte.**, por concepto de los intereses moratorios causados desde el 6 de agosto de 2008 al 31 de marzo de 2011.

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

De otro lado, vale la pena resaltar que, si bien el apoderado de la ejecutante al momento de alegar de conclusión solicita que se ordene la aplicación de la indexación o corrección monetaria sobre los saldos insolutos adeudados, hasta la fecha en que se demuestre el pago total, según lo señalado por el H. Consejo de Estado, en sentencia del 14 de abril de 2021, dentro del proceso No. 25000-23-25-000-2004-03995-02, que se ocupó de citar, lo cierto es que, la jurisprudencia no ha sido pacífica sobre tal aspecto, razón por la cual, este Despacho es del criterio de que la indexación no procede sobre el valor de los intereses moratorios adeudados, pues no se puede perder de vista que estos son concomitantes con la actualización del valor monetario y de aplicarse se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa.

Al respecto, el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, C. P. Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo, mediante concepto expedido el 9 de agosto de 2012, radicación No. 11001-03-06-000-2012-00048-00(2106), indicó:

“A. La indexación y los intereses moratorios concomitantes

El fundamento legal de la indexación, según el Consejo de Estado, reside en artículo 178 de Código de lo Contencioso Administrativo, que a la letra dispone: “ARTICULO 178. AJUSTE DE VALOR. La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor” En este punto, la Corporación ha venido señalando que el ajuste de las sentencias condenatorias obedece al hecho notorio de la constante y permanente devaluación de la moneda, que en tratándose de servidores del Estado, disminuye en forma continua el poder adquisitivo de sus ingresos, por lo que la indexación es un acto de equidad, cuya aplicación se sustenta además en el artículo 230 de la Constitución Política, que dispone: “ARTICULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” Es así que cuando se ordena el restablecimiento del derecho con la indexación, se busca que dicho restablecimiento “represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.”

Se precisa además que la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación ha manifestado que “en razón a que tanto la indexación como el reconocimiento de intereses moratorios obedecen a la misma causa, cual es la devaluación del dinero, son incompatibles”, por lo tanto, si se ordena el reconocimiento de intereses por mora concomitantemente con la indexación, se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa.

En tal medida, cuando en la condena judicial de reintegro, se ordena la actualización de las sumas liquidadas a favor del accionante, desde la fecha en que se causaron a la fecha de su pago efectivo, no puede condenarse simultáneamente, a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, al pago de los intereses de mora previstos en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, pues resultan incompatibles”. (Negrilla fuera del texto).

Así mismo, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”, M. P. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, en providencia del 8 de julio de 2021, dentro del proceso No. 47001-23-33-000-2018-00321-01, indicó:

“... esta Sala debe precisar que **existe una incompatibilidad entre la indexación y los intereses moratorios por provenir de la misma causa, esto es, la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por el paso del tiempo en los casos en los que transcurren años sin que se haya percibido el capital adeudado a la fecha de su exigibilidad.** En efecto, esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto para señalar que por el fin que estas herramientas jurídicas persiguen, no es posible liquidar una y luego otra. Al respecto, esta Subsección sostuvo:

Ahora, si bien es cierto la tardanza en el desarrollo de las etapas propias de un proceso interadministrativo como el referido, no justifican el perjuicio de los beneficiarios en cuanto a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por el paso del tiempo en los casos en los que, como el presente, transcurren años sin que se haya percibido el capital adeudado a la fecha de su exigibilidad, lo cierto es que el ordenamiento jurídico prevé dos figuras actuariales que permiten aliviar dicha situación, por lo que es dable predicar que ambas tienen el mismo fin a pesar de que difieren en cuanto a su naturaleza jurídica.

Al respecto, se verifica que existe tanto la indexación como la indemnización moratoria (o intereses moratorios), a título de herramientas jurídicas que permiten en el mismo sentido, cubrir los efectos adversos del paso del tiempo sin que se haya solucionado efectivamente una obligación dineraria, no obstante, la primera hace referencia a la forma de actualización monetaria con base en el IPC en los casos en los que se evidencia una razón válida para la tardanza en la cancelación del saldo, mientras que los intereses moratorios implican una suerte de sanción, que si bien igualmente busca equiparar los valores de la deuda a un momento posterior, lo hace con el cálculo de una tasa fijada en un porcentaje mayor a la que resultaría de la aplicación de la regla anterior, pero como consecuencia de una actitud dolosa o de mala fe por parte del obligado, que no genere un sustento explicativo de aquella disrupción.

En suma, la indexación se aplica a los casos en los que la tardanza en el pago de una deuda conlleva una razón de ser, como puede ser un proceso sistemático con la superación de etapas, la fijación de un término específico para el cumplimiento de la obligación o la materialización de una condición que se configura por el paso del tiempo. Por el contrario, los intereses moratorios por su naturaleza sancionatoria, deben estar estipulados previamente en la norma que regule el asunto y tienen que obedecer a una causa injustificada en la dilación del abono, que se relacione con la demostración por parte de quien los solicita, de la mala fe o la intención del deudor de no cumplir a pesar de estar expresamente conminado a ello.

*Lo expuesto significa que pese a ser cierto el hecho de que ambas figuras ostentan una naturaleza diferente, esto es, una de carácter compensatorio y la otra de tipo sancionatorio, debe tenerse en cuenta que las dos instan por un mismo fin que es restablecer los efectos adversos del cumplimiento tardío de una obligación en cantidad líquida, **razón por la cual no es procedente asentir en su compatibilidad o***

en la posibilidad de liquidar una y luego otra, pues tanto los aspectos divergentes como el semejante impiden su coexistencia¹. [Resalta la Sala].

Bajo tal panorama, la Subsección estima que es improcedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre las sumas de dinero que hayan sido indexadas, por cuanto la necesidad de conjurar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda a manera de compensación por el pago tardío de la condena impuesta en las sentencias ejecutadas, se realiza a través de los reclamados intereses moratorios por el lapso en que la entidad dejó transcurrir entre la fecha en que se hizo exigible la obligación y el pago de esta.

*Por lo anterior, esta Sala advierte que solo pueden reconocerse intereses moratorios siempre que no se haya realizado indexación de las sumas reconocidas por concepto de las mesadas atrasadas, desde el reconocimiento de estas y hasta el momento de su pago, puesto que, como se señaló, esas dos figuras jurídicas son incompatibles, dado que provienen de la misma causa, esto es, prevenir la devaluación monetaria. **En ese sentido, la indexación procede desde el reconocimiento del derecho y hasta la ejecutoria de la sentencia y los intereses moratorios deben reconocerse a partir del día siguiente de la ejecutoria de la sentencia y hasta la fecha efectiva del pago**”.*

En ese sentido, esta Juzgadora no ordenara la indexación de las sumas adeudadas al demandante por concepto de intereses moratorios, dada su incompatibilidad, amén que dicho aspecto vino a ser deprecado por la parte ejecutante al momento de alegar de conclusión y no en el libelo demandatorio.

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

Así lo dispuso dicha corporación judicial – Sección Segunda – Subsección “A”, a través de providencia del 6 de junio de 2019, proferida dentro del proceso No. 110013335018**20150077501**, M. P. Dr. Néstor Javier Calvo

¹ «Esta posición ha sido reiterada y sostenida ... por la presente Sección del Consejo de Estado en sentencias del: 14 de mayo de 2020, Subsección A, radicado: 08001-23-33-000-2014-01426-01 (0074-2017); y del 16 de agosto de 2018, Subsección B, radicado: 20001-23-33-000-2014-00313-02 (2633-2017).»

Chaves, demandante: Javier Gómez González, demandada UGPP y la Subsección “C”, mediante la sentencia proferida el 24 de julio de 2019, dentro del proceso No. 110013335018**20150064801**, M. P. Dra. Amparo Oviedo Pinto, demandante: Timoleón Palencia Ávila, demandada UGPP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Ordenar seguir adelante la ejecución en favor de la señora **ANA ALCIRA RODRÍGUEZ TRUJILLO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 20.562.027 de Fusagasugá, en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, conforme con lo dispuesto en el auto del 6 de febrero de 2020, mediante el cual se libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva singular, por la suma de **SEIS MILLONES SEISCIENTOS VEINTIUNO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$6.621.244,00 m/cte.)**, por concepto de los intereses moratorios causados desde el 6 de agosto de 2008 al 31 de marzo de 2011.

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

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

Notifíquese y Cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 030 de hoy 29 de octubre, a la hora de las 8.00 A.M.  LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

eca5f30204f24c8afc3a9388ad663e691f90ab8c4bd6a21891869f8d05ed9e1d

Documento generado en 27/10/2021 01:58:04 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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