



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

Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso: 110013335018**202100029**-00
Demandante: **CARLOS EDUARDO PANTOJA BERNAL**
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -FUERZA ÁREA
COLOMBIANA
Asunto: SENTENCIA

El señor **CARLOS EDUARDO PANTOJA BERNAL**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.424.201, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZA AÉREA COLOMBIANA, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES

(i) Pretende el demandante que se declare la nulidad del oficio No. 2019130700040723 del 13 de marzo de 2019, mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional negó la reliquidación del sueldo, las primas legales y convencionales, las vacaciones, las cesantías y demás prestaciones sociales incorporando los porcentajes del IPC, dejados de incluir en la asignación básica desde 1997 hasta la fecha del pago efectivo.

(ii) Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la entidad demandada reliquidar y reajustar el salario, adicionándole los porcentajes correspondientes a la diferencia existente con el valor en que le fue aumentado su salario, en

aplicación de la escala gradual porcentual y el Índice de Precios al Consumidor IPC, con fundamento en la Ley 4ª de 1992, para los años 1997, 1998, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 y la consecuente corrección de su hoja de servicios.

(iii) Remitir la nueva hoja de servicios a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para que la asignación de retiro le sea incrementada al actor con el salario pretendido.

(iv) Reliquidar, reajustar e indexar el sueldo del actor con los porcentajes del Índice de Precios al Consumidor desde el 1 de enero de 1997 hasta la fecha en que se consolide el pago de forma permanente, de acuerdo a su grado, junto con las primas legales y convencionales, las vacaciones, cesantías y demás prestaciones sociales.

1.2. HECHOS

Para sustentar las pretensiones el apoderado del actor alude a los siguientes hechos:

1.2.1. Que el demandante ingresó a la Fuerza Aérea Colombiana el 24 de noviembre de 1998, en el grado de Subteniente.

1.2.2. Que durante su permanencia en la Fuerza Aérea Colombiana percibió como remuneración un salario mensual, de acuerdo a la Constitución y a la Ley, sin que en algunos años (1997 a 2004), se le efectuaran los aumentos mínimos del IPC, que disfrutaron los funcionarios del régimen común.

1.2.3. Que al reajustar el salario del actor en un porcentaje inferior al IPC, lo ha dejado en una situación de desigualdad frente a los demás, llevándolo a un empobrecimiento progresivo.

1.2.4. Que mediante el Decreto No. 2444 del 17 de diciembre de 2015, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, el demandante fue retirado del servicio activo de las Fuerzas Militares.

1.2.5. Que la última asignación mensual del señor Carlos Eduardo Pantoja Bernal fue en el mes de septiembre de 2015, tal como consta en el expediente administrativo.

1.2.6. Que el 20 de febrero de 2019, el actor radicó un derecho de petición ante el Ministerio de Defensa Nacional, deprecando la liquidación de su sueldo básico, de acuerdo al IPC para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 de acuerdo a la Ley 4ª de 1992.

1.2.7. Que el Ministerio de Defensa Nacional mediante el oficio No. 2019130700040723 del 13 de marzo de 2019, negó la aludida reliquidación de la asignación básica del demandante.

1.2.9. Que el 8 de noviembre de 2020, ante la Procuraduría 83 Judicial I para Asuntos Administrativos de Bogotá se llevó a cabo la conciliación prejudicial entre las partes, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 2, 4, 13 46, 48 y 53 Constitucionales, artículo 2 de la Ley 4ª de 1992, artículo 14 de la Ley 100 de 1993, artículo 1 de la Ley 279 de 1995 y la Ley 238 de 1995, estructurando el concepto de la violación de la siguiente forma:

Señaló que el Ministerio de Defensa Nacional ha violado los preceptos Constitucionales y legales al permitir que los salarios devengados por los miembros de las Fuerzas Militares sean por debajo del IPC de cada uno de los años demandados, es por ello, que las altas Cortes han mencionado en diversas ocasiones que a los trabajadores les asiste el derecho a que el aumento del salario asegure el mantenimiento de su poder adquisitivo.

Precisó que La ley 4ª de 1992 es enfática al determinar que los salarios de los empleados públicos de la Nación no pueden perder el poder adquisitivo, lo que si ocurrió en el caso del actor, durante los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, es por ello, que cuando

el aumento anual de los salarios de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas de Colombia se realiza por debajo del índice de precios al consumidor se está dando un tratamiento discriminatorio.

Manifiesta que se tiene que para los años 1997,1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, el salario señalado por el Gobierno Nacional fue inferior al porcentaje del Índice de Precios al Consumidor, por lo que al demandante, le asiste el derecho a que su salario sea reajustado por la diferencia resultante entre el incremento efectuado y el que realmente le correspondía para dichos años, en cuanto le sea más favorable, con las incidencias que correspondan de manera sucesiva para las vigencias subsiguientes, sin perjuicio de la operancia de la prescripción de las diferencias salariales a que haya lugar.

III. CONTESTACION

La apoderada del Ministerio de Defensa Nacional – Fuerza Aérea Colombiana mediante escrito del **3 de mayo de 2021**, allegado vía correo electrónico se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso las siguientes razones de defensa:

Señaló que con la expedición de la Constitución de 1991, se dispuso que la Ley determinaría el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que les es propio, función que fue designada al Congreso de la República.

Manifiesta que en virtud de la nueva normatividad constitucional y teniendo en cuenta que el derecho se constituye gradualmente, al legislador le corresponde establecer normas generales y señalar objetivos y criterios de las materias a que se refiere el numeral 19 del artículo 150 de la Carta superior, es decir, en ejercicio de su competencia precisa el marco dentro del cual deberá actuar el Gobierno Nacional para los efectos señalados entre los que se encuentra *“la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos”*.

Así las cosas, aduce que el régimen Salarial y Prestacional de la Fuerzas Pública, es especial y difiere en su aplicación para el reconocimiento y pago, de lo dispuesto por el legislador en el Sistema General de Seguridad Social previsto por la ley 100 de 1993 y demás normas que lo aclaren, adicionen o modifiquen; por lo tanto, dicho régimen no le es aplicable al personal integrante de la Fuerza Pública, como en forma reiterada lo ha señalado la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otras razones, porque el mismo obedece en primer lugar al querer del legislador primario conforme se previó en la Constitución de 1991.

Argumenta que el legislador en desarrollo de precisos postulados de la Constitución Política de 1991, expidió la ley 4ª del 18 de mayo de 1992, ley marco de mayor jerarquía dentro de la pirámide de Kelsen, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional, de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19 , literal e) y f) de la Constitución en la que determinó los servidores públicos que serían objeto de regulación salarial y prestacional por parte del Gobierno.

A su vez, señaló que a partir de Decreto 107 de 1996, el Gobierno Nacional cada año ha proferido los Decretos de reajuste salarial con sujeción a la escala salarial (122 de 1997; 058 de 1998; 62 de 1999; 2724 de 2000; 2737 de 2001; 745 de 2002; 3552 de 2003; 4158 de 2004; 923 de 2005; 407 de 2006; 1515 de 2007; 673 de 2008; 737 de 2009; 1530 de 2010; 1050 de 2011; 0842 del 2012; 1017 de 2013 y 187 de 2014), es decir, que ha tomado como base, el porcentaje de la asignación básica del grado de General.

En ese sentido, afirma que la asignación básica del personal de la Fuerza Pública está sujeta a los decretos que anualmente expide el Gobierno Nacional, en los que se fijan las pautas para determinar el monto que devengarán sus miembros, impidiendo recurrir a una fuente distinta para realizar el correspondiente incremento salarial, puesto

que, a partir del Decreto 107 de 1996, quedaron debidamente nivelados los salarios del personal castrense.

Sostiene que la figura del IPC, como fórmula para reajustar las pensiones, fue implementada en nuestro sistema jurídico ante la aparición del sistema General de seguridad social previsto en la ley 100 de 1993, el cual no es adaptable al personal de la fuerza pública como al personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, pues para ello debe recurrirse a los Decretos Nos. 1214, 1211 de 1990 y a lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, y el Decreto Ley 4433 de 2004, por estar exceptuados expresamente de su aplicación.

Señala que el pretender aplicar la figura del IPC, a los salarios del demandante mientras se encontraba en servicio activo, así como también a su asignación de retiro, sería desconocer los ordenamientos jurídicos de mayor jerarquía y las innumerables sentencias de la Corte Constitucional que reconocen entre otros la aplicación de los regímenes prestacionales exceptuados, por ser estos más favorables en su generalidad sobre el sistema general de seguridad social.

Reitera que conforme lo prevé la ley 100 de 1993, no es posible reajustar la base salarial o asignación básica del demandante desde el año 1997 hasta la fecha con base en el IPC, como quiera que se encontraba activo para dicho periodo y esta solo aplica para la asignación de retiro.

De otro lado, propuso la excepción de **“imposibilidad jurídica aplicación artículo 14 de la Ley 100 de 1993”**, al señalar que conforme lo prevé el ordenamiento de la Ley 100 de 1993, no es posible reajustar la base salarial o asignación básica del demandante para los años 1997, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 con base en el IPC, como quiera que el señor Carlos Eduardo Pantoja Bernal se encontraba activo para dichos años y dicho reajuste solo aplica para la asignación de retiro.

Igualmente, propuso la excepción de **“inepta demanda por indebida escogencia del medio de control”**, la cual fue resuelta mediante auto del 16 de septiembre de 2021, denegándose su prosperidad.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora a través de escrito allegado vía correo electrónico el **1 de diciembre de 2021**, manifestó que se ratifica en las pretensiones incoadas, ya que están sustentadas en hechos jurídicos y fácticos reales.

4.2. Parte demandada

La apoderada del Ministerio de Defensa Nacional - Fuerza Aérea Colombiana mediante escrito allegado el **29 de noviembre de 2021**, vía correo electrónico, presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de contestación, efecto para el cual, señaló que el Gobierno Nacional en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 13 de la Ley 4° de 1992, fijó la base salarial de los oficiales de la Fuerza Pública, es decir, que a los miembros activos de las Fuerzas Militares se les aplica la escala gradual para regular sus salarios.

Manifiesta que lo anterior, difiere de las asignaciones de retiro que se basan en el principio de oscilación, cuya finalidad es mantener el equilibrio entre los incrementos efectuados al personal activo y los realizados al personal en uso del buen retiro, situación que no es aplicable al caso concreto, pues para la época del reajuste solicitado por el actor, éste se encontraba en actividad, tiempo durante el cual se le fijó su base salarial, de conformidad con la escala gradual ordenada por el Gobierno Nacional.

Reiteró que los miembros de la Fuerza Pública fueron excluidos de la Ley 100 de 1993, en su artículo 279, lo que los hizo acreedores de un régimen especial en materia de prestaciones, al cual deben sujetarse en su integridad, por lo cual, es el Gobierno Nacional quien tiene la facultad para establecer los salarios.

Concluyó que para los años 1997 a 2004 el demandante se encontraba en servicio activo y se expidieron los Decretos donde se estableció el incremento anual correspondiente y, en ese sentido, el Ministerio de Defensa Nacional debe fijar el régimen salarial y prestacional para los miembros de la Fuerza Pública, con fundamento en los mismos, dentro del marco de la Ley 4° de 1992.

4.3. Agente del Ministerio Público.

La señora Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

Frente a la excepción de ***“imposibilidad jurídica aplicación artículo 14 de la Ley 100 de 1993”*** 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.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Decreto No. 2444 del 17 de diciembre de 2015, por el cual Ministro de Defensa Nacional retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares al señor CARLOS EDUARDO PANTOJA BERNAL, a partir del 31 de enero de 2016.

5.2.2. Hoja de Servicios No. 5-79424201, donde se relacionan los haberes percibidos por el demandante y el tiempo de servicios que prestó en la Fuerza Aérea Colombiana.

5.2.3. Petición elevada por el demandante ante el Ministerio de Defensa Nacional el 20 de febrero de 2019, por medio de la cual solicitó el reajuste de su salario desde el año 1997 hasta el año 2004, con base en el IPC.

5.2.4. Oficio con consecutivo No. 201913070040723 del 13 de marzo de 2019, por el cual el Ministerio de Defensa Nacional negó la aludida petición, debido a que la asignación básica mensual en actividad de los miembros de la Fuerza Pública debe ser reajustada conforme a los Decretos anuales de aumento salarial emitidos por el Gobierno Nacional.

5.2.5. Certificación expedida por el Subdirector de Nómina y Prestaciones Sociales de la Fuerza Aérea Colombiana en la que se hace constar los valores y porcentajes en los cuales se incrementó el monto básico salarial, al actor, de conformidad con el Decreto expedido en cada vigencia.

5.2.6. Certificación suscrita por el Subdirector Militares de CDO – FAC JEMFA.COP.JERLA.DIPER SUBDIRECCION MILITAR de la Fuerza Aérea Colombiana, en la que consta el tiempo de servicio en el que el demandante permaneció en actividad en dicha institución.

5.2.7. Constancia de Conciliación Prejudicial llevada a cabo ante la Procuraduría 83 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.2.8. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Carlos Eduardo Pantoja Bernal.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO

Como se señaló en la providencia proferida 18 de noviembre de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si el demandante tiene o no derecho a que se reliquide y reajuste su asignación

mensual en actividad, con fundamento en la variación porcentual del Índice de precios al Consumidor certificado por el DANE, del año 1997 al año 2004 y siguientes hasta la fecha de retiro de la institución y, en caso afirmativo, se ordene la corrección de su hoja de vida y el envío de la misma a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para que reliquide y reajuste su asignación de retiro.

5.3.1. RÉGIMEN SALARIAL DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES Y MANTENIMIENTO DEL PODER ADQUISITIVO DEL SALARIO

El inciso 3 del artículo 217 de la Constitución Política, dispone:

“ARTICULO 217.

“(…) La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”. (Negrilla del Despacho).

Ahora bien, la Constitución Política establece que en materia salarial de los servidores públicos, la competencia normativa es compartida entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional. Así, en concordancia con el numeral 19, inciso e) del artículo 150 superior, le corresponde al Gobierno, fijar el régimen salarial de los servidores públicos, los miembros del Congreso y la Fuerza Pública.

A su vez, las disposiciones dictadas por el Gobierno deben ser acordes con la Ley Marco, Ley 4ª de 1992, la cual *“prescribe los objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional proceda a establecer las escalas salariales y prestacionales de aquellos”*

En observancia de la anterior normatividad, el Presidente de la República expidió el Decreto 1211 de 1990 *“Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”*, norma de carácter especial, que estableció:

“ARTICULO 73. Asignaciones mensuales. *Las asignaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares serán las determinadas por las disposiciones legales vigentes”.*

Conforme a la anterior preceptiva, la entidad demandada se encuentra obligada a establecer la escala salarial del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, de conformidad con los decretos ejecutivos expedidos anualmente por el Gobierno Nacional.

Ahora bien, contrario a lo que sucede con las pensiones, en materia salarial no existe una norma legal que consagre expresamente el derecho de los trabajadores (privados o públicos) a mantener el poder adquisitivo de los salarios. La única referencia podría encontrarse en el artículo 146 del Código Sustantivo del Trabajo que consagra los factores a tener en cuenta al momento de fijar el salario mínimo, al indicar en su numeral 1° que *“para fijar el salario mínimo deben tomarse en cuenta, **el costo de la vida**, las modalidades del trabajo, la capacidad económica de las empresas y empleadores, y las condiciones de cada región y actividad”*

No obstante, la Corte Constitucional ha reconocido consistentemente en su jurisprudencia –sentencias C-815 de 1999; C-1433 de 2000, C-1064 de 2001–, la existencia del derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo del salario, con fundamento en el inciso 1° del artículo 53 de la Constitución que establece dentro de los principios fundamentales que debe desarrollar el estatuto del trabajo, el derecho a una *“remuneración mínima vital y móvil”*, enunciado que ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional como un derecho constitucional de los trabajadores a mantener el poder adquisitivo real del salario.

Según dicha Corporación, este derecho fundamental consiste en *“(…) el ajuste periódico del salario con el fin de contrarrestar la inflación y asegurar que aquél en términos reales conserve su valor, sin que ello impida que se decreten incrementos, más allá de la actualización.”*¹, derecho que tiene soporte en el Estado Social de Derecho, según lo señaló la Corte en la sentencia citada de la siguiente manera:

“El fundamento del derecho a mantener el poder adquisitivo del salario se encuentra en la interpretación sistemática de la Constitución (artículos 1, 2, 25, 53, 95-9 C.P.), de conformidad con los tratados y

¹ Sala Plena, Sentencia C-1017 del 30 de octubre de 2003, expediente D-4622, Magistrados Ponentes: Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil.

convenios internacionales sobre protección al trabajo y al salario. En sentencia C-1064 de 2001 sostuvo sobre el particular la Corte:

“(U)na interpretación sistemática de la Constitución permite en efecto afirmar que con base, entre otros, en los fines de construir un orden social justo (Preámbulo y artículo 2), los principios fundamentales de Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y trabajo, los deberes sociales del Estado – entre ellos los que tienen que ver con promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; tomar medidas para que la igualdad sea real y efectiva; proteger especialmente al trabajo en todas sus modalidades; garantizar los medios para que las pensiones mantengan su poder adquisitivo constante; asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas – y el mandato del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, es posible fundamentar un derecho constitucional en cabeza de los trabajadores a mantener el poder adquisitivo real del salario.

Igual conclusión se impone de la interpretación constitucional a la luz de los tratados y convenios internacionales de protección al salario (artículo 93 inciso 2 C.P.). Es así como los Convenios 95 y 99 de la Organización Internacional del Trabajo relativos a la protección del salario, aprobados respectivamente mediante las Leyes 54 de 1962 y 18 de 1968, refuerzan la conclusión según la cual el derecho a un salario justo presupone el derecho a mantener el poder adquisitivo del mismo.”

Con fundamento en lo anterior, es preciso determinar quiénes son los titulares de este derecho y sus alcances. Para el caso de los servidores públicos, todos ellos son titulares del derecho al reajuste de sus salarios, sin exclusión de los servidores de salarios bajos, medios y altos, pues no es posible discriminar para efectos del reconocimiento de un derecho constitucional con base en el nivel salarial; no obstante, el alcance del derecho puede ser diferente dependiendo del nivel de la remuneración salarial en virtud del principio de solidaridad contenido en el artículo 1º de la Constitución y del principio de igualdad de que trata el artículo 13 *ibídem*.

En tal sentido, ha manifestado la Corte Constitucional, en primer lugar, que las personas en escalas salariales bajas se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad que las que tienen escalas salariales medias, las cuales a su vez se encuentran en una situación diferente a las que devengan salarios altos.

Como consecuencia de lo anterior, el derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo del salario es limitado. Así lo expresó el Máximo Tribunal Constitucional en la sentencia referida:

“(…)

6.1. *Existe un derecho constitucional, en cabeza de todos los servidores públicos, a mantener el poder adquisitivo de sus salarios (artículo 53 y concordantes, CP) y, por ende, a que se realicen ajustes anuales en proporción igual o superior a la inflación causada, esto es, al aumento del I.P.C. en el año inmediatamente anterior, sin que éste sea el único parámetro que pueda ser tenido en cuenta. En consecuencia, no puede haber una política permanente del Estado que permita la disminución del poder adquisitivo del salario.*

6.2. **El derecho constitucional a mantener el poder adquisitivo del salario no es un derecho absoluto.** *No obstante, no cualquier interés estatal justifica su limitación. Sólo puede ser limitado para promover el fin constitucionalmente imperioso de preservar la estabilidad macroeconómica reduciendo el gasto en circunstancias de déficit fiscal y elevado endeudamiento para no afectar el gasto público social (artículo 350, CP), asegurando así la efectividad de la solidaridad como principio fundante del Estado Social de Derecho (artículo 1, CP), dentro de un contexto económico que justifique la necesidad de la limitación (artículo 2, CP).*

6.3. *El derecho de los servidores públicos que perciban salarios iguales o inferiores a dos (2) salarios mínimos legales mensuales a mantener el poder adquisitivo de su salario, no podrá ser objeto de limitaciones dado que según los criterios específicos analizados en la presente sentencia para la vigencia fiscal del 2003, tales servidores se encuentran en las escalas salariales bajas definidas por el Congreso de la República a iniciativa del Gobierno. Por lo tanto, éstos servidores deberán recibir el pleno reajuste de sus salarios de conformidad con el nivel de inflación, es decir, la variación del I.P.C. registrada para el año inmediatamente anterior, parámetro también señalado en la Ley 796 de 2003.*

6.4. **Las limitaciones que se impongan al derecho constitucional de los servidores públicos a mantener el poder adquisitivo del salario sólo puede afectar a aquellos que tengan un salario superior a los dos (2) salarios mínimos legales mensuales. El derecho de tales servidores públicos, puede ser objeto de limitaciones, es decir, su salario podrá ser objeto de ajustes en una proporción menor a la de la inflación causada el año anterior,** siempre y cuando se dé cumplimiento a los siguientes parámetros normativos:

6.4.1. *Las limitaciones de los ajustes salariales anuales deben respetar el principio de progresividad por escalas salariales, de tal manera que quienes perciban salarios más altos se vean sujetos a las mayores limitaciones y los servidores ubicados en la escala salarial más alta definida por el gobierno sean quienes estén sometidos al grado más alto de limitación.*

6.4.2. *En todo caso, para respetar el principio de proporcionalidad, las diferencias en los ajustes entre escalas salariales deberán ser mínimas,*

y a ninguno de los servidores públicos se le podrá afectar el núcleo esencial de ese derecho.

6.4.3. Para que no se vulnere el núcleo esencial del derecho a mantener el poder adquisitivo del salario de los servidores públicos señalados, el ajuste en la última escala superior no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) de la inflación causada el año inmediatamente anterior, es decir, a la mitad del aumento en el I.P.C. de 2002.

6.4.4. A los servidores públicos a quienes se les limite el derecho, el Estado les debe garantizar que, dentro de la vigencia del plan de desarrollo de cada cuatrienio, progresivamente se avance en los incrementos salariales que les corresponden, en forma tal que se les permita a estos servidores alcanzar la actualización plena de su salario, de conformidad con las variaciones en el I.P.C. El Gobierno y el Congreso tienen la obligación de incluir en los instrumentos de manejo de la política económica, previo un debate democrático, los programas y políticas que garanticen que dentro de los cuatro años de vigencia del Plan Nacional de Desarrollo, se consigan reajustes progresivos que logren alcanzar, al final de tal período cuatrienal, incrementos iguales o superiores al IPC para estos servidores.

A esta finalidad han de propender las políticas públicas correspondientes. Lo anterior significa que la limitación del referido derecho no constituye una deuda a cargo del Estado que deba ser cancelada retroactivamente por éste al término del período de cuatro años, sino un ahorro para hacer sostenible el gasto público social en condiciones macroeconómicas como las mencionadas en esta sentencia.

6.4.5 En cada presupuesto anual, de no justificarse la limitación del derecho mencionado con razones cada vez más poderosas, deben incorporarse las partidas suficientes que garanticen efectivamente la actualización plena de los salarios durante la vigencia del plan de desarrollo.

6.4.6. El ahorro que obtenga el Estado como consecuencia de las limitaciones a los ajustes salariales que temporalmente permite la Constitución, sólo pueden destinarse a la inversión social.

6.4.7. Los ajustes salariales correspondientes a la vigencia fiscal de 2003 deben ser reconocidos por el Estado a partir del primero (1º) de enero de 2003, para lo cual deberán realizarse las adiciones y traslados presupuestales necesarios.”

Bajo el contexto jurisprudencial citado y descendiendo al *sub lite*, conviene determinar si el derecho del demandante a mantener el poder adquisitivo del salario es absoluto o, si por el contrario, se encuentra limitado por devengar más de dos salarios mínimos legales.

En ese sentido, se procederá a analizar el monto del salario devengado por el señor CARLOS EDUARDO PANTOJA BERNAL en los años para los cuales reclama el reajuste con fundamento en el IPC, efecto para el cual, se tomará la asignación básica que percibió en cada anualidad desde el año 1997 al año 2004, en los grados de Capitán y Mayor, según la certificación expedida

por el Subdirector de Nómina de la Dirección de Nómina y Prestaciones sociales de la Fuerza Aérea Colombiana, de la siguiente forma:

GRADO	AÑO	SUELDO BÁSICO EJÉRCITO NACIONAL	SALARIO MÍNIMO
CAPITÁN	1997	\$595.566	\$172.005,00
CAPITÁN	1998	\$737.812	\$203.825,00
CAPITÁN	1999	\$847.819	\$236.460,00
CAPITÁN	2000	\$926.073	\$260.100,00
CAPITÁN	2001	\$977.100	\$286.000,00
MAYOR	2001	\$1.192.721.	
MAYOR	2002	\$1.251.521	\$309.000,00
MAYOR	2003	\$1.321.732	\$332.000,00
MAYOR	2004	\$1.388.745	\$358.000,00

Como puede verse, si bien es cierto que al actor le asistiría el derecho a mantener el poder adquisitivo de su salario, también lo es que el mismo está limitado dado que, como consecuencia de los grados que ostentó en la Fuerza Aérea, devengó una asignación básica mensual **superior** a los dos salarios mínimos mensuales vigentes y, en tal sentido, la entidad demandada no estaba obligada a aumentar el monto del mismo, de conformidad con el índice de Precios al Consumidor - IPC, razón por la cual no le asiste derecho alguno al reajuste de dicha asignación.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Juez Contencioso Administrativo se encuentra facultado para inaplicar una norma, cuando esta atente contra las disposiciones constitucionales o se contraponga una norma con fuerza material, decisión que solo producirá efectos inter partes, puesto que no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida, ya que se aplica para el caso concreto, sin anular en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución o la Ley.

En ese sentido, pese a que la parte demandante funda su inconformidad en el artículo 4° de la Constitución Política, lo cierto es que no es dable atribuir un trato desigual, en la medida que no se puede pretender que quien tenga una asignación mayor a dos salarios mínimos reciba el mismo tratamiento

de quien devenga un salario mínimo vital, pues son dos situaciones distintas que deben tener un tratamiento diferente para que se cumpla la igualdad real, toda vez que para los salarios medios y altos un aumento salarial no es una opción de vida y, en esa medida, no constituye una discriminación sino una diferenciación justificada y razonable.

En consecuencia, al actor se le aumentó su asignación básica mensual de conformidad con las escalas determinadas por el Gobierno Nacional, sin que se le afectara su mínimo vital, dado que recibía una asignación superior a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, tal como se demostró con el cuadro anterior.

Sobre el particular, en un caso de similares características al que aquí se discute, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, Magistrado Ponente Dr. Carlos Alberto Orlando Jaiquel, en sentencia del 28 de noviembre de 2018, señaló:

“(..)

En consecuencia, observa la Sala que no le asiste razón a la parte actora al solicitar en la demanda, el reajuste de su sueldo mensual para los años 1997 a 2004 conforme al IPC, toda vez que la asignación básica mensual en actividad de los miembros de la Fuerza Pública debe ser reajustada conforme a los Decretos anuales de aumento salarial dictados por el Gobierno Nacional para la Fuerza Pública, y acceder a lo pretendido en la demanda, sería tanto como extender lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que ordena el incremento anual de las pensiones de conformidad con el IPC. a los miembros de la Fuerza Pública que se encontraban en actividad, desde el 1º de enero del año 1997 y siguientes, sin que exista ningún fundamento ni jurídico, ni legal que así lo disponga.

Ahora, de conformidad con el marco normativo de esta providencia y lo expuesto en diferentes pronunciamientos la Corte Constitucional, es claro para este Tribunal que no se encuentra vulnerado el derecho a la igualdad alegado por la parte actora ya que los decretos que ordenaron el reajuste anualmente de la asignación básica de los militares en servicio activo expedidos por el Gobierno Nacional fueron expedidos con plenas facultades constitucionales y legales para ello, además, alcanzaron firmeza en los períodos de vigencia anual, se ejecutaron, surtieron plenos efectos y su validez no ha sido controvertida judicialmente.

Así las cosas, al encontrar la Sala que la pretensión de reajuste salarial elevada por el accionante no encuentra vocación de prosperidad según lo explicado, no resulta procedente abordar el estudio de las demás pretensiones que de ella se derivan”.

5.3.2. DERECHO AL MANTENIMIENTO DEL PODER ADQUISITIVO DE LAS PENSIONES.

Si bien la Ley 100 de 1993, dispuso en su artículo 279 que el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en dicha ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, la Ley 238 del 26 de diciembre de 1995, adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 determinando que *“Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores allí contemplados”*.

El derecho determinado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es el relativo al reajuste de pensiones según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificada por el DANE para el año inmediatamente anterior, con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, norma que encuentra fundamento constitucional en el inciso 3 del artículo 53, según el cual *“El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”* derecho constitucional cuyo titular son los pensionados (sin distinción) y cuyo sujeto pasivo es el Estado Colombiano al cual le corresponde garantizar el reajuste periódico de las pensiones (sin diferenciar si la misma es concedida bajo el régimen general o bajo regímenes especiales).

Lo anterior significa que, a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995 el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, entre ellos los miembros de la Fuerza Pública, sí tienen derecho a que se les reajusten sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual de Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE, como lo dispone el artículo 14 de dicha ley, posición que encuentra fundamento en múltiples providencias proferidas por los distintos Tribunales del país y por el Consejo de Estado.

No obstante lo anterior, se evidencia que de acuerdo con la Resolución No. 2444 del 17 de diciembre de 2015, el señor Carlos Eduardo Pantoja Bernal

se encontraba vinculado activamente a la Fuerza Aérea Colombiana hasta el 30 de enero de 2016, razón por la cual no es procedente el reajuste solicitado desde el año 1997 hasta el año 2004, pues aquél no devengaba tal prestación, en dichos años.

Así las cosas, esta Juzgadora considera que las súplicas elevadas ante este Despacho deben ser negadas, toda vez que el demandante permaneció vinculado a la Fuerza Aérea Colombiana hasta el año 2016 y el reajuste pretendido conforme al Índice de Precios al Consumidor sólo se aplica a las pensiones reconocidas hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha de expedición del Decreto 4433 de 2004, pues a partir del año 2005, las asignaciones de retiro han venido siendo reajustadas aplicando los porcentajes de aumento del Índice de Precios al Consumidor Í.P.C., circunstancia que implica que la asignación de retiro del demandante desde el momento de su reconocimiento (año 2017), a la fecha, ha sido liquidada conforme al referido índice.

Expuesto lo anterior, se negarán las pretensiones de la demanda, dado que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado.

5.4. COSTAS.

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

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

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las súplicas de la demanda por las consideraciones señaladas en esta providencia.

SEGUNDO.- Sin costas a cargo de la parte demandante.

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

Notifíquese y Cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

Firmado Por:

**Gloria
Jaramillo
Juez
Juzgado**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO 002 de hoy 11 de febrero de 2022 a la hora de las 8.00 A.M..
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaria

**Mercedes
Vasquez**

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:

**5cc3e9d27b94b5d7ed7767ff9730e5443d54bb5f71b09b216ece2279b91
4da44**

Documento generado en 09/02/2022 02:43:18 PM

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

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



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

Bogotá D. C., diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso: 11001-33-35-018-**2018-00324-00**
Demandante: MIGUEL RICARDO TORO
Demandada: BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE
INTEGRACIÓN SOCIAL
Asunto: SENTENCIA

El señor **MIGUEL RICARDO TORO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.020.733.429 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de BOGOTÁ, D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES Y HECHOS.

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 09 de septiembre de 2020, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

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

2.1. Constitucionales: artículos 2, 4, 11, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58 y 128.

2.2. Legales: artículo 10 del Código Civil; 19 y 36 del Código Sustantivo del Trabajo; los Decretos 1042 de 1978, 1750 de 2003 y 4171 de 2009 y la Ley 80 de 1993, numeral 3.

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 desestimó de plano y sin fundamento constitucional el pago de las prestaciones laborales y sociales que el demandante dejó de percibir y a las que le asiste derecho como contraprestación de la labor que desempeñó para la entidad demandada.

Manifestó que el actor laboró en la Secretaría Distrital de Integración Social, en virtud de los contratos u órdenes de prestación de servicios que suscribió; sin embargo, sus funciones cumplen con los presupuestos de una relación laboral, por las siguientes razones:

- Se le exigió la prestación personal del servicio, pacto de tipo contractual.
- Como remuneración de su labor, la entidad le pagaba las cantidades pactadas en los contratos de forma mensual, previa exigencia de contar con las afiliaciones al sistema de seguridad social y el pago al día.
- Existió subordinación, toda vez que no gozaba de autonomía, estaba sometido 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.
- Prestó de forma continua sus servicios.

En ese sentido, afirmó que se encuentran desvirtuados los presupuestos de un contrato de prestación de servicios, configurándose la relación laboral, a pesar de que las cláusulas allí contenidas pretendían disfrazar una actividad que por su naturaleza y funciones debe ser desempeñada

mediante una relación legal y reglamentaria, incumpléndose con la prohibición constitucional y legal que tienen las entidades del Estado de celebrar este tipo de contratación para el ejercicio de labores de carácter permanente y, en consecuencia, lo procedente era la creación de los cargos correspondientes. Preciso que en el caso bajo estudio se evidencia la mala fe de la entidad demandada, por el hecho de camuflar una verdadera relación laboral, bajo la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, dado que infringe los postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales sobre la materia.

III. CONTESTACIÓN.

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **14 de mayo de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Indicó que no existe ninguna obligación legal pendiente a favor del demandante, toda vez que la entidad demandada le pagó el valor correspondiente a los honorarios pactados, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios que suscribió, conforme al marco legal que cobija dicho aspecto, como lo es la Ley 80 de 1993.

Refirió que en el *sub examine* no aplica el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, puesto que el demandante incumple la carga probatoria para demostrar los hechos expuestos en que sustenta sus pretensiones; además, entre el actor y la entidad demandada no existió relación laboral, pues no se reunieron los elementos propios de la misma, de conformidad con lo señalado en la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y del Consejo de Estado que se ocupó de citar.

De otra parte, propuso las excepciones de:

i) Legalidad del contrato de prestación de servicios: Manifestó que entre las partes inmersas en el presente asunto se suscribieron varios

contratos de prestación de servicios, en virtud de los cuales el demandante ejecutó el objeto contractual de manera independiente y autónoma; amén que dicha modalidad contractual no se torna ilegal, ya que está consagrada en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Adujo que la Ley 1474 de 2011, regula algunos aspectos orientados a la ejecución de los contratos con el Estado y en los artículos 83 y 84, especifica las obligaciones que tienen a cargo los suscriptores de los mismos, las cuales deben ser cumplidas a cabalidad y en momento alguno comprenden algún tipo de acto subordinante y quien ejerce la supervisión debe expedir el informe respectivo, con el propósito de que se le cancelen los honorarios al contratista.

Afirmó que para la ejecución de los contratos de prestación de servicios no se exigió constitución de póliza de garantía, como ocurre con algunos contratos estatales, en la medida que la Secretaría Distrital de Integración Social, dando aplicación a lo preceptuado en el artículo 8° del Decreto 4828 de 2008, exime al contratista de tal obligación.

ii) Inexistencia del contrato realidad: Señaló que en el caso bajo estudio no se reúnen los requisitos para la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades legales, razón por la cual no hay lugar a acceder a las súplicas de la demanda, pues no se constituyen los elementos de una relación legal y reglamentaria; especialmente en consideración a que el demandante gozó de autonomía en la prestación de sus servicios.

Refirió que, si bien los contratos están sometidos a la supervisión, dicha circunstancia no es determinante para establecer la subordinación o dependencia, pues comprende un seguimiento al contratista para establecer si cumplió con lo pactado en las cláusulas contractuales.

iii) Inexistencia de las obligaciones reclamadas: Indicó que la entidad demandada cumplió con lo acordado en los contratos de

prestación de servicios y, por ende, a la fecha no existe saldo por cancelar a favor del demandante.

iv) Cobro de lo no debido: Aludió a que no se cumple con los presupuestos para acceder a las pretensiones de la demanda, pues revisados los antecedentes se puede establecer que la entidad le pagó al actor los honorarios causados y derivados de la suscripción de los contratos de prestación de servicios.

v) Prescripción: Solicitó que se declare probado dicho fenómeno jurídico, por el transcurso del tiempo sin que se haya realizado reclamación por el demandante y en razón a que está solicitando el reconocimiento y pago de unos derechos respecto de las vinculaciones contractuales, sin que dicho aspecto constituya reconocimiento por parte de la entidad demandada.

vi) No configuración del derecho al pago de ninguna suma de dinero ni indemnización: Sostuvo que a la entidad demandada no le corresponde realizar pago alguno al actor a título de indemnización o por otro concepto.

vii) Buena fe de la demandada: Señaló que la entidad demandada actuó con transparencia, rectitud y buena fe en el cumplimiento de sus funciones como contratante, razón por la cual debe estudiarse la conducta asumida, en el evento de analizar la imposición de sanciones.

viii) Enriquecimiento sin causa: Manifestó que no es dable el pago de obligaciones no causadas.

ix) Compensación: Deprecó que en el caso de accederse a las pretensiones del libelo demandatorio, se tengan en cuenta los pagos efectuados.

x) Genérica: Solicitó que se declaren de oficio las excepciones que se encuentren probadas dentro del proceso y que den lugar a denegar las súplicas de la demanda.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **08 de noviembre de 2021**, se ratificó en los argumentos y fundamentos que expuso en el libelo demandatorio y solicitó que se dé aplicación al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, teniendo en cuenta que se encuentra probado que el actor no laboró con autonomía técnica, administrativa, ni financiera, prestando sus servicios intelectuales y físicos de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues por el contrario debió cumplir horarios, parámetros fijados por los lineamientos y reglamentos de la entidad; prestación del servicio que además fue continua, pues afirma que es diferente que la entidad se tome algunos días para la firma del siguiente contrato o prórroga, lo cual no afectó la prestación del servicio permanente de parte del demandante.

Precisó que se encuentran probados los elementos para que se configure la existencia de una relación laboral, por las siguientes razones:

- El demandante cumplía una jornada diaria de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y que, además, tenía que estar en una hora determinada para recibir las instrucciones por parte del arquitecto jefe, lo cual se verifica con las planillas de registro de asistencia.
- El actor tuvo un superior que vigilaba el cumplimiento de funciones y horarios, quien asignaba las diferentes tareas que debía desarrollar.
- El demandante carecía de autonomía e independencia, toda vez que no podía disponer de horario diferente para desempeñar sus funciones, y debía seguir los procedimientos y lineamientos de la entidad, además periódicamente se realizaban reuniones

obligatorias en las que se le impartían órdenes que no podía negarse a ejecutar.

- Prestaba personalmente el servicio y debía solicitar permisos o justificar ausencias ante su superior jerárquico.
- Desarrollaba sus funciones de manera continua.

Asegura que las actividades desempeñadas por el demandante corroboran la existencia de una relación laboral en donde se establecen e identifican los tres elementos integrantes de la misma, esto es: (i) subordinación, (ii) prestación personal del servicio y (iii) remuneración.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito aportado el **19 de noviembre de 2021**, vía correo electrónico, reiteró todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, al igual que las excepciones propuestas.

Manifestó que no se cumplen los requisitos para que se dé aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades legales, impidiendo entonces que se configure el contrato realidad pretendido por el apoderado del demandante, resaltando que en el presente caso no se encuentran demostrados los elementos constitutivos de una relación laboral, ya que ha sido reiterado el concepto según el cual, respecto de los contratos de prestación de servicios y las relaciones laborales, el elemento de la subordinación es determinante.

Indicó que la relación con las actividades tanto de su representada como de la Subdirección de Plantas Físicas, se evidencia que efectivamente las obligaciones contractuales del demandante tenían que ser contratadas, por cuanto no pertenecen al giro ordinario de su misionalidad y para ello no se evidencia cargo en la planta de personal vinculado de forma legal o reglamentaria, indicando que las funciones del actor se ceñían a la reparación y mantenimiento de infraestructura de algunas sucursales y entidades adscritas a la Secretaría, labores que no pertenecen al objeto

misión de la entidad.

Aludió a que, no puede predicarse que la administración encubrió una relación laboral a través de la celebración de contratos de prestación de servicios, por cuanto el demandante no demostró, como le correspondía, que el cumplimiento de su labor, ni de las actividades desarrolladas en procura del cumplimiento del objeto contractual, implicaran la continuada subordinación y dependencia a la que dice estuvo sometido.

4.3. Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a las excepciones de **Legalidad del contrato de prestación de servicios, Inexistencia del contrato realidad, Inexistencia de las obligaciones reclamadas, Cobro de lo no debido, No configuración del derecho al pago de ninguna suma de dinero ni indemnización, Buena fe de la demandada, Enriquecimiento sin causa y Compensación**, propuestas por el extremo demandado, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

De otro lado, se precisa que la excepción de **prescripción** será resuelta en acápite posterior de esta providencia.

Respecto a la **excepción genérica** se advierte que no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en este momento procesal.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

5.2.1. Documentales.

5.2.1.1. Petición elevada por el actor, a través de apoderado, el 29 de mayo de 2018, por medio de la cual le solicitó a la entidad demandada declarar la existencia de una relación laboral, así como el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho.

5.2.1.2. Oficio No. 55161 Código 12100 del 07 de junio de 2018, por medio del cual la doctora María Clemencia Pérez Uribe, Directora de Gestión Corporativa de la Secretaría Distrital de Integración Social negó la anterior petición.

5.2.1.3. Certificaciones expedidas por Positiva Compañía de Seguros de fecha 10 de mayo de 2018 en relación con la afiliación del actor como independiente en la ARL.

5.2.1.4. Control de entrada de visitantes, con membrete de la empresa Alpha Seguridad Privada Ltda.

5.2.1.5. Capturas de pantalla de conversaciones de WhatsApp sostenidas entre el actor y un ingeniero.

5.2.1.6. Oficio del 08 de junio de 2018 mediante el cual la doctora Deisy Yohana Sabogal Castro, Subdirectora de Contratación de la entidad demandada, relacionó los contratos suscritos por el actor desde el 10/09/2015 hasta el 24/12/2018, y señaló que el cargo de Auxiliar de Servicios Generales Código 470 Grado 08 guarda relación con los objetos contractuales del actor, en cuanto al propósito, mas no en cuanto a funciones y obligaciones.

5.2.1.7. Certificación de los contratos suscritos por las partes, expedida por la Subdirectora de Contratación de la entidad demandada, de fecha 30 de mayo de 2018.

5.2.1.8. Certificación expedida por la Dirección Distrital de Tesorería de la Secretaría de Hacienda de Bogotá de los descuentos por RETEICA realizados al actor durante la vigencia fiscal 2015 a 2018.

5.2.1.9. Certificación expedida por la Dirección Distrital de Tesorería de la Secretaría de Hacienda de Bogotá de los descuentos por estampilla Universidad Distrital, Procultura y Proadulto mayor realizados al actor durante la vigencia fiscal 2015 a 2018.

5.2.1.10. Contratos suscritos por el demandante con la Secretaría Distrital de Integración Social.

5.2.1.11. Memorando No. I2021012466 del 21 de abril de 2021, expedido por la Subdirectora de Gestión y Desarrollo del Talento Humano de la Secretaría de Integración Social, referente al horario de un Auxiliar de Servicios Generales Código 470 Grado 08, así como los emolumentos legales y extralegales recibidos por dicho cargo.

5.2.1.12. Resolución No. 629 del 26 de junio de 2007 *“[p]or la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Secretaría Distrital de Integración Social”*.

5.2.1.13. Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Secretaría Distrital de Integración Social expedido mediante la Resolución No. 1387 del 10 de octubre de 2016.

5.2.2. Testimoniales:

5.2.2.1. Declaraciones rendidas el 01 de octubre de 2020, por los señores JOSÉ LUIS OSPINA ARZUAGA y HÉCTOR JULIO SALINAS, ante este Despacho por medio de la plataforma Microsoft teams y acta contentiva de dicha diligencia.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 09 de septiembre de 2020, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si el señor MIGUEL RICARDO TORO tiene o no derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral, durante el tiempo que estuvo vinculado bajo la modalidad de prestación de servicios en la Secretaría Distrital de Integración Social y, en consecuencia, si tiene o no derecho a que se le efectúe el pago de salarios y prestaciones sociales que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral.

5.3.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.

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

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

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

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

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

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

Posteriormente, el Decreto 1950 de 1973 “*por el cual se reglamentan los*

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

Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”, contempla:

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

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

Artículo 3°.- Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

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

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

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

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

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

De la normatividad en cita, es claro que no podrán celebrarse contratos de

prestación de servicios, en tratándose de funciones públicas de carácter permanente.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53² la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

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

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

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

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, en el numeral 3º 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

² ARTÍCULO 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.

conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.³

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

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

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

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

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

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y

³ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual "...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley."

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

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

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

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

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de

impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

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

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

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

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

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

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

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

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

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

c. Un salario como retribución del servicio.

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

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

Ahora bien, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, **UNIFICÓ** el criterio respecto del contrato realidad, así:

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

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

laborales⁴.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁵ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).

Posteriormente, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre de 2021, respecto a los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios, sostuvo:

“2.3.3. Criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios

*95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.*

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo,

⁴ 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).

⁵ 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.

esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurran los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.

97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual”.

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

“100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada».

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente”.

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

“2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo,

la subordinación o dependencia del trabajador constituye **el elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida- ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

104. **i) El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. **ii) El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. **iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. **iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los

funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral”.

Luego, indicó respecto a la prestación del servicio, lo siguiente:

“2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.”

Así mismo, en cuanto a la remuneración, afirmó:

“2.3.3.4. Remuneración

“110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”.

5.4. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

5.4.1. De la solicitud de tacha del testimonio del señor Héctor Julio

Salinas

La apoderada de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonios llevada a cabo el 01 de octubre de 2020, tachó de sospechoso el testimonio del señor Héctor Julio Salinas, toda vez que promovió demanda en contra de la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL por los mismos hechos y pretensiones de esta clase de procesos, circunstancia que puede tener alguna injerencia o interés en el resultado del presente proceso.

Descorrido el traslado de tal solicitud, la apoderada de la parte demandante solicitó que el estudio de la tacha propuesta sea estudiada en el fallo, e indicó que la interposición de una demanda por los mismos hechos por parte del testigo no es un obstáculo para que las personas puedan exigir también de su parte los correspondientes derechos laborales, amén que el testimonio del señor Héctor Julio Salinas fue desprendido y libre.

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

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

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de

Procedimiento Civil⁶, señala en relación con la tacha de testigos, que dicha figura en momento alguno impide que se reciba la declaración del testigo, sino que lo que se pretende es que el juez en el momento del fallo o de resolver el incidente, aprecie con especial atención y mayor severidad la versión respectiva.

En ese sentido, advierte el Despacho que, en efecto, el declarante admitió que interpuso demanda en contra de la entidad demandada; sin embargo, dicha circunstancia no le resta mérito probatorio a la declaración, toda vez que su testimonio fue rendido bajo la gravedad de juramento; amén que los hechos expuestos se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, la versión rendida por el deponente no resulta parcializada ni afecta su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre la vinculación del testigo a la entidad demandada como compañero de trabajo del accionante que conoció de forma directa la manera como este desarrolló su labor, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas, encontrando el Juzgado que la tacha formulada es infundada y, en consecuencia, dicha declaración será valorada por este Estrado Judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

5.5. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, el señor MIGUEL RICARDO TORO, reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales que aduce tiene derecho, por el tiempo en el que prestó sus servicios en la Secretaría Distrital de Integración Social.

Por su parte, la Secretaría Distrital de Integración Social, mediante el Oficio No. 55161 Código 12100 del 07 de junio de 2018 señaló que al demandante no le asiste el derecho a lo reclamado, al sostener que el vínculo que existió entre las partes tuvo lugar como consecuencia de la

⁶ Tomo 3 - Pruebas, Segunda Edición 2008, página 192

suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, los cuales se regulan por las disposiciones contenidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como del Decreto Reglamentario No. 1082 de 2015.

Igualmente, señaló que la vinculación que existió entre las partes se desarrolló con autonomía técnica, administrativa y operativa, así como con independencia por parte del contratista, donde no se presentó una relación de jerarquía o subordinación; resultando evidente que el actor no adquirió la condición de servidor público, sino que, por el contrario, se excluyó la relación laboral, pues el contratista se obligó a desarrollar el objeto contractual por su cuenta y riesgo.

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

i) Prestación personal del servicio.

Sobre el particular, cabe resaltar que, de las certificaciones expedidas por la Subdirección de Contratación de la Dirección de Gestión Corporativa de la Secretaría Distrital de Integración Social, quedó plenamente demostrado que el actor prestó sus servicios, de la siguiente forma:

No. CONTRATO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL
12702-2015	10/09/2015	9/01/2016
4163-2016	22/02/2016	21/06/2016
10165-2016	22/06/2016	30/01/2017
1544-2017	1/02/2017	30/06/2017
7633-2017	4/07/2017	24/01/2018
221-2018	25/01/2018	24/12/2018

En este sentido, se encuentra acreditado que el demandante prestó sus servicios en la Secretaría Distrital de Integración Social, a través de la

celebración de sendos contratos de prestación de servicios personales suscritos desde el 10 de septiembre de 2015 hasta el 24 de diciembre de 2018, cuyos objetos contractuales en términos generales estaban encaminados a prestar servicios de apoyo a la subdirección de plantas físicas en la ejecución de obras, tradicionales y no convencionales, en el mantenimiento, las reparaciones y/o adecuaciones de las unidades operativas, que prestan los servicios de la Secretaría Distrital de Integración Social.

Así las cosas, se encuentra acreditado que el demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se incorporó en las cláusulas décima y décima primera en los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión total o parcial del objeto contractual sin contar con el consentimiento y la aprobación previa y escrita de la entidad.

ii) Subordinación o dependencia.

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en los contratos de prestación de servicios se estableció que el contratista realizaría su actividad por su cuenta y riesgo, bajo su exclusiva responsabilidad, sin generar vínculo laboral alguno entre las partes; sin embargo, en los mismos se plasmó que el demandante estaba bajo supervisión del cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, el señor José Luis Ospina, en el testimonio que rindió, señaló que el actor estaba bajo las órdenes que la entidad demandada le dictaba a través del ingeniero a cargo de ello, en lo que coincidió el señor Héctor Julio Salinas al señalar que el actor estaba sometido a las condiciones y a la forma en que se le indicaba cómo debía desarrollar sus actividades, a las cuales no podía negarse.

Así mismo, de las declaraciones de los testigos se evidencia que las labores desempeñadas por el demandante no se hacían bajo su autonomía, y al respecto, los mismos fueron coincidentes en afirmar que este debía cumplir un horario en turnos y, aunque el señor José Luis Ospina indicó

que era de 7 a.m. a 5 p.m., de lunes a viernes, y el señor Héctor Julio Salinas señaló que era desde las 8 a.m. hasta las 5:00 p.m., lo cierto es que en efecto existía un horario que, de conformidad con las capturas de pantalla de conversaciones de WhatsApp allegadas con la demanda, y el control de visitantes obrante en el expediente, las labores del actor se desarrollaban en el horario de 8 a.m. a 5 p.m., y que cuando se presentaba tarde, era sujeto de llamados de atención; sin perjuicio de la disponibilidad permanente que debía tener al servicio de la entidad demandada.

De igual forma, manifestaron que los elementos de trabajo eran suministrados por la entidad demandada, lo cual incluía taladros, pulidoras, picos, y cortadoras, elementos que se hallaban inventariados por la entidad. Asimismo, indicaron que, para ausentarse, el actor debía solicitar el respectivo permiso al ingeniero a cargo.

Adicionalmente, el señor Héctor Julio Salinas manifestó que el actor desarrollaba las mismas labores que realizaban personas que pertenecían a la planta provisional, y así también lo aseveró el señor José Luis Ospina al indicar que la única diferencia era la forma de vinculación.

De otro lado, en los documentos que contienen la descripción de la necesidad que se pretendía satisfacer con los contratos de prestación de servicios suscritos con el demandante, emitidos por la Secretaría Distrital de Integración Social, se justificó la contratación, por las siguientes razones:

- Se decidió que es necesario conformar un grupo de personas con título de Bachiller que apoyen al Área de Mantenimiento de la Subdirección de Plantas Físicas, en cuanto a las actividades propias de las reparaciones locativas menores no programadas y/o producto de emergencias en la infraestructura que funcione como grupo de atención inmediata, **pues de ello depende la funcionalidad del servicio.**
- A la fecha la Secretaría **no cuenta con personal de planta suficiente** para atender la necesidad descrita.

- Es necesario contar con un técnico de obra para los trabajos que tiene proyectado para los años 2016-2020, se requiere continuar con la realización de las adecuaciones que se están adelantando en los Centros y Sedes de la Secretaría Distrital de Integración Social, con el fin de **garantizar el cumplimiento de las metas** trazadas en el Plan de Desarrollo “Bogotá Mejor para Todos”, específicas para el Proyecto 1103 “Espacios de Integración Social” **cuyo objeto es proveer los espacios de integración Social con los estándares de calidad necesarios para garantizar la prestación de los servicios sociales en condiciones adecuadas y seguras.**

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por el actor por más de **3 años**, no se enfocaron en el desarrollo de una labor esporádica o transitoria; amén que no gozaba de autonomía e independencia para ejercer su labor y no contaba con la libertad inherente al contrato de prestación de servicios, puesto que se veía en la obligación de desarrollar sus funciones atendiendo horarios y bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión.

iii) Remuneración por el trabajo cumplido.

Sobre el particular, advierte el Despacho que en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor MIGUEL RICARDO TORO y la Secretaría Distrital de Integración Social, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, la cual se pagaba dentro de los veinte (20) primeros días de cada mes, previa certificación expedida por el Supervisor de los contratos de prestación de servicios, donde constara su aval.

De acuerdo con lo anterior, se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que: i) el demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio como Técnico de apoyo a Plantas Físicas, labor que, valga la pena anotar, es necesaria para la actividad misional de la entidad contratante, ii) recibía una remuneración por el trabajo prestado y iii) actuaba bajo subordinación y dependencia de

la Secretaría Distrital de Integración Social a la cual prestaba sus servicios.

Ahora bien, a través de Oficio del 08 de junio de 2018, la doctora Deisy Yohana Sabogal Castro, Subdirectora de Contratación de la entidad demandada certificó que en la entidad existe personal de planta con el mismo propósito que el actor, de la siguiente manera:

*“Una vez revisado el Manual de Funciones y competencias laborales vigente de la Secretaría Distrital de Integración Social adoptado mediante Resolución No. 1387 de 2016, en referencia al empleo agrupado dentro del Nivel Asistencial con denominación Auxiliar de Servicios Generales Código 470 Grado 08, se evidencia que existe ficha del manual que contiene perfiles de empleo que guarda relación con cada uno de los objetos contractuales presentados, en cuanto hace referencia **al propósito principal del empleo**, mas no en lo que atañe a las funciones y obligaciones específicas y generales, así como a los requisitos de estudio y experiencia para el caso del empleo público y las características de idoneidad y/o experiencia exigidas para la contratación, en cuyo caso difieren entre uno y otro (...)*

Conforme a lo cual en el Manual de Funciones vigente, se registra los siguiente:

Auxiliar de Servicios Generales 470 08

Propósito Principal

Apoyar la ejecución de obras tradicionales y no convencionales, las labores de mantenimiento, las reparaciones y/o adecuaciones de las unidades operativas de la SDIS en cuanto a carpintería, pintura, plomería, instalaciones eléctricas, cerrajería, reparaciones menores de albañilería, con el fin de mantener en buen estado de conservación los bienes muebles e inmuebles de la Entidad

(...)” (Negrillas originales).

Igualmente, del documento contentivo de las funciones que desarrolla dicho personal, obrante en el expediente, se evidencia que las labores que desempeñó el demandante como Técnico de apoyo a Plantas Físicas, las ejerce un empleado de planta de la entidad, amén de lo esgrimido como propósito principal de dicho cargo, por parte de la entidad demandada; sin embargo, como quedó sentado en los contratos de prestación de servicios y en las justificaciones de los mismos, para el correcto desarrollo de su objeto misional fue necesario la contratación del señor Miguel Ricardo

Toro, debido a la falta de personal de la Secretaría Distrital de Integración Social.

Así las cosas, en el caso *sub examine* es aplicable el principio de “*la primacía de la realidad sobre formalidades*”, pues es indudable que el demandante se encontraba en las mismas condiciones del empleo de **Auxiliar de Servicios Generales – Código 407 – Grado 08**, cargo que pertenece a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de los contratos suscritos entre la Secretaría Distrital de Integración Social y el señor Miguel Ricardo Toro, razón por la cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que haya lugar, debidamente indexadas como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer al demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

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

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

“En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante no se le puede otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos⁷, 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 pensión⁸.

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

5.6. De las prestaciones sociales

5.6.1. Pago del concepto de vacaciones

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

“Sobre el carácter jurídico de las vacaciones, esta subsección, en sentencia de 29 de abril de 2010, al resolver un caso de «contrato realidad-, sostuvo que no tiene «[...] la connotación de prestación salarial porque [es] un descanso remunerado que tiene el trabajador por cada

⁷ 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”.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse en un 75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

año de servicios-, no obstante lo cual, en pronunciamiento de 21 de enero de 2016, asumió un entendimiento diferente de aquellas, cuando dijo:

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

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

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016, la sección segunda de esta Corporación estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, 4.] pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria [...] le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo»

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

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

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

5.6.2. Cesantías, intereses y sanción moratoria por el no pago de las cesantías.

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

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

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

5.6.3. De la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente y del pago de las sumas canceladas al sistema general de riesgos profesionales.

Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda - Subsección “E”, C. P. Dr. Ramiro Ignacio Dueñas Rugnon, en la sentencia proferida el 10 de agosto de 2018, dentro del proceso No. 11001-33-31-030- 2012-00117-01, precisó:

*De otra parte, tal y como lo dispuesto el juez de primera instancia no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados **por la actora por concepto de retención en la fuente y pagos de pólizas de seguros**, pues si bien como se dijo la vinculación de origen contractual se desnaturalizó, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con motivo de la relación laboral oculta, más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato”. (Negrilla del Despacho).*

Posteriormente, la referida Corporación Judicial, Sección Segunda Subsección “B” en sentencia del 28 de febrero de 2019⁹, Magistrado Ponente: Doctor Alberto Espinosa Bolaños, señaló:

*“(...) En cuanto a la **devolución de retefuente** y rete ICA pretendidas por el actor, **no es del caso acceder a ello**, toda vez, que tratándose de valores pagados por concepto de retención en la fuente o rete ICA en contratos realidad, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó, que ‘... este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión’¹⁰” (Negrilla fuera del texto original).*

Bajo dicho marco jurisprudencial, se concluye que no es dable ordenar a la entidad demandada que realice el reembolso al actor de la retención en la fuente que aduce se efectuó sobre cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos, ya que comprenden dineros que en su momento se giraron a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, lo que hace irreversible tal situación; lo mismo sucede con las sumas consignadas por concepto de riesgos profesionales, en la medida que son constituidas y otorgadas por

⁹ Actor: Jorge Arturo Acuña García, Demandado: Ministerio de Justicia y otro

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de junio de 2013, C.P., Dr. Luis Rafael Vergara Quintero y Sentencia de 27 de abril de 2016, rad. 68001-23-31-000-2010-00090-01(3480-14). C.P. Dr. William Hernández Gómez.

el contratista ante una administradora, aseguradora o entidad bancaria, razón por la cual no se dispondrá el reconocimiento y pago de dichos conceptos a favor del señor Miguel Ricardo Toro.

5.6.4. Cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar.

Respecto de las cotizaciones a las Cajas de Compensación Familiar, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”¹¹, refirió:

“(…)

Bajo los anteriores supuestos, observa la Subsección que en el caso concreto no se acreditó por parte del señor Luis Eduardo Moreno Caro la calidad de beneficiario del subsidio familiar reprochado, pues el artículo 5° de la citada Ley 21 de 1982 prevé que “El subsidio familiar se pagará exclusivamente a los trabajadores beneficiarios...”, enlistando los requisitos en su artículo 18, así:

“1°. Tener el carácter de permanentes.

2°. Encontrarse dentro de los límites de remuneración señalados en el artículo 20;

3°. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajado indicados en el artículo 23, y

4°. Tener personas a cargo, que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el Capítulo IV de esta ley.” De cuyo numeral cuarto, el artículo 27 establece que darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:

“1°. Los hijos legítimos los naturales, los adoptivos y los hijastros.

2°. Los hermanos huérfanos de padre.

3°. Los padres del trabajador”.

Y a renglón seguido, determina que esos familiares se consideran personas a cargo cuando convivan y dependan económicamente del trabajador, sumado a que se hallen dentro de los condicionamientos indicados en el articulado sucesivo”.

Del anterior criterio jurisprudencial, se colige que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los aportes correspondientes a la Caja de Compensación Familiar, en razón a que no demostró estar dentro de los presupuestos para ser beneficiario del subsidio familiar.

¹¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”, C P. Dr.: César Palomino Cortés, mediante sentencia del 14 de marzo de 2019, expediente No. 15001-23-31-000-2012-00042-01(3246-15), actor: Luis Eduardo Moreno Caro, demandado: Departamento de Boyacá – Casa del Menor Marco Fidel Suárez.

5.6.5. Dotación de Calzado y vestido de labor.

Sobre el particular, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018¹², indicó:

“Sobre la “dotación de calzado y vestido de labor” que solicita el demandante a título de restablecimiento del derecho, no es procedente en la medida en que el artículo 1 de la Ley 70 de 1988 reguló el derecho que le asiste a “los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente (...) resaltado fuera del texto”, supuestos que no concurren en el caso concreto⁸⁵”.

De conformidad con la jurisprudencia en cita, encuentra el Despacho que al demandante no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la dotación, dado que los honorarios que percibió por las funciones que desarrolló, superan dos veces el salario mínimo legal mensual para cada vigencia, tal como se desprende de las cláusulas cuartas y sextas de los contratos celebrados por las partes.

5.7. De la prescripción.

En este acápite se estudiará el fenómeno de la prescripción propuesto por la entidad demandada, precisando que este Despacho en las controversias orientadas a la declaración de la existencia de una relación laboral, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, había adoptado el precedente sentado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01¹³, según la cual “...

¹² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018, M. P. Dr.: César Palomino Cortés, expediente No. 68001-23-31-000-2010-00799-01, actor: Pablo Emilio Torres Garrido, demandado: E.S.E Centro de Salud Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander.

¹³ Asunto: sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, medio

aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización”, y en ese sentido, daba aplicación, a lo dispuesto por dicha Corporación, en la sentencia proferida el 18 de julio de 2018, M. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2013- 00689-01(3300-14), que dispuso que “... *la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive*”.

Ahora bien, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre del mismo año, respecto al fenómeno prescriptivo, dispuso:

“3.2. El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad.

137. *Antes que nada, conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose.*

138. *Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. Tanta ha sido la heterogeneidad de las decisiones, que en algunas providencias se han computado plazos que van desde «un*

de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro, temas: contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

día», «15 días hábiles»; y, unas menos, hasta más de un mes inclusive. De ahí la necesidad de unificar la jurisprudencia de la Sección en torno a un término de referencia de interrupción y a la definición del momento desde el cual debe iniciarse su cómputo, con el objetivo de identificar si se produjo o no la ruptura de la unidad contractual y, de concretarse esta, la consecuente prescripción de los derechos reclamados.

139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.

(...)

Y más adelante, agregó:

“3.2.1. Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. Con todo, esta

Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

[...] en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución **entre uno y otro tiene un lapso de interrupción**, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

[...] quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos **dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual**. (Negrillas del texto)

149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se reitera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación

laboral, se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades.

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse” (Negrilla del texto original).

Así las cosas, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual debe tenerse en cuenta un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, para efectos de determinar la ocurrencia de la prescripción.

Ahora bien, de conformidad con las certificaciones expedidas por la Subdirección de Contratación de la Dirección de Gestión Corporativa de la Secretaría Distrital de Integración Social, obrantes en el expediente, en el caso que nos ocupa los contratos fueron celebrados así:

Del 10 de septiembre de 2015 al 09 de enero de 2016

Del 22 de febrero de 2016 al 21 de junio de 2016

Del 22 de junio de 2016 al 30 de enero de 2017

Del 01 de febrero de 2017 al 30 de junio de 2017

Del 04 de julio de 2017 al 24 de enero de 2018

Del 25 de enero de 2018 al 24 de diciembre de 2018

Como puede verse, entre los contratos de prestación de servicios, **no existieron lapsos de interrupción superiores a los treinta (30) días hábiles** a los que hace alusión la sentencia de unificación citada anteriormente, por lo que se concluye que el demandante prestó sus servicios de forma continua e ininterrumpida desde el **10 de septiembre**

de 2015 al 24 de diciembre de 2018.

Así las cosas, en consideración a que el demandante presentó reclamación administrativa mediante escrito del **29 de mayo de 2018** y que en los contratos celebrados hubo vocación de permanencia en la labor, se concluye que no se configuró fenómeno prescriptivo alguno.

5.8. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por la parte actora al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Respecto a los aportes efectuados en exceso a salud por el contratista, el Despacho era del criterio de reconocer a título de reparación integral del daño, el pago de dichos aportes en el porcentaje correspondiente al empleador, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, en la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, al indicar: *“Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista”*.

Sin embargo, en la aludida sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 9 de septiembre de 2021, aclarada el 11 de noviembre del mismo año, se dispuso la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el Contratista al Sistema de Seguridad Social en Salud, así:

“3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el párrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993

ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal** (Negrilla del texto original y subrayado del despacho).

Y más adelante, indicó:

“236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». 137 Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha

contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley 138, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal» (Negrillas del texto original).

En ese sentido, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en la providencia referenciada, en el sentido de que es improcedente el reembolso de los aportes a salud que el contratista hubiese realizado de más, por tratarse de contribuciones de pago obligatorio, con una destinación específica y con carácter parafiscal.

Por lo anterior, no procede ordenar la devolución de los aportes a salud que efectuó el demandante en su calidad de contratista de la Secretaría Distrital de Integración Social, como quiera que éstos fueron debidamente cotizados al Sistema General de Seguridad Social al existir una obligación legal de realizar dicha contribución, los cuales por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal no admiten otro tipo de destinación que el sostenimiento mismo del sistema sanitario.

5.9. De los aportes no efectuados por el contratante al Sistema General de Pensiones.

Sobre el particular, es menester precisar que en la misma sentencia de Unificación que se viene de leer, sobre los aportes no efectuados por la parte contratante al fondo de pensiones, se dispuso:

“De igual manera la entidad demandada deberá a título de restablecimiento del derecho tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante (sobre los honorarios pactados), dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Manco Quiroz como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Por último, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema general de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación y, en el evento de no haberlo hecho o existir diferencia en su contra deberá pagar o completar según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora”.

En consecuencia, la entidad demandada deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones del actor la suma faltante por concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, con fundamento en el Ingreso Base de Cotización correspondiente a los honorarios pactados.

6. COSTAS

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

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

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la existencia de la relación laboral entre el señor MIGUEL RICARDO TORO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.020.733.429 de Bogotá y la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad del Oficio No. 55161 Código 12100 del 07 de junio de 2018, a través del cual la doctora María Clemencia Pérez Uribe, en su calidad de Directora de Gestión Corporativa de la entidad demandada negó al actor el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, así como el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, **RECONOCER Y PAGAR** al señor MIGUEL RICARDO TORO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.020.733.429 de Bogotá, el valor de las prestaciones

sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, por los periodos contratados, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos suscritos entre el **10 de septiembre de 2015 y el 24 de diciembre de 2018.**

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

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

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

CUARTO.- ORDENAR a la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL a **EFFECTUAR** las correspondientes cotizaciones al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta la totalidad del tiempo laborado por el señor MIGUEL RICARDO TORO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.020.733.429 de Bogotá, tomado el ingreso base de cotización o IBC pensional de éste, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes. De existir diferencias entre los aportes dados y los que se debieron realizar, **COTIZAR** la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Lo anterior, una vez la parte actora acredite las cotizaciones que realizó a los mencionados sistemas, durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiera diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

QUINTO.- Sin costas a cargo de la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.

SEXTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

DÉCIMO PRIMERO.- Téngase en cuenta la renuncia presentada por la doctora **IVONNE ADRIANA DÍAZ CRUZ**, al poder conferido por la entidad demandada, al tenor de lo previsto en el inciso 4° del artículo 76 del C. G. del P.

Se reconoce personería a la doctora **JINETH ZUJEY GÓMEZ CALVO** como apoderada de la Secretaría Distrital de Integración Social, en los términos y para los efectos del poder que obra en el expediente, otorgado por el doctor **ANDRÉS FELIPE PACHÓN TORRES**, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ

Firmado

**Gloria
Jaramillo
Juez
Juzgado**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 002 de hoy 11 de febrero de 2022 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA HOLÓN CAMACHO Secretaria

Por:

**Mercedes
Vasquez**

**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:

**747c4d8ff0117411591197d4eb4a66aa04186857d8354104a0c7cbd5
80e0a897**

Documento generado en 07/02/2022 11:30:21 AM

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

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



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

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso: 11001-33-35-018-**2018-00436-00**
Demandante: TATIANA AMPARO ALARCÓN SOTO
Demandada: BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE
INTEGRACIÓN SOCIAL
Asunto: SENTENCIA

La señora **TATIANA AMPARO ALARCÓN SOTO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.284.411 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de BOGOTÁ, D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES Y HECHOS.

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 18 de septiembre de 2020, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte demandante, estima desconocidas las siguientes normas:

2.1. Constitucionales: el preámbulo, y los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 29, 53 y 125.

2.2. Legales: Leyes 80 de 1993; 244 de 1995; 50 de 1990; 344 de 1996;

1437 de 2011; 100 de 1993; 797 de 2003; 1150 de 2007; 1098 de 2006; los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo; los decretos 2351 de 2014; 1582 de 1998; 225 de 2016; 1042 de 1978; 1919 de 2002; 1045 de 1978 y 229 de 2016; y los acuerdos distritales 23 de 1990, 229 de 2006, 054 de 2001; 10 de 1995; 276 de 2007 y 320 de 1995.

Sobre el particular, sostuvo que el artículo 53 de la Constitución Política establece principios laborales mínimos dentro de los cuales se encuentra el de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, según el cual, más allá de la forma de denominación de un vínculo jurídico, si en la realidad se configuran los elementos propios de una relación laboral, entonces el operador jurídico deberá darle eficacia jurídica a esa realidad, principalmente cuando se encubre una relación laboral mediante el contrato de prestación de servicios.

Argumentó que, según la ley, el vínculo laboral se configura por los elementos de: (i) prestación personal del servicio, (ii) subordinación o dependencia y, (iii) salario como contraprestación del servicio prestado; de manera que cuando en realidad se configuran dichos elementos, se dará prevalencia a la existencia del vínculo laboral, con todos los efectos respectivos.

Aseguró que en el presente caso la entidad demandada encubrió una verdadera relación laboral con la trabajadora, mediante la suscripción de continuos contratos de prestación de servicios por espacio de 8 años, desquiciando la naturaleza temporal de aquella figura jurídica.

Manifestó que, en la realidad fáctica, la demandante desempeñó sus funciones como auxiliar administrativa para la entidad demandada, bajo continua subordinación, sin que existiera autonomía e independencia de la ejecución de sus labores, pues se encontraba bajo instrucciones, directrices y lineamientos técnicos, impartidos por la demandada de forma permanente durante más de ocho años continuos.

Indicó que, aunque el vínculo jurídico entre las partes estuvo regido por ciertos contratos, lo cierto es que en realidad se configuraron los elementos propios de un vínculo laboral, en cumplimiento de labores propias de la función misional de la entidad pública, de acuerdo con la ruta de atención fijada por la demandada, y en el sitio establecido por aquella, habiendo una remuneración como contraprestación del servicio realizado.

Señaló que, con lo anterior, el Estado dejó de pagar las prestaciones sociales a que tiene derecho la contratista que en realidad es trabajadora, lo cual viola los derechos laborales de esta.

Precisó que, de conformidad con lo previsto por el artículo 125 de la Constitución Política, cuando se trata de una función permanente, la misma no debe ser cumplida por un contratista, sino que se deben crear los empleos correspondientes.

Afirmó que, la función de secretaria y de auxiliar administrativa de Comisaría de Familia, en el sitio indicado por la demandada, y con la atención diaria y directa de la ciudadanía es una función permanente, puesto que el servicio público social y asistencial requiere de funcionarios permanentes que realicen funciones propias asignadas por la Ley y Acuerdo Distrital, pues corresponden a un empleo público de carrera administrativa.

Destacó que, de conformidad con la Ley 1098 de 2006, las Comisarías de Familia deben estar conformadas por un equipo interdisciplinario que cuente, como mínimo, con un abogado que es el Comisario de Familia, una trabajadora social, un secretario de despacho y una psicóloga de equipo interdisciplinario.

Aludió a que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señaló que en ningún caso los contratos de prestación de servicios generan relación laboral, sin embargo, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-154 de 1997, declaró la constitucionalidad condicionada, en el entendido que no se genera relación laboral salvo que se acredite la existencia de una relación

laboral subordinada, como en el caso de autos.

III. CONTESTACIÓN.

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **14 de mayo de 2019**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Indicó que no existe ninguna obligación legal pendiente a favor de la demandante, toda vez que la entidad demandada le pagó el valor correspondiente a los honorarios pactados, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios que suscribió, conforme al marco legal que cobija dicho aspecto, como lo es la Ley 80 de 1993.

Refirió que en el *sub examine* no aplica el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, puesto que la demandante incumple la carga probatoria para demostrar los hechos expuestos en que sustenta sus pretensiones; además, entre la actora y la entidad demandada no existió relación laboral, pues no se reunieron los elementos propios de la misma, de conformidad con lo señalado en la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y del Consejo de Estado que se ocupó de citar.

De otra parte, propuso las excepciones de:

i) Legalidad del contrato de prestación de servicios: Manifestó que entre las partes inmersas en el presente asunto se suscribieron varios contratos de prestación de servicios, en virtud de los cuales la demandante ejecutó el objeto contractual de manera independiente y autónoma; amén, que dicha modalidad contractual no se torna ilegal, ya que está consagrada en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Adujo que la Ley 1474 de 2011, regula algunos aspectos orientados a la ejecución de los contratos con el Estado y en los artículos 83 y 84, especifica las obligaciones que tienen a cargo los suscriptores del mismos, las cuales deben ser cumplidas a cabalidad y en momento alguno

comprenden algún tipo de acto subordinante y quien ejerce la supervisión debe expedir el informe respectivo, con el propósito de que se le cancelen los honorarios al contratista.

Afirmó que para la ejecución de los contratos de prestación de servicios no se exigió constitución de póliza de garantía, como ocurre con algunos contratos estatales, en la medida que la Secretaría Distrital de Integración Social, dando aplicación a lo preceptuado en el artículo 8° del Decreto 4828 de 2008, exime al contratista de tal obligación.

ii) Inexistencia del contrato realidad: Señaló que en el caso bajo estudio no se reúnen los requisitos para la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades legales, razón por la cual no hay lugar a accederse a las súplicas de la demanda, pues no se constituyen los elementos de una relación legal y reglamentaria; especialmente, en consideración, a que la demandante gozó de autonomía en la prestación de sus servicios.

Refirió que, si bien los contratos están sometidos a la supervisión, dicha circunstancia no es determinante para establecer la subordinación o dependencia, pues comprende un seguimiento a la contratista para establecer si cumplió con lo pactado en las cláusulas contractuales.

iii) Inexistencia de las obligaciones reclamadas: Indicó que la entidad demandada cumplió con lo acordado en los contratos de prestación de servicios y, por ende, a la fecha no existe saldo por cancelar a favor de la demandante.

iv) Cobro de lo no debido: Aludió a que no se cumplen con los presupuestos para acceder a las pretensiones de la demanda, pues revisados los antecedentes se puede establecer que la entidad le pagó los honorarios causados y derivados de la suscripción de los contratos de prestación de servicios. Además, afirmó que, si en gracia de discusión, se encontrare probado el contrato realidad, no sería dable otorgar los salarios

y factores prestacionales, toda vez que la demandante no adquiriría el carácter de servidor público.

v) Prescripción: Solicitó que se declare probado dicho fenómeno jurídico, por el transcurso del tiempo sin que se haya realizado reclamación por la demandante y en razón a que está solicitando el reconocimiento y pago de unos derechos respecto de las vinculaciones contractuales, sin que dicho aspecto constituya reconocimiento por parte de la entidad demandada.

vi) No configuración del derecho al pago de ninguna suma de dinero ni indemnización: Sostuvo que a la entidad demandada no le corresponde realizar pago alguno a la actora a título de indemnización o por otro concepto.

vii) Buena fe de la demandada: Señaló que la entidad demandada actuó con transparencia, rectitud y buena fe en el cumplimiento de sus funciones como contratante, razón por la cual debe estudiarse la conducta asumida, en el evento de analizar la imposición de sanciones.

viii) Enriquecimiento sin causa: Manifestó que no es dable el pago de obligaciones no causadas.

ix) Compensación: Deprecó que en el caso de accederse a las pretensiones del libelo demandatorio, se tengan en cuenta los pagos efectuados.

x) Genérica: Solicitó que se declaren de oficio las excepciones que se encuentren probadas dentro del proceso y que den lugar a denegar las súplicas de la demanda.

Por su parte, el apoderado de la actora, mediante escrito allegado el **06 de junio de 2019**, describió el traslado de las referidas excepciones, en forma oportuna, oponiéndose a su prosperidad.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte demandante, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **09 de noviembre de 2021**, presentó alegatos de conclusión, solicitando que se acceda a las súplicas de la demanda, toda vez que se configuraron los elementos propios de la relación laboral entre la demandante y la entidad demandada.

Resumió las declaraciones de los testigos, indicando que con ellas se acreditó la subordinación laboral de la demandante, su falta de libertad, autonomía e independencia, la recepción de órdenes por parte del comisario, el cumplimiento de horario, el uso de inventario de la oficina por parte de la actora y el desarrollo de funciones.

Indicó que, teniendo en cuenta los contratos, prórrogas, adiciones, certificados de contratos y actas de liquidación de contratos, se encuentra acreditado que la señora Tatiana Amparo Alarcón Soto prestó personalmente sus servicios laborales como auxiliar administrativa en las Comisarías de Familia en la entidad demandada, entre el 23 de febrero de 2009 y el 3 de febrero de 2017; concluyendo que, en aplicación de la Sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021, proferida por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la relación laboral entre las partes del presente asunto fue de manera continua, sin solución de continuidad, puesto que entre uno y otro contrato no transcurrieron más de 30 días hábiles.

Finalmente, se refirió a que las funciones desempeñadas por la demandante guardan equidad o similitud con las funciones contempladas en los empleos de planta de la Secretaría Distrital de Integración Social.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la entidad demandada, mediante escritos aportados el **12 de noviembre de 2021**, vía correo electrónico, reiteró todos y cada uno de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, al igual que

las excepciones propuestas.

Manifestó que, de conformidad con jurisprudencia del Consejo de Estado cuando se declare la existencia de una relación laboral entre un particular y una entidad pública, bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, este reconocimiento no tiene como consecuencia implícita la adquisición de la calidad de servidor público, recordando que se ha denominado contrato realidad a aquel que teniendo apariencia distinta encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de lo sustancial sobre la forma.

Indicó que a lo largo del proceso no se logró probar la existencia de los elementos del contrato de trabajo, y enfatizó en que la existencia de la subordinación debe ser probada pues no opera ninguna presunción al respecto, carga con la cual no cumplió la actora, sino que más bien se encuentra probada la existencia de una verdadera relación contractual bajo los parámetros de la Ley 80 de 1933.

Aludió a que, en aplicación de la sentencia del 09 de septiembre de 2021 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, la actora se encontraría dentro del término para solicitar la declaración de la existencia de contrato realidad y de las acreencias laborales de los diez (10) negocios jurídicos, indicando que como entre ellos hubo una interrupción superior a 30 días hábiles, de acuerdo con la jurisprudencia vigente, debe entenderse que ocurrió la solución de continuidad, razón por la que el término prescriptivo debe contarse a partir del día siguiente a la finalización del último de los contratos, es decir, que aquel fenómeno tendría lugar el 03 de febrero de 2017, si no fuera porque el mismo fue interrumpido con la petición del 18 de enero de 2018, por lo que no operó la prescripción sobre las prestaciones económicas derivadas de estos contratos.

4.3. Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Respecto a las excepciones de **Legalidad del contrato de prestación de servicios, Inexistencia del contrato realidad, Inexistencia de las obligaciones reclamadas, Cobro de lo no debido, No configuración del derecho al pago de ninguna suma de dinero ni indemnización, Buena fe de la demandada, Enriquecimiento sin causa y Compensación**, propuestas por el extremo demandado, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

De otro lado, se precisa que la excepción de **prescripción** será resuelta en acápite posterior de esta providencia.

Respecto a la **excepción genérica** se advierte que no se encuentran excepciones que deban ser declaradas de oficio en este momento procesal.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante que sustenta los hechos y pretensiones:

5.2.1. Documentales.

5.2.1.1. Certificación expedida el 16 de marzo de 2017, mediante la cual la doctora Deisy Yohana Sabogal Castro, Subdirectora de Contratación de la Secretaría Distrital de Integración Social hizo constar los contratos de prestación de servicios que suscribió la señora Tatiana Amparo Alarcón Soto con la entidad, del 23 de febrero de 2009 al 03 de febrero de 2017.

5.2.1.2. Petición elevada por la actora, a través de apoderada, el 18 de enero de 2018, por medio de la cual le solicitó a la entidad demandada reconocer y declarar la existencia de una relación laboral, así como el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho.

5.2.1.3. Oficio No. SAL-11747 del 7 de febrero de 2018, por medio del cual la doctora Margarita Barraquer Sourdis, Directora Poblacional de la Secretaría Distrital de Integración Social negó la anterior petición.

5.2.1.4. Recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto por la actora, a través de apoderada, frente al oficio anterior.

5.2.1.5. Oficio No. SAL-37307 del 19 de abril de 2018, por medio del cual la doctora Margarita Barraquer Sourdis, Directora Poblacional de la Secretaría Distrital de Integración Social confirmó la decisión adoptada en el Oficio No. SAL 11747 del 07 de febrero de 2018, y su notificación.

5.2.1.6. Constancia de Conciliación Prejudicial llevada a cabo ante la Procuraduría 10 Judicial II para Asuntos Administrativos el 04 de septiembre de 2018, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

5.2.1.7. Expediente en materia contractual de la demandante.

5.2.1.8. Contratos suscritos por la demandante con la Secretaría Distrital de Integración Social.

5.2.1.9. Copia de los Manuales de Funciones de personal vigentes para los años 2009 a 2017 para el cargo de auxiliar administrativo.

5.2.1.10. Captura de pantalla del correo electrónico del Grupo Almacén e Inventarios respecto del acta de entrega de bienes y paz y salvo de entrega de los mismos, según el cual no existen documentos tramitados a nombre de la actora.

5.2.1.11. Resolución 0594 de 2016, en la que constan los horarios de los empleados de planta de la Secretaría Distrital de Integración Social.

5.2.1.12. Certificación de las fechas de inicio y terminación de los contratos suscritos por las partes, expedida por la Subdirectora de Contratación de la entidad demandada, de fecha 24 de junio de 2021.

5.2.2. Testimoniales:

5.2.2.1. Declaraciones rendidas el 03 de junio de 2021, por las señoras SANDRA PATRICIA CARDONA MORENO y CAROLINA ÁVILA PARRA, ante este Despacho por medio de la plataforma Microsoft teams y acta contentiva de dicha diligencia.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 18 de septiembre de 2020, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora TATIANA AMPARO ALARCÓN SOTO tiene o no derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral, durante el tiempo que estuvo vinculada bajo la modalidad de prestación de servicios en la Secretaría Distrital de Integración Social y, en consecuencia, si tiene o no derecho a pago de salarios y prestaciones sociales que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral.

5.3.1. NORMATIVIDAD Y ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES APLICABLES PARA LA SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 3°.- *Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.*

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

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

Artículo 5°- *Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones*

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

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

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

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

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53² la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

Igualmente, en el Capítulo II *ibidem*, 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

² 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.

que determine la ley (...)”.

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

“*ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.*

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”³

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

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

En ese sentido, la Corte Constitucional al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita anteriormente,

³ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

en Sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, determinó las diferencias que existen entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, así:

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

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

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

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

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

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

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado

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

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

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

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

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

De la norma y jurisprudencia en cita, se advierte que el contrato de prestación de servicios surge por la necesidad de vincular a una persona que desarrolle las actividades relacionadas con la administración o el

funcionamiento de una entidad; sin embargo, ostenta unas características particulares, esto es, i) que las labores no puedan ser asumidas por el personal de planta o requieran conocimientos especializados y ii) que no existe la subordinación por parte del contratista, ya que goza de autonomía e independencia.

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, de la siguiente manera:

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

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

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

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

c. Un salario como retribución del servicio.

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

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

Ahora bien, en la Sentencia del 25 de agosto de 2016, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, M.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, **UNIFICÓ** el criterio respecto del contrato realidad, así:

“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge

el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales⁴.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda⁵ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).

Posteriormente, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre de 2021, respecto a los criterios para identificar la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios, sostuvo:

“2.3.3. Criterios para identificar la existencia de una relación

⁴ 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).

⁵ 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.

laboral encubierta o subyacente por contratos de prestación de servicios

95. Si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de **una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales**, la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.

96. Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política.

97. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala reúne las siguientes manifestaciones, que habrán de servirle al juez contencioso-administrativo como parámetros o indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual”.

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

“100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada».

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones

pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcionarial. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente”.

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

“2.3.3.2. Subordinación continuada

*102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye **el elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.*

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida- ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

*104. i) **El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.*

*105. ii) **El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.*

*106. iii) **La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más*

relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral”.

Luego, indicó respecto a la prestación del servicio, lo siguiente:

“2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.”

Así mismo, en cuanto a la remuneración, afirmó:

“2.3.3.4. Remuneración

“110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”.

5.4. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR.

5.4.1. De la solicitud de tacha del testimonio de la señora Carolina Ávila Parra

La apoderada de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonios llevada a cabo el 03 de junio de 2021, tachó de sospechoso el testimonio de la señora Carolina Ávila Parra, toda vez que promovió demanda en contra de la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL por las mismas pretensiones de esta clase de proceso, lo que puede afectar la rigurosidad de su testimonio.

Descorrido el traslado de tal solicitud, el apoderado de la parte demandante indicó que la apoderada de la entidad demandada no lo hizo en la oportunidad procesal correspondiente puesto que debía proponer la tacha antes de que la deponente rindiera testimonio, y, contrario a ello, formuló la tacha con posterioridad a la declaración.

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

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

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de Procedimiento Civil⁶, señala en relación con la tacha de testigos, que dicha figura en momento alguno impide que se reciba la declaración del testigo, sino que lo que se pretende es que el juez en el momento del fallo o de resolver el incidente, aprecie con especial atención y mayor severidad la versión respectiva.

En ese sentido, advierte el Despacho que, en efecto, la declarante admitió que interpuso demanda en contra de la entidad demandada; sin embargo, dicha circunstancia no le resta mérito probatorio a la declaración, toda vez que su testimonio fue rendido bajo la gravedad de juramento; amén que los hechos expuestos se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, la versión rendida por la deponente no resulta parcializada ni afecta su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener el relato sobre la vinculación de la actora a la entidad demandada como compañera de trabajo de la accionante que conoció de forma directa la manera como esta desarrolló su labor, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas, encontrando el Juzgado que la tacha formulada, es infundada y, en consecuencia, dicha declaración será valorada por este Estrado Judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

5.5. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, la señora TATIANA AMPARO ALARCÓN SOTO, reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales

⁶ Tomo 3 - Pruebas, Segunda Edición 2008, página 192

que aduce tiene derecho, por el tiempo en el que prestó sus servicios en la Secretaría Distrital de Integración Social.

Por su parte, la Secretaría Distrital de Integración Social, mediante los Oficios Nos. SAL-11747 del 7 de febrero de 2018 y SAL-37307 del 19 de abril de 2018, señaló que a la demandante no le asiste el derecho a lo reclamado, al sostener que el vínculo que existió entre las partes tuvo lugar como consecuencia de la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, los cuales se regulan por las disposiciones contenidas en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, así como del Decreto Reglamentario No. 1082 de 2015.

Igualmente, señaló que la vinculación que existió entre las partes no se caracterizó por los elementos de subordinación, obligación de cumplimiento de horario y salario como forma de pago, propios de un vínculo laboral, sino que, por el contrario, se rigió por características de autonomía e independencia para el desarrollo de las actividades contratadas, típicas de los contratos de prestación de servicios, que se regulan en el sector público por el régimen del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

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

i) Prestación personal del servicio.

Sobre el particular, cabe resaltar que de las certificaciones expedidas por la Subdirección de Contratación de la Dirección de Gestión Corporativa de la Secretaría Distrital de Integración Social, quedó plenamente demostrado que la actora prestó sus servicios, de la siguiente forma:

No. DE CONTRATO	INICIO	TERMINACIÓN	FOLIOS
-----------------	--------	-------------	--------

1.411/2009	23/02/2009	22/01/2010	23 a 24 <i>vlto</i>
179/2010	26/01/2010	25/01/2011	23 a 24 <i>vlto</i>
2.360/2011	18/02/2011	17/06/2011	23 a 24 <i>vlto</i>
3.558/2011	24/06/2011	23/01/2012	23 a 24 <i>vlto</i>
1.784/2012	05/03/2012	04/06/2012	23 a 24 <i>vlto</i>
3.779/2012	08/06/2012	07/02/2013	23 a 24 <i>vlto</i>
589/2013	14/02/2013	13/02/2014	23 a 24 <i>vlto</i>
4.617/2014	19/02/2014	22/01/2015	23 a 24 <i>vlto</i>
1.438/2015	26/01/2015	25/02/2016	23 a 24 <i>vlto</i>
5.214/2016	04/03/2016	03/02/2017	23 a 24 <i>vlto</i>

En este sentido, se encuentra acreditado que la demandante prestó sus servicios en la Secretaría Distrital de Integración Social, a través de la celebración de sendos contratos de prestación de servicios personales suscritos desde el 23 de febrero de 2009 hasta el 03 de febrero de 2017, cuyos objetos contractuales en términos generales estaban encaminados a : i) prestar servicios operativos de apoyo para mantener en operación el subsistema interno de gestión documental y archivo de la gestión de la entidad demandada; ii) levantamiento de inventarios, organización acorde a los estándares de gestión documental, custodia y servicio de los documentos de los archivos; y iii) actuar como auxiliar administrativo a través de la realización de actividades de asistencia, secretariales, operativas y de apoyo a la gestión para la atención integral a las familias y cuidadores de personas con discapacidad a través de centros respiro, para la atención a los ciudadanos que acceden a la justicia a través de las comisarías de familia, el centro de atención integral a víctimas de abuso sexual o violencia intrafamiliar; funciones que fueron ratificadas con las declaraciones de las señoras Sandra Patricia Cardona Moreno y Carolina Ávila Parra, llevadas a cabo el 03 de junio de 2021.

Así las cosas, se encuentra acreditado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se incorporó en las cláusulas décima primera, décima segunda y décima tercera en los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión total o parcial el objeto contractual sin contar con el consentimiento y la aprobación previa y escrita de la entidad.

ii) Subordinación o dependencia.

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en los contratos de prestación de servicios se estableció la contratista realizaría su actividad por su cuenta y riesgo, bajo su exclusiva responsabilidad, sin generar vínculo laboral alguno entre las partes; sin embargo, en los mismos se plasmó que el demandante estaba bajo supervisión del cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, la señora Carolina Ávila Parra, en el testimonio que rindió, señaló que la actora estaba bajo la subordinación de la comisaria, quien impartía órdenes, pues recibía instrucciones de la misma, sin autonomía, pues se le determinaba la forma en que debía hacerlo.

Así mismo, de las declaraciones de los testigos se evidencia que las labores desempeñadas por la demandante no se hacían bajo su autonomía, y al respecto, las mismas fueron coincidentes en afirmar que esta debía cumplir un horario en turnos de 7 a.m. a 3 p.m. y de 3 p.m. a 11 p.m., de lunes a viernes, el cual aplicaba para personal de planta y para contratistas; lo cual se encuentra respaldado por la Resolución 0594 del 28 de marzo de 2016, de conformidad con la cual, las comisarias manejaban turnos rotativos de lunes a viernes, en los señalados horarios.

De igual forma, manifestaron que los elementos de trabajo eran suministrados por la oficina directamente, y que para ausentarse debía solicitar el respectivo permiso a la comisaria.

Adicionalmente, la señora Sandra Patricia Cardona Moreno, en su declaración, señaló que la actora desarrollaba las mismas funciones que la funcionaria que se encontraba en provisionalidad, esto es notificaciones, medidas de protección, envíos a juzgados, correspondencia, apoyo, incidentes, apelaciones, fijaciones de alimentos, y diligenciamiento del instrumento de riesgo; y, cuando el señor Procurador Delegado ante este Despacho solicitó aclaración frente al personal asignado a recepción, la deponente manifestó que eran dos personas, una la demandante y la otra, la profesional de psicología.

De otro lado, en los documentos que contienen la descripción de la necesidad que se pretendía satisfacer con los contratos de prestación de servicios suscritos con la demandante, emitidos la Subdirección para la Familia de la Secretaría Distrital de Integración, se justificó la contratación, por las siguientes razones:

- Para que **el compromiso institucional pueda cumplirse se requiere fortalecer la capacidad de respuesta en las Comisarías de Familia**, el Centro de Atención Integral A Víctimas de Abuso Sexual – CAVAIS y el Centro de Atención a Víctimas de Violencia Intrafamiliar – CAVIF.
- Es necesario contar con los elementos, herramientas y servicios indispensables para el desarrollo de las actividades que se traducen en una **eficiente labor misional y de apoyo** de la Secretaría, por lo cual se requiere **fortalecer el equipo administrativo de apoyo en la gestión en las Comisarías de Familia**, mediante la vinculación de personal no profesional que facilite la operación y la atención a los ciudadanos.
- Para que el **compromiso institucional y legal pueda cumplirse** se requiere fortalecer la capacidad de respuesta en las Comisarías de Familia para apoyar los trámites de **recepción, atención, documentos y otras actuaciones** para la realización de los derechos de ciudadanos, es necesario **fortalecer el equipo administrativo de apoyo en la gestión.**
- Se requiere **fortalecer la capacidad de respuesta** en las Comisarías de Familia, a fin de realizar una atención integral mediante la vinculación de auxiliares administrativos que apoyen la gestión.

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por la actora por más de **7 años**, no se enfocaron en el desarrollo de una labor esporádica o transitoria; amén, que no gozaba de autonomía e independencia para ejercer su labor y no contaba con la libertad inherente al contrato de prestación de servicios, puesto que se veía en la obligación de desarrollar sus funciones atendiendo horarios y bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión.

iii) Remuneración por el trabajo cumplido.

Sobre el particular, advierte el Despacho que en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora Tatiana Amparo Alarcón Soto y la Secretaría Distrital de Integración Social, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, la cual se pagaba dentro de los veinte (20) primeros días de cada mes, previa certificación expedida por el Supervisor de los contratos de prestación de servicios, donde constara la correcta ejecución del contrato.

De acuerdo con lo anterior, se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que: i) la demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio como Auxiliar Administrativa, labor que, valga la pena anotar, **es propia de la actividad misional de la entidad contratante**, ii) recibía una remuneración por el trabajo prestado y iii) actuaba bajo subordinación y dependencia de la Comisaría de Familia a la cual prestaba sus servicios.

De otra parte, la apoderada de la entidad demandada allegó los manuales específicos de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la entidad demandada, vigentes para los años 2009 a 2016 (Resolución No. 629 del 26 de junio de 2007) y, para los años 2016 a 2017 (Resolución No. 1387 del 10 de octubre de 2016), de la primera de las cuales se evidencia el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, grados 27, 22 y 09, los cuales tienen el siguiente propósito y funciones:

Resolución número

de

Hoja No. 709

I. IDENTIFICACION	
Nivel Jerárquico:	Asistencial
Denominación del Empleo:	Auxiliar Administrativo
Código:	407
Grado:	27
No. De Cargos:	Cuarenta y cuatro (44)
Dependencia:	Donde se ubique el cargo
Cargo del Jefe Inmediato:	Quien ejerza su supervisión directa.

II. PROPOSITO PRINCIPAL	
Apoyar las actividades de asistencia administrativa en la Comisaría de Familia y atender los requerimientos de servicios de los distintos grupos del área de desempeño y atender los requerimientos de manejo de correspondencia, archivo, manejo de documentos e informes a fin de brindar información y orientación básica primaria al usuario y un apoyo eficiente y eficaz a la administración para su normal funcionamiento.	

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES	
DIRECCIÓN POBLACIONAL – SUBDIRECCIÓN PARA LA FAMILIA – COMISARIAS DE FAMILIA	
<ol style="list-style-type: none">1. Suministrar información al público, a servidores-as de la misma o de otras dependencias de la Secretaría Distrital de Integración Social, a otras entidades, de acuerdo con las políticas y procedimientos establecidos por la Entidad y con base en las autorizaciones o instrucciones que reciba de la jefatura de la Dependencia.2. Recibir las solicitudes verbales o escritas de Medidas de Protección, radicarlas, hacer la presentación personal y pasarlas al Despacho.3. Realizar informes y proyectar los autos mediante los cuales se dé trámite a las denuncias de violencia intrafamiliar.4. Ejecutar las actividades administrativas que se le asigne, de acuerdo con los requerimientos de planificación, organización, coordinación y control de los servicios, procesos, planes y proyectos a cargo de la Comisaría de Familia.5. Acopiar, seleccionar, clasificar y procesar la información que se le determine o sea necesaria para el cabal cumplimiento de las funciones, y desarrollo del plan de acción de la Comisaría de Familia dependencia.6. Llevar los registros, archivos y controles que se le determinen para el seguimiento a la ejecución de las funciones, desarrollo de los proyectos o prestación de los	

Resolución número

de

Hoja No. 710

servicios a cargo de la comisaría de familia o dependencia de desempeño, aplicando las disposiciones legales, normas y procedimientos establecidos sobre el particular.
<ol style="list-style-type: none">7. Preparar informes y documentos administrativos que se requiera presentar o expedir, de acuerdo con las instrucciones o parámetros que le sean fijados.8. Prestar la colaboración e información necesaria a los demás empleados de la dependencia para la combinación de recursos y ejecución coordinada de actividades, planes y programas.9. Diligenciar y mantener actualizado el Sistema de información SIRBE.10. Las demás funciones asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.

(...)

Resolución número de Hoja No. 721

I. IDENTIFICACIÓN	
Nivel Jerárquico:	Asistencial
Denominación del Empleo:	Auxiliar Administrativo
Código:	407
Grado:	22
No. De Cargos:	Cuarenta y Dos (42)
Dependencia:	Donde se ubique el cargo
Cargo del Jefe Inmediato:	Quien ejerza la supervisión directa
Naturaleza del Cargo:	Carrera Administrativa

II. PROPÓSITO PRINCIPAL
Apoyar las actividades de asistencia administrativa en la Comisaría de Familia y atender los requerimientos de servicios de los distintos grupos del área de desempeño y atender los requerimientos de manejo de correspondencia, archivo, manejo de documentos e informes a fin de brindar información y orientación básica primaria al usuario y un apoyo eficiente y eficaz a la administración para su normal funcionamiento.

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES
DIRECCIÓN POBLACIONAL - SUBDIRECCIÓN PARA LA FAMILIA - COMISARÍAS DE FAMILIA
1. Organizar, programar y ejecutar actividades de asistencia administrativa en la Comisaría de Familia a la que sea asignado(a), atendiendo los requerimientos de servicios en los distintos grupos funcionales de trabajo para el cumplimiento de las funciones y desarrollo de los procesos, planes y programas a cargo de la respectiva dependencia, de acuerdo con las tareas específicas que se le señalen e instrucciones que reciba.
2. Radicar y distribuir la correspondencia preparada y recibida en la dependencia, de acuerdo con el sistema de radicación y reparto establecido.
3. Transcribir a máquina o en equipos sistematizados los documentos que se originen en la dependencia, conforme las instrucciones recibidas.
4. Tomar los dictados, preparar, despachar y distribuir los documentos y correspondencia de la dependencia de acuerdo con los procedimientos establecidos y las instrucciones que sean impartidas por sus superiores.
5. Atender a la ciudadanía que demande los servicios de la comisaría de familia y a empleados de otras dependencias, suministrar información y concertar entrevistas conforme instrucciones que reciba de sus superiores.

Resolución número de Hoja No. 722

6. Llevar el control sobre el archivo tanto virtual como físico de la comisaría de familia y mantenerlo actualizado y organizado.
7. Registrar la correspondencia que entre y salga de la dependencia.
8. Manejar los programas de informática instalados en la dependencia.
9. Ejercer el autocontrol en todas las funciones que le sean asignadas.
10. Las demás funciones asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.

(...)

Resolución número de Hoja No. 759

I. IDENTIFICACIÓN	
Nivel Jerárquico:	Asistencial
Denominación del Empleo:	Auxiliar Administrativo
Código:	407
Grado:	09
No. De Cargos:	Quince (15)
Dependencia:	Donde se ubique el cargo
Cargo del jefe inmediato:	Quien ejerza la supervisión directa
Naturaleza del Cargo:	Carrera Administrativa

II. PROPÓSITO PRINCIPAL
Realizar actividades de apoyo administrativo y efectuar notificaciones, radicación, distribución y archivo de correspondencia y documentos preparados y recibidos, conforme a los estándares de calidad y eficiencia en la gestión administrativa del área de desempeño.

III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES
DIRECCIÓN POBLACIONAL – SUBDIRECCIÓN PARA LA FAMILIA - COMISARÍAS DE FAMILIA
1. Efectuar notificaciones personales o por aviso derivadas de las medidas de urgencia, preventivas o correctivas por maltrato infantil y violencia intrafamiliar.
2. Efectuar notificaciones personales o por aviso que se requieran dentro de los procedimientos establecidos en los Artículos 272, 312, 319 a 326 del Código del Menor.
3. Rendir informes de las notificaciones practicadas de conformidad con lo dispuesto por la Ley.
4. Recoger y entregar la correspondencia que se requiera con destino a otras entidades, generadas dentro de los servicios y coordinadores propios de las funciones de las Comisarías.
5. Radicar y distribuir la correspondencia preparada y recibida en la Dependencia, de acuerdo con el sistema de radicación y reparto establecido.
6. Transcribir a máquina o en equipos sistematizados los documentos que se originen en la dependencia, conforme las instrucciones recibidas.
7. Despachar y distribuir los documentos y correspondencia de la dependencia de acuerdo con los procedimientos establecidos y las instrucciones que sean

Resolución número de Hoja No. 760

impartidas por sus superiores.
8. Atender al público y a empleados de otras dependencias, suministrar información y concertar entrevistas conforme instrucciones que reciba de sus superiores.
9. Guardar la reserva y manejo adecuado de los documentos e información puesta a su cargo y de los que llegue a tener en conocimiento que reposen en la Comisaría.
10. Ejercer el autocontrol en todas las funciones que le sean asignadas.
11. Las demás funciones asignadas por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.

Asimismo, en la Resolución No. 1387 del 10 de octubre de 2016, se encuentran los cargos de Auxiliar Administrativo, Código 407, grados 27 y 11, con los siguientes propósitos principales y funciones:

RESOLUCIÓN NÚMERO 1387 DEL 10 de Octubre DE 2016 Hoja N°. 929

Continuación de la Resolución "Por la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de la Planta de Empleos de la Secretaría Distrital de Integración Social"

NIVEL ASISTENCIAL

I. IDENTIFICACIÓN	
Nivel:	Asistencial
Denominación del Empleo:	AUXILIAR ADMINISTRATIVO - 407-27
Código y Grado:	407
Grado:	27
No. de cargos:	Cuarenta y Nueve (49)
Dependencia:	Donde se ubique el empleo
Empleo del jefe Inmediato:	Quien ejerza la jefatura de la dependencia.
II. ÁREA FUNCIONAL – DIRECCIÓN POBLACIONAL – SUBDIRECCIÓN PARA LA FAMILIA – COMISARIAS DE FAMILIA	
III. PROPÓSITO PRINCIPAL	
Desarrollar actividades de asistencia, gestión administrativa, Secretariales y operativas organizando y administrando los documentos y correspondencia que se generen en el desarrollo de los procesos de atención a los ciudadanos-as que acceden a la justicia a través de las comisarias de familia, de acuerdo con los parámetros del Sistema de Gestión Documental de la Entidad y los estándares calidad en la prestación de los servicios del área de desempeño.	
IV. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES	
<p>1. Apoyar a la SDIS y otras entidades brindando la información que se requiera de acuerdo con las políticas y procedimientos establecidos, con base en las autorizaciones o instrucciones que reciba de la jefatura de la Dependencia.</p> <p>2. Tramitar las solicitudes verbales o escritas de Medidas de Protección, radicadas en la dependencia de conformidad con los procedimientos establecidos.</p> <p>3. Realizar la proyección y notificación de los diferentes autos que se generen en las</p>	<p>5. Proyectar respuestas a las solicitudes tanto internas como externas que se reciban y dentro de estas, los trámites ante los Juzgados de Familia correspondientes a los recursos interpuestos por las partes a las decisiones, las Consultas que por procedimiento deben elevarse ante el superior jerárquico, las conversiones que deben solicitarse y ante la Fiscalía por los procesos que se deban enviar según lo ordenado en las normas.</p> <p>6. Clasificar y organizar los registros, archivos y controles a cargo de la comisaría de familia o</p>
<p>Comisarias de Familia, o en su defecto realizar las publicaciones respectivas, cuidando siempre que se surtan los procesos de conformidad con lo establecido en la normatividad establecida para tal fin.</p> <p>4. Suscribir los Estados que se deban publicar dentro de los procesos que se requieran y llevar un control de los mismos, de acuerdo con la normatividad establecida en la materia.</p>	<p>dependencia de desempeño, de conformidad con los procedimientos establecidos.</p> <p>7. Las demás que le asigne la autoridad competente y correspondan a la naturaleza del empleo.</p>

(...)

I. IDENTIFICACIÓN	
Nivel:	Asistencial
Denominación del Empleo:	AUXILIAR ADMINISTRATIVO - 407-11
Código:	407
Grado:	11
No. de cargos:	Quince (15)
Dependencia:	Donde se ubique el empleo
Empleo del jefe inmediato:	Quien ejerza la jefatura de la dependencia.
II. ÁREA FUNCIONAL – DIRECCIÓN POBLACIONAL – SUBDIRECCIÓN PARA LA FAMILIA – COMISARÍAS DE FAMILIA	
III. PROPÓSITO PRINCIPAL	
Realizar actividades de apoyo administrativo y efectuar notificaciones, radicación, distribución y archivo de correspondencia y documentos preparados y recibidos, conforme a los estándares de calidad y eficiencia en la gestión administrativa del área de desempeño.	
IV. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES	
<p>1. Efectuar notificaciones personales o por aviso derivadas de las medidas de urgencia, preventivas o correctivas por maltrato infantil y violencia intrafamiliar, de conformidad con las instrucciones que imparta el jefe inmediato.</p> <p>2. Elaborar oficios, informes, documentos y memorandos en general asignados por el</p>	<p>4. Custodiar la documentación recibida, manejada y suministrada por el despacho, controlando, archivando y haciendo el seguimiento correspondiente para dar respuesta a las inquietudes que se presenten con respecto a su ubicación y procedencia.</p> <p>5. Realizar la atención telefónica y personal de funcionarios de los diferentes organismos y</p>

RESOLUCIÓN NÚMERO 1387 DEL 10 de Octubre DE 2016 Hoja N°. 991

Continuación de la Resolución "Por la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de la Planta de Empleos de la Secretaría Distrital de Integración Social"

<p>área para dar respuesta a las solicitudes internas y externas de competencia de la entidad y bajo la normatividad que aplique a cada tema.</p> <p>3. Recibir, revisar, clasificar, radicar, distribuir, enviar, entregar y controlar documentos, datos, elementos, correspondencia, de competencia de la entidad, de acuerdo con los procedimientos establecidos, las tablas documentales y demás normas de archivo vigentes.</p>	<p>entidades que requieran información, facilitando la ejecución de sus trámites y de acuerdo a las directrices establecidas en el área.</p> <p>6. Las demás que le asigne la autoridad competente y correspondan a la naturaleza del empleo.</p>
--	---

En ese sentido, se evidencia que las labores administrativas que desempeñó la demandante las ejercen empleados de planta de la entidad; sin embargo, como quedó sentado en los contratos de prestación de servicios y en las justificaciones de los mismos, para el correcto desarrollo de su **objeto misional** fue necesario la contratación de la señora Tatiana Amparo Alarcón Soto, debido a la falta de personal de la Secretaría Distrital de Integración Social.

Así las cosas, 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 de los empleos de **Auxiliar Administrativo – Código 407 – Grados 09, 11, 22 y 27**, que prestan sus servicios en las comisarías de Familia, cargos que pertenecen a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de los contratos suscritos entre la Secretaría Distrital de

Integración Social y la señora Tatiana Amparo Alarcón Soto, razón por la cual, el Despacho reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que haya lugar, debidamente indexadas como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer a la demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a cada uno de los contratos celebrados.

Ahora bien, es importante advertir que no por el hecho de que se tipifique la relación laboral la hoy demandante adquiere 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 de la Secretaría Distrital de Integración Social, no se reúnen a satisfacción los demás requisitos.

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

“En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante no se le puede otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos⁷,

⁷ 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”.

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 pensión⁸.

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

5.6. De las prestaciones sociales

5.6.1. Pago del concepto de vacaciones

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

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

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste 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

⁸ 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%”.

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.

5.6.2. Cesantías, intereses y sanción moratoria por el no pago de las cesantías.

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

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

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

5.7. De la prescripción.

En este acápite se estudiará el fenómeno de la prescripción propuesto por la entidad demandada, precisando que este Despacho en las controversias orientadas a la declaración de la existencia de una relación laboral, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, había adoptado el precedente sentado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01⁹, según la cual **“... aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un**

⁹ Asunto: sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro, temas: contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización”, y en ese sentido, daba aplicación, a lo dispuesto por dicha Corporación, en la sentencia proferida el 18 de julio de 2018, M. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2013- 00689-01(3300-14), que dispuso que “... *la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive*”.

Ahora bien, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), aclarada a través de providencia del 11 de noviembre del mismo año, respecto al fenómeno prescriptivo, dispuso:

“3.2. El término de interrupción de los contratos estatales de prestación de servicios: la solución de continuidad.

137. Antes que nada, conviene precisar la noción de solución de continuidad, en el entendido de que «solución» es igual a interrupción. Es decir, que cuando se habla de solución de continuidad se debe entender configurada la interrupción del periodo de prestación de servicios; mientras que la no (sin) solución de continuidad equivale a la existencia de una unidad de vínculo contractual, cuando la relación permanece ininterrumpidamente causándose.

138. Ahora bien, en la actualidad, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, en los 26 tribunales y en los juzgados administrativos se emplean diferentes criterios para computar la interrupción de los contratos estatales de prestación de servicio, sin que exista consenso sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. Tanta ha sido la heterogeneidad de las decisiones, que en algunas providencias se han computado plazos que van desde «un día», «15 días hábiles»; y, unas menos, hasta más de un mes inclusive. De ahí la necesidad de unificar la jurisprudencia de la Sección en torno a un término de referencia de interrupción y a la definición del momento desde el cual debe iniciarse su cómputo, con el objetivo de identificar si se produjo o no la ruptura de la unidad contractual y, de concretarse esta, la consecuente prescripción de los derechos reclamados.

139. Sobre el particular, desde ahora se anticipa que la Sala acogerá un término de treinta (30) días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios. Un término que no debe entenderse como «una camisa de fuerza» que impida tener en cuenta un mayor periodo de interrupción, sino como un marco de referencia para la Administración, el contratista y el juez de la controversia, de cara a determinar la no solución de continuidad; en especial para este último, que en cada caso concreto habrá de sopesar los elementos de juicio que obren dentro del plenario, cuando el tiempo entre cada contrato sea más extenso del aquí indicado.

140. Para la Sala, la aplicación de este término se soporta en varias razones de peso. En primer lugar, porque permite concluir que cuando se interrumpe la prestación de un servicio por hasta treinta (30) días hábiles, el vínculo laboral (en aquellos eventos donde previamente se haya acreditado la relación laboral) sigue siendo el mismo, lo cual facilita establecer el cómputo de la prescripción de los derechos reclamados. En segundo lugar, porque su aplicación resulta idónea por la evolución que ha tenido la figura del «contrato realidad» en la jurisprudencia de esta Sección, pues, como se mencionó, el análisis de sus particularidades ha exigido la introducción de distintos plazos para la configuración del fenómeno prescriptivo; siendo el que aquí se acoge el que mayor garantía ofrece para los reclamantes y, en consecuencia, el que mejor materializa el propósito perseguido por el legislador, que definió a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la ley como el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso-administrativo. Y, en tercer lugar, porque, en la práctica, treinta (30) días hábiles es un periodo razonablemente suficiente para determinar si lo que se pacta es un nuevo contrato, una adición o una prórroga de otro anterior, puesto que en muchos casos en los que se ha encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.

(...)

Y más adelante, agregó:

“3.2.1. Término de prescripción y momento a partir del cual se inicia

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. Con todo, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

[...] en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución **entre uno y otro tiene un lapso de interrupción**, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio.

148. En la misma providencia, más adelante se señaló lo siguiente:

[...] quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos **dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual**. (Negrillas del texto)

149. En suma, la tesis que actualmente impera en la Sección Segunda, en materia de prescripción de derechos derivados del contrato realidad (o relación laboral encubierta o subyacente), es que esta tiene ocurrencia, exclusivamente, cuando no se presenta la reclamación del derecho, por parte del contratista, dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo develado como laboral.

3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad

150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se reitera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

151. Adicionalmente, como complemento de la anterior regla, deberán atenderse las siguientes recomendaciones:

152. Primera: cuando las entidades estatales a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 celebren contratos de prestación de servicios en forma sucesiva con una misma persona natural, en los que concurren todos los elementos constitutivos de una auténtica relación laboral, **se entenderá que no hay solución de continuidad entre el contrato anterior y el sucedáneo, si entre la terminación de aquél y la fecha en que inicie la ejecución del otro, no han transcurrido más de treinta (30) días hábiles, siempre y cuando se constate que los objetos contractuales y las obligaciones emanadas de ellos son iguales o similares y apuntan a la satisfacción de las mismas necesidades**.

153. Segunda: en cualquier caso, de establecerse la no solución de continuidad, los efectos jurídicos de dicha declaración serán solamente los de concluir que, a pesar de haberse presentado interrupciones entre uno y otro contrato, no se configura la prescripción de los derechos que pudiesen derivarse de cada vínculo contractual. En el evento contrario, el juez deberá definir si ha operado o no tal fenómeno extintivo respecto de algunos de los contratos sucesivos celebrados, situación en la cual no procederá el reconocimiento de los derechos salariales o prestacionales que de aquellos hubiesen podido generarse” (Negrilla del texto original).

Así las cosas, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual debe tenerse en cuenta un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios, para efectos de determinar la ocurrencia de la prescripción.

Ahora bien, de conformidad con las certificaciones expedidas por la Subdirección de Contratación de la Dirección de Gestión Corporativa de la Secretaría Distrital de Integración Social, obrantes en el expediente, en el caso que nos ocupa los contratos fueron celebrados así:

Del 23 de febrero de 2009 al 22 de enero de 2010

Del 26 de enero de 2010 al 25 de enero de 2011

Del 18 de febrero de 2011 al 17 de junio de 2011

Del 24 de junio de 2011 al 23 de enero de 2012

Del 05 de marzo de 2012 al 04 de junio de 2012

Del 08 de junio de 2012 al 07 de febrero de 2013

Del 14 de febrero de 2013 al 13 de febrero de 2014

Del 19 de febrero de 2014 al 22 de enero de 2015

Del 26 de enero de 2015 al 25 de febrero de 2016

Del 04 de marzo de 2016 al 03 de febrero de 2017

Como puede verse, entre los contratos de prestación de servicios, no existieron lapsos de interrupción superiores a los treinta (30) días hábiles a los que hace alusión la sentencia de unificación citada anteriormente, por lo que se concluye que el demandante prestó sus servicios de forma continua e ininterrumpida desde el **23 de febrero de 2009 al 03 de**

febrero de 2017.

Así las cosas, en consideración a que la demandante presentó reclamación administrativa mediante escrito del **18 de enero de 2018** y que en los contratos celebrados hubo vocación de permanencia en la labor, se concluye que no se configuró fenómeno prescriptivo alguno.

5.8. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por la parte actora al Sistema de Seguridad Social en Salud.

Respecto a los aportes efectuados en exceso a salud por el contratista, el Despacho era del criterio de reconocer a título de reparación integral del daño, el pago de dichos aportes en el porcentaje correspondiente al empleador, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, en la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, al indicar: *“Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista”*.

Sin embargo, en la aludida sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el 9 de septiembre de 2021, aclarada el 11 de noviembre del mismo año, se dispuso la improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el Contratista al Sistema de Seguridad Social en Salud, así:

“3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el párrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993

ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

164. Las anteriores razones han conducido a esta Sección a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».

165. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal** (Negrilla del texto original y subrayado del despacho).

Y más adelante, indicó:

“236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». 137 Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha

contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley 138, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal» (Negrillas del texto original).

En ese sentido, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en la providencia referenciada, en el sentido de que es improcedente el reembolso de los aportes a salud que la contratista hubiese realizado de más, por tratarse de contribuciones de pago obligatorio, con una destinación específica y con carácter parafiscal.

Por lo anterior, no procede ordenar la devolución de los aportes a salud que efectuó la demandante en su calidad de contratista de la Secretaría Distrital de Integración Social, como quiera que éstos fueron debidamente cotizados al Sistema General de Seguridad Social al existir una obligación legal de realizar dicha contribución, los cuales por tratarse de recursos de naturaleza parafiscal no admiten otro tipo de destinación que el sostenimiento mismo del sistema sanitario.

5.9. De los aportes no efectuados por el contratante al Sistema General de Pensiones.

Sobre el particular, es menester precisar que en la misma sentencia de Unificación que se viene de leer, sobre los aportes no efectuados por la parte contratante al fondo de pensiones, se dispuso:

“De igual manera la entidad demandada deberá a título de restablecimiento del derecho tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante (sobre los honorarios pactados), dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Manco Quiroz como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Por último, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema general de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación y, en el evento de no haberlo hecho o existir diferencia en su contra deberá pagar o completar según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora”.

En consecuencia, la entidad demandada deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones de la actora la suma faltante por concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, con fundamento en el Ingreso Base de Cotización correspondiente a los honorarios pactados.

6. COSTAS

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

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

VI. RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la existencia de la relación laboral entre la señora TATIANA AMPARO ALARCÓN SOTO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.284.411 de Bogotá y la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad de los Oficios Nos. SAL-11747 del 7 de febrero de 2018 y SAL-37307 del 19 de abril de 2018, a través de los cuales la doctora Margarita Barraquer Sourdis, en su calidad de Directora Poblacional de la entidad demandada negó a la actora el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, así como el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a las que alude le asiste el derecho, y confirmó dicha decisión – *respectivamente*.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, **RECONOCER Y**

PAGAR a la señora TATIANA AMPARO ALARCÓN SOTO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.284.411 de Bogotá, el valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, por los periodos contratados, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los contratos suscritos entre el **23 de febrero de 2009 al 03 de febrero de 2017**.

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

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

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

CUARTO.- ORDENAR a la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL a **EFECTUAR** las correspondientes cotizaciones al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta la totalidad del tiempo laborado por la señora TATIANA AMPARO ALARCÓN SOTO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.284.411 de Bogotá, tomado el ingreso base de cotización o IBC pensional de ésta, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes. De existir diferencias entre los aportes dados y los que se debieron realizar, **COTIZAR** la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Lo anterior, una vez la parte actora acredite las cotizaciones que realizó a los mencionados sistemas, durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiera diferencia en su

contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

QUINTO.- Sin costas a cargo de la SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL.

SEXTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

DÉCIMO PRIMERO.- Téngase en cuenta la renuncia presentada por la doctora **IVONNE ADRIANA DÍAZ CRUZ**, al poder conferido por la entidad demandada, al tenor de lo previsto en el inciso 4° del artículo 76 del C. G. del P.

Se reconoce personería a la doctora **JINETH ZUJEY GÓMEZ CALVO** como apoderada de la Secretaría Distrital de Integración Social, en los términos y para los efectos del poder que en el expediente, otorgado por el doctor **ANDRÉS FELIPE PACHÓN TORRES**, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad.

Notifíquese y Cúmplase,

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 002 de hoy 11 de febrero de 2022, 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:

**6b7abc6b46688c64959d87467518e9ba13b19a7e7fc1686be8765bf10
23445ec**

Documento generado en 07/02/2022 09:17:34 AM

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

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



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

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019**-00**474**-00
Demandante: EDWIN FERNEY VILLAMIZAR PINZÓN
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN
COLOMBIA
Asunto: SENTENCIA

El señor **EDWIN FERNEY VILLAMIZAR PINZÓN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.876.161 de Bogotá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES

Pretende el demandante que se declare nulidad del oficio No. 20186110963771 del 11 de diciembre de 2018, expedido por el Subdirector de Talento Humano de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, mediante el cual se negó el reconocimiento de las condiciones laborales establecidas en los Decretos Nos. 1933 de 1989, 2646 de 1994 y demás normas especiales del extinto Departamento Administrativo de Seguridad-DAS.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a:

-Pagar al demandante los emolumentos y prestaciones salariales en su empleo Oficial de Migración Código 3010 — Grado 17 del cual es titular actualmente, donde se conserven y mantengan en lo sucesivo, todas las condiciones y beneficios laborales del régimen prestacional especial establecidos en los Decretos 1932 y 1933 de 1989 y el Decreto 2646 de 1994.

- Reconocer como factor salarial, para todos los efectos legales lo establecido en los Decretos 1932 y 1933 de 1989, 2646 de 1994 y demás normas especiales como lo ordena la sentencia C-098/13 de la Corte Constitucional, reliquidando todas las prestaciones salariales, tales como la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, cesantías, recargos nocturnos, dominicales y festivos, tiempo de vacaciones; entre otros factores, desde el momento en que la ley ordenó su reconocimiento, todo lo anterior, debidamente indexado e incluyendo los intereses moratorios que se generan por la falta de pago de estos conceptos y de acuerdo al monto devengado como prima por alto riesgo o bonificación por compensación sobre el salario devengado por el actor, como empleado de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, en su empleo oficial de migración grado 3010 - 17 y teniendo en cuenta al momento de la liquidación, los empleos que haya ejercido en encargo, comisión o cualquier otra situación administrativa especial.

-Ajustar lo anterior, a su valor real teniendo como base la variación del índice de precios al consumidor, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y el inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Que el demandante se encuentra inscrito en carrera administrativa

desde el año 2006 a partir de su nombramiento y posesión como detective del suprimido Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.

1.2.2. Que como consecuencia de la supresión del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS, y por mandato expreso de la ley, fue vinculado a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia — UAEMC, la cual solicitó la actualización del registro de carrera ante la Comisión Nacional del Servicio Civil.

1.2.3. Que el artículo 7 del decreto 4057 de 2011, estableció que los exfuncionarios del DAS que fueran vinculados a las distintas entidades y que ostenten derechos de carrera administrativa conservarán sus derechos y se actualizará su inscripción en el correspondiente registro por parte de la autoridad competente, devengando los derechos salariales y prestacionales, entendiéndose los estipulados en el Decreto 1933 de 1989, 2646 de 1994 y demás normas que le son más favorables, como la Ley 1444 de 2011 y Decreto Reglamentario 4057 de 2011.

1.2.4. Que el demandante superó el concurso de méritos convocado por la entidad demandada a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil No. 331 de 2015, pasando del empleo oficial de Migración 3010-11 al cargo de Oficial Migración 3010-17, situación que solo se debía actualizar en el registro de carrera administrativa, más no obedecía a ninguna desvinculación de la entidad, ni puede conducir a desmejoramiento del empleo, ni renunciar a derechos adquiridos y reconocidos por la Ley, como lo manifestó la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el concepto del 3 de julio de 2018.

1.2.5. Que la entidad demandada mediante la Resolución 024 del 21 de diciembre de 2011, vinculó al demandante en el empleo oficial de Migración Código 3010, grado 11.

1.2.6. Que la entidad demandada a través de la Resolución No. 2395 de 2017, nombró al demandante en período de prueba para el empleo oficial

de Migración Código 3010 grado 17, el cual fue culminado satisfactoriamente.

1.2.8. Que a partir a partir del 30 de enero de 2018, la entidad dejó de reconocer todos los emolumentos salariales establecidos en las normas especiales, entre ellos la prima de riesgo reconocida a los exempleados del DAS, establecida en el Decreto 2646 de 1994.

II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 9, 13, 25, 29, 53, 83, 93, 209 y 228 de la Constitución Política; las Leyes 54 de 1962, 16 de 1972, 50 de 1990, 4 de 1992, 270 de 1996, 319 de 1996, 411 de 1997, 909 de 2004, 1496 de 2011 y 1444 de 2011; y los Decretos 1042 de 1978, 1933 de 1989, 2646 de 1994, 4057 de 2011 y 1092 de 2012.

Sobre el particular, sostuvo que la entidad demandada viene desconociendo disposiciones de carácter especial que regulan los derechos de los empleados del liquidado D.A.S., y que le fueron reconocidos al actor por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, desde su vinculación a esta, es decir, desde el primero de enero de 2012 hasta el 30 de enero de 2018, fecha en la que inició el periodo de prueba por haber ascendido a través del concurso de méritos No. 331 de la Comisión Nacional Del Servicio Civil. En ese sentido, afirma que el desconocimiento de tales normas también se ha evidenciado en el pago de la diferencia salarial en los encargos que ha sido objeto el demandante.

Anotó que con sustento en un concepto expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), la entidad demandada emite una equívoca interpretación jurídica en evidente falsa motivación y desviación de poder, habida cuenta que se adicionó un texto que no corresponde al establecido en el Decreto 4064 de 2011, puesto que se señaló la expresión *“siempre que permanezca en el mismo empleo”*, siendo que no corresponde a lo normado, es decir, a lo dispuesto en el artículo 3º

ibidem, en el cual se definió que en relación a la conservación de los derechos salariales y prestacionales de los ex empleados del suprimido DAS se mantendría “*hasta el retiro de la entidad*”, es decir, de las nuevas entidades que reasumieron sus funciones y no como lo interpreta equivocadamente la demandada, en cumplimiento de un concepto no vinculante.

Afirmó que la entidad demandada en equívoca interpretación de las normas especiales, desconoce el pago completo de la prima de riesgo que recibe el demandante a nombre de bonificación por compensación, establecida en el Decreto 2646 de 1994, y la cual corresponde a un 35% sobre la base salarial del grado que actualmente ostenta, es decir, sobre el empleo Oficial de Migración Código 3010-17. No obstante, si bien es cierto la norma ordenó incluir en el ingreso base salarial la citada prima de riesgo, esta prestación se debe liquidar sobre el 35% del salario base, lo que resulta más beneficioso para los empleados, como así lo estableció el artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.

Aludió que actualmente la demandada incrementa el salario base atendiendo a periodos de encargos u otorgándose la asignación de un grado superior por superación de un concurso de méritos, pero se disminuye o elimina totalmente la bonificación por compensación, siendo esta una actuación ilegal que desconoce los derechos que son del empleado y no del cargo.

III. CONTESTACIÓN

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito del **10 de agosto de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Manifiesta que el demandante fue incorporado a la planta de personal de la UAEMC, mediante la Resolución No. 024 de 2011 en el cargo de oficial de migración 3010-11 y que en virtud de la participación en la

convocatoria para el cargo de oficial de migración 3010-17, una vez superadas todas las etapas de la citada convocatoria, la CNSC dejó en firme la Resolución No. CNSC 20172120044565 del 06 de julio de 2017 y modificada por la Resolución No. 20172120070375 del 05 de diciembre de 2017, la cual en su artículo 1° adoptó la lista de elegibles para proveer el empleo de oficial de migración 3010-17, encontrando que el demandante ocupó el puesto número 19°, lo que lo hizo acreedor al nombramiento en el citado cargo, mediante Resolución No.2395 del 27 de diciembre de 2017.

Expresa que en la Resolución de nombramiento se le dio a conocer que éste se realizaba bajo el régimen laboral y prestacional del sistema general de carrera que rige en la UAEMC, lo que no implica un desconocimiento de los derechos que ostentaba en el cargo anterior, sino que para el nuevo empleo los mismos no aplican, toda vez, que son diferentes de aquellas que venían del DAS y que están llamados a desaparecer.

Indica que, el demandante al haber sido nombrado en un cargo diferente al que fue incorporado cuando se dio la liquidación del DAS, como consecuencia de la superación de un concurso de méritos, no se hace beneficiario de las prestaciones salariales que venía percibiendo en el extinto DAS, situación que conocía el demandante tanto al momento de participar en el concurso como al momento de tomar posesión del nuevo empleo.

Anota que, si bien, de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, los conceptos emitidos por las distintas entidades públicas no generan obligatoriedad alguna y no resultan ser vinculantes para la institución peticionaria, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia cuenta con la potestad de acoger lo manifestado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, cosa que hizo al ser una interpretación emanada de la entidad técnica, estratégica y transversal del Gobierno Nacional que contribuye al mejoramiento continuo de la gestión de los servidores públicos y las instituciones en todo el territorio nacional.

Así mismo, indicó que los criterios esbozados por el DAFP coinciden con lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-098/13, en la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 4057 de 2011.

Señaló que el actor incurre en una incorrecta interpretación, puesto que los derechos de carrera administrativa son diferentes al régimen laboral, advirtiendo que la normativa aplicable al *sub lite* indica que a partir de la incorporación del demandante a Migración Colombia en el empleo equivalente denominado Oficial de Migración 3010-11, (creado por el Decreto 4063 de 2011, por efectos de la supresión de su anterior empleo de carrera Detective 208-06 del DAS), se produjo un cambio en el régimen de carrera administrativa, el cual se encuentra establecido en la Ley 909 de 2004.

Manifestó que el único derecho que salvaguardó el Decreto 4057 de 2011 fue el mantener la inscripción y actualización en el registro público de carrera administrativa, más no se estableció continuidad en el régimen específico de carrera administrativa del DAS. Por estos motivos, el cambio de régimen prestacional y salarial del demandante obedeció a un cambio de empleo libremente aceptado y realizado por este, quien se desprendió unilateralmente de las condiciones en las cuales fue incorporado para tomar posesión en un cargo diferente del régimen prestacional del sistema general.

Agregó que a partir de su posesión en el periodo de prueba del empleo de Oficial de Migración 3010-17 se produjo un cambio, en primera medida en un cargo de naturaleza del régimen general ofertado abiertamente mediante concurso de méritos y sobre el cual no ha adquirido derecho prestacional especial alguno.

Finalmente, en cuanto a la bonificación por compensación destacó que la misma no es un valor fijo o porcentual que acompaña al funcionario de manera permanente e independiente de los empleos que desempeñe, sino una prestación que permite mantener sus condiciones laborales y salariales con respecto a lo adquirido por derecho en el extinto DAS, la

cual debe ajustarse única y exclusivamente para que dichos ex servidores no devenguen un valor menos al percibido en la última entidad en comento.

De otra parte, propuso las excepciones de:

i) Caducidad: Afirmó que, el acto Administrativo objeto de demanda debió ser la Resolución 2395 del 27 de diciembre de 2017, que nombró en periodo de prueba al actor en el cargo de Oficial de Migración – Código 310 – Grado 17, de la Planta de Personal Global de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y afirmó que el oficio demandando no es susceptible de control judicial, pues lo que busca es revivir términos.

Adujo que el término de caducidad, para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, inició su cómputo a partir del día siguiente del recibo de la comunicación del acto administrativo 2395 del 27 de diciembre de 2017, es decir el día 28 de diciembre de 2017, contando, por ende, con 4 meses para la presentación de la aludida acción, teniendo entonces que tan solo hasta el 28 de marzo de 2019, la parte convocante presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público. Razón por la cual, en el presente asunto operó el fenómeno de la caducidad.

ii) Genérica: Solicita que se declaren las excepciones que resulten probadas dentro del proceso.

Por otra parte, formuló la excepción de **ineptitud sustantiva de la demandada**, la cual fue resuelta mediante auto del 18 de marzo de 2021, denegándose su prosperidad.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante

Mediante escrito del **2 de noviembre de 2021**, el apoderado del actor dentro de la oportunidad legal presentó alegatos de conclusión, ratificándose en los argumentos expuestos en el libelo demandatorio, en el sentido de indicar que, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia desconoció los derechos adquiridos de su representado, en el entendido que cada uno de los factores salariales de los ex empleados del D.A.S., son prestaciones que devengaban mensualmente y que ya habían ingresado al patrimonio de los trabajadores y por determinaciones propias de la entidad se negó su reconocimiento, empleando para ello como fundamento un concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Reiteró que el concepto del 3 de julio de 2.018 de la C.N.S.C., establece que los derechos laborales de los ex empleados del extinto D.A.S. conservarán su régimen hasta su retiro definitivo de la entidad que les haya recibido y señaló que la parte demandante jamás renunció a su régimen prestacional especial, pues lo que firmó fue la solicitud de vacancia del empleo que dejaba porque así lo exige la norma, pero esto no traduce que renunciaría al régimen que le beneficia.

Con fundamento en tales argumentos, solicita que se despachen favorablemente las súplicas de la demanda, restableciéndose todos los derechos conculcados por ser ajustadas a derecho.

4.2. Parte demandada

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito del **27 de octubre de 2021**, allegado vía correo, el mismo día, solicitó que no se acceda a las pretensiones de la demanda, toda vez, la aplicación del régimen laboral especial del D.A.S. en materia prestacional y salarial del accionante se mantuvo vigente mientras fue titular del empleo denominado OFICIAL DE MIGRACIÓN 3010-11, empleo sobre el cual se efectuó su incorporación por supresión del empleo detective 208-06 del D.A.S., en el entendido en que sobre él se consolidaron derechos

adquiridos por cuanto ingresaron a su patrimonio como titular de dicho cargo, prerrogativas que no aplican para su nuevo cargo de Oficial de Migración – Código 310 – Grado 17, de la Planta de Personal Global de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

En ese sentido, solicita que se tuviera en cuenta el fallo proferido por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda-Subsección A-dentro del proceso radicado bajo el número 250002342000-2019-00462-00, cuyo demandante fue el señor Luis Ariel Mora Arenas, quien pretendía reclamar las mismas pretensiones que hoy demanda el señor Edwin Ferney Villamizar.

4.3. Agente del Ministerio Público.

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

V. CONSIDERACIONES

5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

Frente a la excepción de “**Caducidad**”, basta mencionar que, como se señaló en el auto del 18 de marzo de 2021, si bien por medio de la Resolución No. 2395 del 27 de diciembre de 2017, se nombró en periodo de prueba al actor en el cargo de Oficial de Migración – Código 310 – Grado 17, de la Planta de Personal Global de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, bajo el régimen laboral y prestaciones del sistema general, lo cierto es que, mediante el **Oficio No. 20186110963771 del 11 de diciembre de 2018**, expedido por el Subdirector de Talento Humano, acto administrativo de contenido particular, la entidad le negó al actor mantener el régimen prestacional y laboral de los antiguos empleados del DAS y, en ese sentido, se concluye que **definió** la situación administrativa que se depreca en la presente controversia y, por ende, es susceptible de un examen de legalidad sobre la decisión adoptada por la entidad al

momento de proferir el mismo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 138 del C. P. A. C. A.

Dado lo anterior, el Despacho se releva del estudio del medio exceptivo propuesto, pues la parte demandada, para determinar la ocurrencia de la caducidad, parte de la expedición de un acto administrativo que no es el que debe tomarse en cuenta para dichos efectos.

En ese sentido, el Despacho considera procedente estudiar de oficio si, frente al oficio cuya nulidad se solicita, la demanda fue presentada o no dentro del término de 4 meses dispuesto en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a efectos de dar claridad al tema.

Sea lo primero señalar que no obra constancia de la notificación del oficio **No. 20186110963771 del 11 de diciembre de 2018**, por lo que se tomará la fecha de expedición del acto, siendo entonces que el actor contaba hasta **el 12 de abril de 2019** (día siguiente hábil) para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previo cumplimiento del requisito de procedibilidad de la acción.

Ahora bien, el demandante a través de apoderado presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría 139 Judicial II para Asuntos Administrativos, el **5 de abril de 2019**, esto es, faltando **7 días** para el vencimiento del término de 4 meses que dispone la norma para que opere el fenómeno de la caducidad.

Por su parte, la Procuraduría 139 Judicial II para Asuntos Administrativos expidió la constancia de que trata el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, el día **2 de julio de 2019**, como se observa a folio 44, de donde se desprende que el demandante tenía a partir del 3 de julio de la misma anualidad, **7 días** para presentar la demanda, esto es hasta el **9 de julio de 2019**, actuación que se llevó a cabo el **5 de julio de 2019**, como se desprende del

Acta de Reparto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca visible a folio 48 del plenario, esto es, dentro del término de los 4 meses establecido en la norma para que caducara la acción, razón por la cual fuerza concluir que la demanda fue presentada en tiempo.

De otro lado, frente a la excepción “**genérica**”, se advierte que no se encuentra excepciones que deban ser declaradas de oficio.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO

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

5.2.1. Petición elevada el 31 de octubre de 2018, ante la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia por medio de la cual el actor solicitó que desde su inicio del periodo de prueba para el cargo de Oficial de Migración 3010-17 le sean conservadas las condiciones laborales del régimen especial establecido en los Decretos 1933 de 1989 y 2646 de 1994 y, adicional a ello, se le reconozca y pague el 35% de la anteriormente denominada prima por alto riesgo, actualmente bonificación por compensación, sobre la base salarial, de manera retroactiva y sin solución de continuidad, desde su incorporación a la U.A.E. Migración Colombia.

5.2.2. Oficio No. 20186110963771 del 11 de diciembre de 2018, por medio del cual el Subdirector de Talento Humano de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, negó al actor mantener el régimen prestacional y laboral de los antiguos empleados del DAS, desde que inició el periodo de prueba para el cargo de Oficial de Migración – Código 3010 – Grado 17.

5.2.3. Oficio No. 20166223773522 del 23 de agosto de 2016, a través del cual la Doctora Claudia Patricia Hernández León en su calidad de Directora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, dio alcance al concepto bajo radicado 2015600001201 del 4 de

mayo de 2015, dirigido a la señora Guadalupe Sánchez Palma, en el cual se pronunció respecto de la consulta de la forma en que se debe efectuar el pago del salario a los ex servidores del extinto DAS incorporados en la UAE Migración Colombia que se encuentran encargados.

5.2.4. Resolución 2429 del 12 de septiembre de 2018, por la cual se declara la vacancia definitiva de un empleo de carrera administrativa de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y se ordena una liquidación definitiva de prestaciones sociales por cambio de régimen laboral.

5.2.5. Hoja de vida del demandante

5.2.6. Auto 257 de 2019, proferido por la Procuraduría 139 Delegada ante los Juzgados Administrativos, del 2 de julio de 2019, en el que señaló que no siendo posible programar audiencia de conciliación, el convocante deberá atender lo señalado en los artículos 20, 21 y 35 de la Ley 640 de 2001 y los artículos 3 del Decreto 1716 de 2009 y 2.2.4.3.1.1.3 del Decreto 1069 de 2015, para que proceda de conformidad y de ser el caso acuda a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Tal como se determinó en providencia del 20 de mayo de 2021, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer si al demandante en su condición de Oficial de Migración – Código 3010 – Grado 17, le asiste o no el derecho a la aplicación del régimen salarial y prestacional que rige a los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.

5.3.1. NORMATIVIDAD APLICABLE.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 18¹ de la Ley 1444 de 2011², el Congreso de la República revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República, entre otras, para suprimir departamentos administrativos. Al respecto, en uso de esas atribuciones, el Gobierno Nacional, a través del Decreto 4057 de 2011³, resolvió suprimir el DAS, adoptando para esos efectos una serie de determinaciones tendientes a reasignar las funciones que la entidad ejercía, tales como las de control migratorio, respecto de las cuales en su artículo 3 estableció:

“Artículo 3o. Traslado de funciones. *Las funciones que corresponden al Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), contempladas en el Capítulo I, numerales 10, 11, 12 y 14 del artículo 2o, del Decreto 643 de 2004, y las demás que se desprendan de las mismas se trasladan a las siguientes entidades y organismos, así:*

3.1 Las funciones de control migratorio de nacionales y extranjeros y los registros de identificación de extranjeros de que trata el numeral 10 del artículo 2o del Decreto 643 de 2004 y las demás disposiciones sobre la materia, se trasladan a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, que se creará en decreto separado.”
(...)

De igual forma, el referido Decreto 4057 de 2011, en acatamiento de lo dispuesto en el párrafo 3⁴ del mencionado artículo 18 de la Ley 1444 de 2011, determinó que, en razón del proceso de terminación del DAS, se suprimirían también con los empleos de su planta de personal, sin embargo, frente a los empleados afectados por esa medida se ordenó que aquéllos debían ser incorporados en las plantas de personal de las respectivas entidades y organismos receptores, como fue el caso de la U.A.E. Migración Colombia, sin que dichos servidores pierdan solución de

¹ **Artículo 18. Facultades Extraordinarias.** De conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley para:

a) Crear, escindir, fusionar y suprimir, así como determinar la denominación, número, estructura orgánica y orden de precedencia de los departamentos administrativos;
(...)

² *“Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”.*

³ *“Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”.*

⁴ **Parágrafo 3°.** Esta ley garantiza la protección integral de los derechos laborales de las personas vinculadas a las distintas entidades del Estado reestructuradas, liquidadas, escindidas, fusionadas o suprimidas. Si fuese estrictamente necesaria la supresión de cargos, los afectados serán reubicados o reincorporados, de conformidad con las leyes vigentes.

continuidad, además de conservar la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el extinto DAS. Sobre lo aquí anotado, el artículo 6 del decreto *ibidem* determinó:

“Artículo 6o. Supresión de empleos y proceso de incorporación. *El Gobierno nacional suprimirá los empleos de la planta de personal del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), que tenían asignadas las funciones trasladadas y ordenará la incorporación de los servidores que las cumplían en las plantas de personal de las entidades y organismos receptores de la rama ejecutiva. La Fiscalía General de la Nación hará la correspondiente incorporación en los empleos que para el efecto se creen en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley [1444](#) de 2011.*

Los demás empleos se suprimirán de acuerdo con el plan de supresión que presente el Director del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión, al Gobierno nacional dentro de los (2) dos meses siguientes a la expedición del presente decreto.

Los servidores públicos serán incorporados sin solución de continuidad y en la misma condición de carrera o provisionalidad que ostentaban en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Los empleados de libre nombramiento y remoción que se incorporen en cargos de carrera, adquirirán la calidad de empleados en provisionalidad.

Los servidores que no sean incorporados a los empleos de las entidades receptoras permanecerán en la planta de empleos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) en supresión hasta el cierre de la misma si acreditan las condición de padre o madre cabeza de familia, discapacitado o próximos a pensionarse señaladas en el artículo [12](#) de la Ley 790 de 2002.

Los beneficios consagrados en el Capítulo II de la Ley [790](#) de 2002 se aplicarán a los servidores públicos retirados del servicio en desarrollo del proceso de supresión del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).”

De igual manera en el mismo decreto se determinó lo concerniente al régimen de personal de los empleados que laboraban en el extinto DAS y quienes pasarían a prestar sus servicios a las correspondientes entidades receptoras, estableciéndose sobre ese aspecto las siguientes precisiones:

“Artículo 7o. Régimen de personal. *El régimen salarial, prestacional, de carrera y de administración de personal de los servidores que sean incorporados será el que rija en la entidad u organismo receptor, con excepción del personal que se incorpore al Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional cuyo régimen salarial y prestacional lo fijará el Presidente de la República en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales.*

Para todos los efectos legales y de la aplicación de las equivalencias que

se establezcan para los fines de la incorporación, la asignación básica de los empleos en los cuales sean incorporados los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) comprenderá la asignación básica y la prima de riesgo correspondientes al cargo del cual el empleado incorporado sea titular en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) a la vigencia del presente decreto. En consecuencia, a partir de la incorporación, la prima de riesgo se entiende integrada y reconocida en la asignación básica del nuevo cargo.

Los servidores que sean incorporados en un empleo al cual corresponde una asignación básica inferior al valor de la asignación básica y la prima de riesgo que vienen percibiendo, la diferencia se reconocerá con una bonificación mensual individual por compensación que se entiende integrada a la asignación básica y por lo tanto constituye factor salarial para todos los efectos legales. (Negrilla del Despacho)

Los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) que ostenten derechos de carrera administrativa que sean incorporados en las entidades que asuman las funciones de que trata el presente decreto, conservarán sus derechos y se actualizará su inscripción en el correspondiente registro por parte de la autoridad competente. A partir de la incorporación su régimen de carrera será el que rige en la entidad receptora.

La incorporación de los servidores con derecho de carrera administrativa se hará teniendo como referencia el empleo en el cual ostentan tales derechos.”

En ese sentido, cabe destacar que en sus incisos 2 y 3 se determinó que en lo relacionado con la prima de riesgo que percibían los servidores del suprimido DAS, dicho concepto estaría integrado y reconocido en la asignación básica que percibirían en el respectivo empleo de la entidad receptora, sin embargo, en caso que el cargo al cual fue incorporado el servidor del extinto DAS cuente con un sueldo básico inferior al valor de la asignación básica y prima de riesgo que aquél percibía, esa diferencia salarial sería suplida en virtud de una bonificación especial por compensación, la cual debía entenderse integrada a la asignación básica y, como consecuencia de ello, constitutiva de factor salarial.

De conformidad con lo anterior y toda vez, que en el presente asunto se encuentra que, por motivo de la supresión del DAS, el demandante fue incorporado a la **U.A.E. Migración Colombia**, cabe anotar que esta entidad fue creada mediante Decreto 4062 de 2011, estableciéndose que la misma contaría con personería jurídica, autonomía administrativa,

financiera y patrimonio independiente, adscrita a su vez al Ministerio de Relaciones Exteriores⁵.

Ahora bien, cabe advertir en primer lugar que a efectos de la incorporación directa de los servidores del DAS en los cargos creados en la planta de personal de Migración Colombia, el Gobierno Nacional, mediante Decreto 4064 de 2011⁶, estableció una serie de equivalencias entre la nomenclatura y la clasificación de empleos de la primera entidad en comento respecto a la del sistema general de nomenclatura y clasificación de empleos públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

En segundo lugar, en el artículo 3° del mismo decreto se determinó la garantía de que los empleados del extinto DAS incorporados a la U.A.E. Migración Colombia conservarían los beneficios salariales y prestacionales que percibían en la primera entidad en mención, excepcionando de esa prerrogativa la prima de riesgo que quedó incorporada a la asignación básica y a la bonificación por compensación hasta su retiro de la entidad. Al respecto, el artículo estableció:

“Artículo 3°. *Los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS- incorporados en Migración Colombia, conservarán los beneficios salariales y prestacionales que venían percibiendo, con excepción de la prima de riesgo que quedo incorporada a la asignación básica y a la bonificación especial por compensación, **hasta su retiro de la entidad.**”* (Negrilla fuera de texto).

En ese sentido, en virtud del artículo previamente referido, la posibilidad de que los servidores del suprimido DAS incorporados a la U.A.E. Migración Colombia continúen siendo beneficiarios del régimen salarial y prestacional del DAS se encuentra condicionado a que, en primer lugar, su vínculo con la última autoridad en mención permanezca y, en segundo lugar, a que no sea nombrado en cargo distinto del que fue incorporado, pues de ser vinculado en un empleo distinto al de esa incorporación, no cumpliría con

⁵ **Artículo 1°.** **Creación y naturaleza jurídica de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.** Créase la Unidad Administrativa Especial, como un organismo civil de seguridad, denominada Migración Colombia, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio independiente, con jurisdicción en todo el territorio nacional, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁶ “Por el cual se establecen equivalencias de empleos y se dictan otras disposiciones en materia salarial y prestacional”.

los presupuestos de la referida disposición y, en consecuencia, perdería las prerrogativas salariales y prestacionales del extinto DAS.

Así las cosas, de vincularse ese servidor en entidad distinta a la U.A.E. Migración Colombia o de ser nombrado, aún dentro de esa misma entidad, en cargo diferente del que fue incorporado, como lo sería en otro empleo, ya sea verbigracia en provisionalidad, en carrera administrativa o en libre nombramiento y remoción, esa circunstancia conllevaría a perder los beneficios del antiguo régimen salarial y prestacional que disponía del extinto DAS y, en consecuencia, estaría sujeto a un nuevo régimen de carrera, salarial y prestacional, es decir, el que rige a los empleados de Migración Colombia.

5.4. CASO CONCRETO.

En el caso que nos ocupa, el señor Edwin Ferney Villamizar Pinzón en su condición de Oficial de Migración – Código 3010 – Grado 17, pretende que se ordene a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia que se le conserven las condiciones laborales y prestacionales del régimen especial establecido en los Decretos 1933 de 1989, 2646 de 1994 y demás normas especiales, que devengó en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS - suprimido-.

En ese sentido, cabe advertir que la inconformidad de la parte demandante contra los actos administrativos demandados radica en que, por tratarse de un empleado que fue incorporado del suprimido DAS a la U.A.E. Migración Colombia en el empleo de Oficial de Migración Código 3010 Grado 11, al no retirarse de esa entidad y pese a vincularse en un cargo en carrera administrativa, esto es, Oficial de Migración Código 3010 Grado 17, distinto al que fue incorporado originalmente, debían conservársele las prerrogativas del régimen salarial y prestacional del otrora DAS, tal y como lo estableció de manera expresa el artículo 3 del Decreto 4064 de 2011.

Ahora bien, de las pruebas allegadas al expediente se advierte que el señor demandante ingresó al Departamento Administrativo de Seguridad – DAS -

suprimido- el **20 de octubre de 2006** (Fl. 30), al cargo de Detective 208-06, a través de la Resolución No. 1337 del 18 de octubre de 2006, **hasta la fecha que se suprimió definitivamente el DAS**, tiempo en el cual devengó la prima especial de riesgo de forma periódica, mensual y permanente, en cuantía del 30% de la asignación básica.

Así mismo, se acreditó que, por motivo del proceso de supresión del DAS, el demandante, quien se desempeñaba en esa entidad, en carrera administrativa en el cargo de Detective Código 208 Grado 06, por medio de la Resolución No. 024 del 21 de diciembre de 2011 (fl. 518), proferida por la U.A.E. Migración Colombia, fue incorporado en la planta de personal de la última entidad en mención en el cargo de Oficial de Migración Código 3010 Grado 11, empleo en el cual le fueron conservadas las prerrogativas salariales y prestacionales que disponía de su anterior cargo en el DAS, con la precisión que en lo referente a la prima de riesgo, ésta fue incorporada en la asignación básica del nuevo empleo, tal y como lo determinó el artículo 3 del Decreto 4064 de 2011, según se analizó en el fundamento normativo de esta providencia y lo cual no es objeto de cuestionamiento por ninguna de las partes en el *sub examine*.

Igualmente, cabe anotar que la entidad demandada, a través de Resolución No. 1810 del 30 de septiembre de 2016, resolvió otorgar un encargo al demandante para ocupar el empleo de Oficial de Migración 3010 Grado 13 y que posteriormente, en virtud de haber participado y ganado el concurso de méritos para proveer empleos vacantes de la planta de personal de la U.A.E. Migración Colombia, dispuesto por la CNSC, a través de la Convocatoria No. 331 de 2015, el demandante fue nombrado en periodo de prueba en el cargo de Oficial de Migración Código 3010 Grado 17, tal y como consta en Resolución No. 2395 del 27 de diciembre de 2017 (fl. 515), en el cual tomó posesión el 18 de enero de 2018, iniciando efectivamente el periodo de prueba el 30 de enero de 2018.

Luego, en razón de superar satisfactoriamente el periodo de prueba para el cargo de Oficial de Migración Código 3010 Grado 17, el demandante,

mediante memorial del 24 de agosto de 2018, manifestó a la entidad demandada que solicitaba se declare *“la vacancia definitiva del cargo OFICIAL DE MIGRACIÓN 3010-11 respecto del cual ostentaba derechos de carrera administrativa”*

Por su parte, se advierte que a través de memorial del 31 de octubre de 2018, el actor formuló derecho de petición ante la entidad demandada solicitando que desde su inicio del periodo de prueba para el cargo de Oficial de Migración 3010-17 le fueran conservadas las condiciones laborales del régimen especial establecido en los Decretos 1933 de 1989 y 2646 de 1994 y, adicional a ello, se le reconociera y pagara el 35% de la anteriormente denominada prima por alto riesgo, actualmente bonificación por compensación, sobre la base salarial, de manera retroactiva y sin solución de continuidad, desde su incorporación a la U.A.E. Migración Colombia (fl. 16).

Sobre el particular, la entidad demandada, mediante Oficio No. 20186110963771 del 11 de diciembre de 2018 (Fl. 19), negó la anterior solicitud, señalando que el régimen salarial y prestacional especial provenientes de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- se respetó por la incorporación a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, de conformidad con lo expuesto por el Departamento Administrativo de la Función Pública, a través del concepto 20146000191181 del 23 de diciembre de 2014, en el que se indicó lo siguiente:

“(…)

En criterio de esta Dirección Jurídica, es procedente concluir que los servidores públicos del DAS incorporados en Migración Colombia conservarán los beneficios salariales y prestacionales, es decir, que se deberán mantener las condiciones salariales y prestacionales hasta que se produzca el retiro de la entidad, siempre que permanezcan en el mismo empleo

En ese sentido y atendiendo puntualmente a la consulta, es posible indicar que, en el caso de la superación de un concurso de méritos, se conservarán los beneficios salariales y prestacionales del DAS en supresión, siempre que se trate del mismo empleo

En el evento que se trate de un empleo diferente, se deberán acoger al

régimen salarial y prestacional que corresponda a la entidad, que en este caso corresponde al del sistema general”

Así mismo, respecto a la solicitud del pago del 35% de la prima de riesgo, manifestó que desde la supresión del DAS, la prima de riesgo dejó de existir como una prestación de los servidores públicos incorporados y reincorporados en la Entidad, ya que esta quedó comprendida e integrada en la asignación básica del nuevo cargo.

En ese sentido, se debe señalar que si bien, en el contenido del artículo Decreto 4064 de 2011, se determinó que la conservación de los beneficios salariales y prestacionales del personal del extinto DAS incorporados a la U.A.E. Migración Colombia, como es el caso del demandante, se mantendría *“hasta su retiro de la entidad”*, lo cierto es que, no puede perderse de vista que dicha norma es precisa en señalar que esas prerrogativas cubren única y exclusivamente al personal incorporado, de ahí que esos beneficios sólo pueden predicarse en relación con el empleo al cual fue nombrado, y al haber sido vinculado en un cargo distinto al que fue incorporado, de conformidad con la convocatoria en la cual participó, no cumple con los presupuestos de la referida disposición, en tratándose de un nuevo vínculo laboral con la entidad demandada.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Segunda, Subsección “A”, en sentencia del 30 de abril de 2020, Magistrado Ponente, Dr. Néstor Javier Calvo Chaves, demandante Luis Ariel Mora Arenas, demandado: Unidad Administrativa Especial Migración Colombia dentro del expediente 250002342000-2019-00462-00, señaló:

“(…)

*la Sala encuentra que los beneficios salariales y prestacionales del suprimido DAS contemplados en los Decretos 1933 de 1989 y 2646 de 1994 que cubrían al demandante por ser incorporado en la U.A.E. Migración Colombia en el cargo de Oficial de Migración Código 3010 Grado 11, se encontraban condicionados a esa incorporación, mas no pueden extenderse a otro tipo de vinculación con dicha entidad, de ahí que al resolver aquél retirarse de ese empleo, para ocupar en carrera administrativa el cargo de Oficial de Migración Código 3010 Grado 18, dichas prerrogativas no pueden hacerse extensivas, pues únicamente cubrían al personal que fue incorporado a esa entidad, siendo esa una calidad que ya no ostentaría, puesto que con su último nombramiento en carrera administrativa y **para ese empleo se está ante una nueva***

situación administrativa no cubierta por el artículo 3 del Decreto 4064 de 2011. (Negrilla fuera de texto)

Anterior conclusión normativa que, además de lo ya expuesto, resulta la más razonable, puesto que al aceptar el demandante inscribirse, participar y finalmente ocupar, de manera libre y espontánea, el cargo de Oficial de Migración Código 3010 Grado 18, se sometió a las reglas fijadas para ese concurso, respecto del cual en ninguno de los apartes del acuerdo que convocó a ese concurso de méritos, se determinó que había algún tipo de diferencia entre todas las personas quienes participarían, es decir, entre quienes fueron incorporados del extinto DAS y quienes eran externos a la U.A.E. Migración Colombia; motivo por el cual el nombramiento en carrera administrativa que obtuvo el demandante para el referido empleo conlleva a que indefectiblemente se encuentre sujeto al régimen de personal, salarial y prestacional de la entidad en mención y ya no el que correspondía al extinto DAS.

De lo contrario, de sostenerse que los beneficios del extinto DAS se extenderían hasta tanto el demandante no se retire de Migración Colombia, tal y como se plantea en la demanda, se llegaría al absurdo de concluir que cualquier tipo de nombramiento que aquél obtenga dentro de esa entidad, como lo sería de manera hipotética el ser nombrado como Director General de la misma, aún continuaría siendo beneficiario de las prebendas salariales y prestacionales del suprimido DAS, lo cual carece de todo sustento, pues ese beneficio se estableció en razón de no generar ninguna afectación al momento de la incorporación a la UAE Migración Colombia, mas no a que obtenga ese provecho frente a nuevos nombramientos que aquél alcance en dicha entidad, peor aún cuando los nuevos nombramiento que él obtuvo en encargo (Oficial de Migración Código 3010 Grado 13), sobre el cual debe destacarse que no implica que deba conducir indefectiblemente a una mejora salarial, o en carrera administrativa (Oficial de Migración Código 3010 Grado 18) no le generaron ningún detrimento salarial.”

Bajo el criterio jurisprudencial expuesto, no le asiste razón al demandante, al afirmar que se desconocen los derechos que ostentaba en el cargo 3010 Grado 11, toda vez, que se encontraban condicionados a la incorporación efectuada ante la supresión del DAS, sin que sea dable extenderse a otro tipo de vinculación con dicha entidad, como en efecto sucedió al ocupar en carrera administrativa el cargo de Oficial de Migración Código 3010 Grado 17.

5.5. Prima de riesgo, actualmente bonificación por compensación

La parte actora pretende que su prima de riesgo, actualmente bonificación por compensación, se reconozca y liquide en un treinta y cinco por ciento (35%) sobre la base salarial del cargo que actualmente desempeña.

Sobre el particular, advierte el Despacho que contrario a lo señalado por el

actor, dicha prima estaría integrada y reconocida en la asignación básica del cargo al cual fue incorporado en Migración Colombia con ocasión de la supresión del DAS, en el empleo de Oficial de Migración Código 3010 Grado 11.

Aunado a lo anterior, no le asiste razón al demandante, al señalar que en el empleo al que fue incorporado, tuviese un sueldo inferior al valor de la asignación básica y prima de riesgo en el DAS, pues como se evidencia en el oficio No. 20186110963771 del 11 de diciembre de 2018, el salario percibido fue superior.

Uno de los ejemplos se realizó con un Oficial de Migración, Código 3010, Grado 11 proveniente del DAS y que, en razón del concurso de méritos, se hizo merecedor de una de las vacantes del Oficial de Migración, Código 3010, Grado 18. Así, las cuentas que en su momento se realizaron fueron las siguientes:

DINERO PERCIBIDO	MENSUALMENTE	ANUALMENTE
OFICIAL MIGRACIÓN 3010-11	\$ 1.905.157	\$ 32.250.291
OFICIAL MIGRACIÓN 3010-18	\$ 2.426.891	\$ 38.417.184
Diferencia total	+\$ 521.734	+\$ 6.166.843

Actualmente, estos valores corresponderían a los siguientes:

DINERO PERCIBIDO	MENSUALMENTE	ANUALMENTE
OFICIAL MIGRACIÓN 3010-11	\$ 2.137.276	\$ 36.492.390
OFICIAL MIGRACIÓN 3010-18	\$ 2.722.574	\$ 43.406.946
Diferencia total	+\$ 585.298	+\$ 6.914.556

Por su parte, en la referida providencia respecto al pago de la pago de bonificación por compensación en un treinta y cinco por ciento (35%) señaló:

“(...)...tal y como se esbozó en el fundamento normativo de este fallo, el artículo 7 del Decreto 4057 de 2011 determinó que dicha prima estaría integrada y reconocida en la asignación básica del cargo al cual fue incorporado en Migración Colombia el empleado del extinto DAS, como fue en el caso del demandante para el empleo de Oficial de Migración Código 3010 Grado 11, y en el caso que ese cargo cuente con un sueldo básico inferior al valor de la asignación básica y prima de riesgo que aquél percibía en el DAS, es decir, como Detective Código 208 Grado 06, esa diferencia salarial sería suplida mediante una bonificación especial por compensación, lo cual implica que la remuneración a percibir por aquél en el empleo al que fue encargado (Oficial de Migración Código 3010 Grado 13), no necesariamente debía conducir a un incremento salarial, pues la bonificación por compensación únicamente se incrementaría si el sueldo básico de ese encargo (sobre el cual debe incluirse la otrora prima de riesgo), resultaba inferior al empleo que desempeñaba en el DAS, lo cual no aconteció, pues no obra prueba alguna que demuestre dicha circunstancia.”

Así las cosas, se concluye que el acto administrativo no incurrió en ninguna infracción de las normas en que debían fundarse y, como consecuencia de ello, no se encuentra incurso en ninguna causal de nulidad, motivo por el cual se negarán las súplicas 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 el actor 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 al actor, excepto los ya causados, a petición del mismo.

Notifíquese y Cúmplase,

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ

JUEZ



Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **4ab130458ae6d50fa0f74f80bbc0c629d1fe1a5568a037fac4df67d357fd45ba**

Documento generado en 04/02/2022 12:11:14 PM

Descargue el archivo y valide éste 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., diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2019**-00521-00
Demandante: **TERESA DE LOS ÁNGELES SÁNCHEZ TIBAMBRE**
Demandados: FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS
Y PENSIONES - FONCEP
Asunto: SENTENCIA

La señora **TERESA DE LOS ÁNGELES SÁNCHEZ TIBAMBRE**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.491.316, actuando por medio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1. PRETENSIONES

Las pretensiones de la demanda fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 18 de mayo de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

1.2. HECHOS.

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

1.2.1. La demandante nació el 22 de febrero de 1950 y su vinculación con el Estado como empleada pública data del mes de agosto de 1974 al mes de diciembre de 2014.

1.2.2. Mediante la Resolución No. 1951 del 15 de agosto de 2006, la Secretaría de Hacienda ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante, condicionada al retiro efectivo del servicio.

1.2.3. A través de la Resolución No. 001075 del 25 de mayo de 2015, el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, reliquidó la pensión de la demandante, toda vez que se retiró del servicio el 31 de diciembre de 2014, prestación que se hizo efectiva, a partir del 1 de enero de 2015, en cuantía de \$1.316.849,00 m/cte.

1.2.4. Al momento de liquidar la pensión reconocida a la demandante, la entidad demandada no incluyó las cotizaciones de los últimos 10 años o del periodo causado desde el 1 de abril de 1994 a la fecha del retiro, indexadas a la fecha del status pensional.

1.2.5. El 7 de junio de 2019, la demandante le solicitó al FONCEP la reliquidación de la pensión, con inclusión de todos los factores salariales sobre los cuajes realizó aportes al sistema de seguridad social, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso No. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

1.2.6. Por medio de la Resolución No. SPE – GDP 000610 del 19 de junio de 2019, la entidad demandada negó la reliquidación de la prestación.

1.2.7. Mediante escrito del 15 de julio de 2019, la demandante interpuso recurso de reposición contra la decisión contenida en el acto administrativo señalado precedentemente.

1.2.8. A través de la Resolución No. SPE – GDP 000803 del 31 de julio de 2019, la entidad demandada resolvió el recurso de reposición promovido por la demandante, confirmando en todas y cada una de sus partes la Resolución No. SPE – GDP 000610 del 19 de junio de 2019.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora estima desconocidos los artículos 2, 25, 29, 53, 58 y 228 de la Constitución Política; 4 de la Ley 4ª de 1966; 2 de la Ley 5ª de 1969; 1º (inciso 2º) de la Ley 33 de 1985 y 138 de la Ley 1437 de 2011, así como las

Leyes 57 y 153 de 1887 y la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Señaló que con la expedición de la sentencia de unificación citada precedentemente, se modificó la postura respecto a la liquidación de las pensiones de jubilación reconocidas según los postulados de la Ley 33 de 1985, dado que se deben tener en cuenta los factores salariales sobre los cuales se realizaron aportes durante los últimos 10 años de servicios o el tiempo que le hiciera falta al pensional, dependiendo de cada caso.

Afirmó que la Procuraduría General de la Nación, mediante la Circular 054 del 3 de noviembre de 2010, hizo alusión a la necesidad de dar aplicación integral al régimen de transición; sin embargo, la autoridad demandada realiza una interpretación inadecuada a la norma, restringiéndola frente a su debida aplicación.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **19 de febrero de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Precisó que la actora cumplió 20 años de servicio el 1 de agosto de 1994 y 55 años de edad el 22 de febrero de 2005, razón por la cual la pensión le fue reconocida y liquidada acorde con el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ser beneficiaria del régimen de transición, de modo que, el IBL corresponde a lo preceptuado en el Decreto 1158 de 1994, modificado por el artículo 6 del Decreto 691 de 1994.

En ese sentido, refirió que los actos administrativos cuya nulidad se depreca en la presente controversia se encuentra acordes a los lineamientos legales sobre la materia, por cuanto, la prestación se liquidó con los factores salariales contenidos en el aludido Decreto 1158 de 1994 y el promedio de lo devengado en el tiempo que le hacía falta para adquirir el derecho pensional, dada la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Indicó que la Ley 33 de 1985, que regula la pensión de jubilación a la que tiene derecho la demandante, debe aplicarse en cuanto a la edad, tiempo de servicio y monto, esto es 75% y frente a la base salarial, debe tenerse en cuenta lo señalado en el inciso 3 del artículo 36 de la referida normatividad, ya que, de no proceder en tal sentido, se vulneraría el principio de inescindibilidad normativa.

De otro lado, propuso las excepciones de:

3.1.1. Cosa Juzgada: Señaló que en el caso bajo estudio, existe identidad de partes, de causa y objeto, respecto del proceso que cursó en el Juzgado Treinta (30) Administrativo de Oralidad de Bogotá, dentro del proceso No. 11-001-33-35-030-**2016-00187-00**, promovido por la señora Teresa de los Ángeles Sánchez Tabambre, en contra del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP.

3.1.2. Al régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y de las providencias judiciales de constitucionalidad contenidas en las sentencias C-258 de 2013 y SU – 230 del 29 de abril de 2015.

3.1.2.1. Interpretación judicial del régimen de transición por parte de la Corte Constitucional, respecto de la liquidación de las prestaciones pensionales con el último año de servicios – con carácter legal: Afirmó que los reconocimientos pensionales no pueden realizarse con base en el promedio de lo devengado en el último año de servicios, de conformidad con lo señalado por la H. Corte Constitucional en la sentencia que se ocupó de citar.

3.1.3. Interpretación legítima del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por parte de la Corte Constitucional, sentencia SU – 230 del 29 de abril de 2015: Precisó que para la fecha que la demandante adquirió el status de pensionada, se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, razón por la cual, está sometida al régimen de transición contenido en el artículo 36 de dicha disposición legal, de modo que, los factores a tener en cuenta, son los estipulados en el Decreto 1158 de 1994 y el porcentaje de la prestación se liquida en el 75%.

3.1.4. Precedente del Consejo de Estado: Citó la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, por el Consejo de Estado, dentro del expediente No. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

3.1.5. Prescripción de las mesadas pensionales: Solicitó que se declare probado dicho fenómeno jurídico frente a cualquier derecho que eventualmente se hubiese causado a favor de la demandante, de conformidad con las normas legales.

3.1.6. Pago y compensación: Deprecó que se compensen los valores que, en gracias de discusión, se lleguen a reconocer a favor de la actora, con el objeto de evitar un doble pago.

3.1.7. Genérica: Solicitó que se declaren probadas las excepciones que el Despacho encuentre probadas dentro del presente asunto.

De otro lado, la apoderada de la parte actora, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **26 de enero de 2021**, se opuso a la prosperidad de la excepción de **cosa juzgada**, señalando que en el caso bajo estudio, se deprecia la reliquidación pensional, conforme a la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, proferida por el Honorable Consejo de Estado, es decir, con inclusión de los factores sobre los que efectivamente cotizó la señora Teresa De los Ángeles Sánchez Tibambre en los últimos 10 años de servicio, aspecto que difiere del proceso que, primigeniamente se instauró ante el Juzgado Treinta (30) Administrativo de Oralidad de Bogotá, cuyo objeto se circunscribía a obtener la reliquidación de la pensión de jubilación con inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha de retiro, en virtud de lo regulado en la Ley 33 de 1985.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte Demandante

La apoderada de la parte demandante, a través de escrito allegado vía correo electrónico el **26 de noviembre de 2021**, solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, reiterando lo señalado en la demanda, frente a: i) la

vinculación de la demandada y ii) que le asiste el derecho al reajuste de la pensión, incluyendo todas las cotizaciones realizadas en los últimos 10 años.

Adujo que se debe dar aplicación a lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013, SU-230 de 2015 y SU-395 de 2017, en el sentido que, en procura de la sostenibilidad financiera del sistema pensional todas las pensiones, independientemente del régimen que les sea aplicable, deben liquidarse conforme a los factores salariales frente a los cuales se realizaron efectivamente los aportes al sistema pensional (IBC), criterio que el Consejo de Estado reiteró en reciente sentencia de tutela de fecha 31 de octubre de 2019, radicado 11001-03-15-000-2019-04192-00.

4.2. Parte demandada

La apoderada de la entidad demandada, a través de memorial allegado vía correo electrónico el **23 de noviembre de 2021**, solicitó que se nieguen las pretensiones deprecadas, con fundamento en lo expuesto en la contestación de la demanda y señalando que la prestación le fue reconocida a la demandante, de conformidad con lo contenido en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de modo que, para el IBL se tuvo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994.

4.3. Ministerio Público.

Se advierte que la señora Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES

5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES.

En primer lugar, se analizará si en el *sub lite* se configura el fenómeno jurídico de la **cosa juzgada**, entre las pretensiones del proceso adelantado en el Juzgado Treinta (30) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá y lo deprecado en la presente controversia.

Sea lo primero señalar, que sobre el fenómeno jurídico de la cosa juzgada el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo, dispone: *“La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen”.*

Por su parte, el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a la cosa juzgada, preceptúa: *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso **verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes**”* -negrilla fuera del texto original-.

Como puede verse, la cosa juzgada es una institución jurídica que dota a las providencias judiciales que deciden en forma definitiva el conflicto suscitado, de los atributos de ser inmutables, definitivas y vinculantes, de forma que, se trata de un mecanismo legal tendiente a evitar que la decisión proferida en un debate procesal, en el cual, intervienen unos sujetos puntuales y en el que se persigue una declaración específica, se vea afectada por otra determinación proferida en una actuación distinta adelantada entre las mismas partes, por los mismos hechos y frente a iguales pretensiones.

En ese sentido, la iniciación de una posterior actuación se ve frustrada por el adelantamiento de un proceso anterior, que como es lógico, impide un nuevo pronunciamiento judicial sobre los mismos tópicos que ya son materia de debate entre los contendientes procesales.

Ahora bien, sobre la identidad de partes, causa pretendi y objeto el H. Consejo de Estado en sentencia del 28 de febrero de 2013, bajo el radicado No. 11001-03-25-000-2007-00116-00, Consejero Ponente: Dr, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, señaló:

*“(…)
Ahora bien para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere:*

a).- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculados y obligados por la decisión que constituye cosa juzgada.

b).- **Identidad de causa petendi**, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

c).- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.”

Del marco legal y jurisprudencial expuesto, se advierte que la **excepción de cosa juzgada** propuesta por la entidad demandada no tiene vocación de prosperidad, pues si bien existe identidad de partes respecto del proceso que ahora ocupa la atención del Despacho, frente al que cursó en el Juzgado Treinta (30) Administrativo de Oralidad de Bogotá, tal como se colige de las providencias aportadas al plenario, lo cierto es que no hay similitud jurídica de causa y objeto.

Al respecto, es menester precisar que de la lectura del acta contentiva de la Audiencia Inicial llevaba a cabo el 23 de noviembre de 2016, por el Juzgado Treinta (30) Administrativo de Oralidad de Bogotá, se observa que en el proceso No. 11-001-33-35-030-**2016-00187-01**, la señora Teresa De los Ángeles Sánchez Tibambre pretendía la **declaratoria de nulidad de la Resolución No. 00790 del 12 de abril de 2016**, por medio de la cual el FONCEP le negó la reliquidación de la pensión que le fue reconocida, acto administrativo que fue declarado nulo parcialmente y, en consecuencia, se **ordenó el reajuste de la prestación sobre el 75% del salario devengado en el último año de servicios**, decisión que fue revocada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B”, mediante sentencia del 16 de septiembre de 2019, al sostener:

“(…)

Lo primero que advierte la Sala, es que de conformidad con la variación jurisprudencial de esta Corporación y de los hechos probados, se avizora que el

ente de previsión adecuó la situación fáctica pensional del demandante al régimen pensional en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. De esta forma, se pone de presente por esta Corporación, que la entidad liquidó la prestación en línea con lo establecido previamente.

Por lo anterior, la Sala concluye que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, en la forma solicitada por la parte demandante, pues no se está objetando alguna de las condiciones establecidas en la parte motiva de esta providencia en relación a la interpretación del régimen normativo aplicable en transición a la liquidación de la prestación, la no aplicación de alguna de las sub-reglas establecidas por la Sala Plena del Consejo de Estado o que hubiere sido excluido algún factor salarial dispuesto en el Decreto 1158 de 1994.

Corolario de lo anterior, establecida la unificación jurisprudencial adoptada por esta Corporación sobre el régimen de transición y la forma de liquidar las pensiones, además con el fundamento probatorio y con lo expresado en el párrafo inmediatamente anterior, se concluye que la postura adoptada por el *a quo* en la providencia proferida en primera instancia no coincide con lo aquí considerado, de esta forma, si bien se **revocará** la decisión adoptada, y en su lugar, se **negarán** las pretensiones de la demanda.

(...)”.

Como puede verse, el objeto de debate que se desplegó en el Juzgado Treinta (30) Administrativo de Oralidad de Bogotá, difiere de lo perseguido en el *sub examine*, por cuanto ante este Despacho se **pretende la nulidad de las Resoluciones Nos. SPE GDP 000610 del 19 de junio y SPE GDP 000803 del 31 de julio, ambas de 2019** y, a título de restablecimiento, la reliquidación de la pensión de la señora Teresa de los Ángeles Sánchez Tibambre **respecto a la tasa de remplazo y la inclusión de las cotizaciones o aportes pensionales realizados en los últimos 10 años de servicios o desde el 1 de abril de 1994 a la fecha de su retiro**, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, por el Consejero Ponente Dr. César Palomino Cortés, dentro del proceso No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, razón por la cual, se declarará no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la entidad demandada.

En segundo lugar, en cuanto a los medios exceptivos denominados **al régimen de transición contenido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y de las providencias judiciales de constitucionalidad contenidas en las sentencias c-258 de 2013 y su – 230 del 29 de abril de 2015**, la cual se divide en – **interpretación judicial del régimen de transición por parte de la corte constitucional respecto de la liquidación de las prestaciones**

pensionales con el último año de servicios, con carácter legal; interpretación legítima del artículo 36 de la ley 100 de 1993 por parte de la corte constitucional, sentencia su-230 del 29 de abril de 2015; precedente del Consejo de Estado; pago y compensación, este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden resolver de fondo el asunto, razón por la cual serán examinadas junto con el objeto de la controversia.

En tercer lugar, frente al medio exceptivo de **prescripción**, se precisa que será resuelto en el evento de accederse a las súplicas de la demanda y respecto a la excepción **genérica**, se advierte que, no se encuentran medios exceptivos que deban ser declarados de oficio al momento de proferir el presente fallo.

5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO:

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

5.2.1. Resolución No. 1951 del 15 de agosto de 2006, mediante la cual la Subdirectora de Obligaciones Pensionales de la Secretaría de Hacienda, le reconoció y ordenó pagar a la señora Teresa de los Ángeles Sánchez Tibambre la pensión mensual vitalicia de vejez, en cuantía de \$987.264,00 m/cte., a partir de la fecha del retiro del servicio oficial.

5.2.2. Resolución No. 001075 del 25 de mayo de 2015, a través de la cual la Directora General del Fondo de Pensiones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, reliquidó la pensión de jubilación reconocida a la actora, en la suma de \$1.316.849,00 m/cte., a partir del 1 de enero de 2015.

5.2.3. Escrito del 7 de junio de 2019, mediante el cual la actora solicitó la revisión y el reajuste de la pensión de jubilación que le fue otorgada, con el promedio mensual de las cotizaciones realizadas al Sistema General de Pensiones, en virtud de lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 y el régimen de transición contenido en la norma o subsidiariamente **teniendo en cuenta la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado, el 28 de**

agosto de 2018, dentro del expediente No. 52001-23-33-000-2012-00142-01, con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortes.

5.2.4. Resolución No. SPE GDP 000610 del 19 de junio de 2019, a través de la cual el Subdirector Técnico de Prestaciones Económicas del FONCEP, negó la reliquidación de la pensión de jubilación deprecada por la demandante.

5.2.5. Recurso de reposición interpuesto por la demandante el 15 de julio de 2019, en contra del acto administrativo señalado anteriormente.

5.2.6. Resolución No. SPE GDP 000803 del 31 de julio de 2019, por medio de la cual el Subdirector Técnico de Prestaciones Económicas (E) del FONCEP, resolvió el recurso de reposición promovido por la demandante, confirmando en su integridad la Resolución No. SPE GDP 000610 del 19 de junio de 2019.

5.2.7. Certificación de información laboral de la actora, expedido por la Secretaría Distrital de Integración Social.

5.2.8. Certificados de factores salariales devengados por la demandante por el periodo comprendido entre los meses de enero de 2004 y diciembre de 2014, expedido por la Secretaría Distrital de Integración Social.

5.2.9. Cédula de ciudadanía de la demandante, en la que se evidencia que nació **22 de febrero de 1950**.

5.2.10. Expediente Administrativo de la actora contentivo, entre otros documentos, de:

- Las liquidaciones sobre las cuales se fundamentó la entidad demandada para reconocer y reliquidar la pensión de jubilación de la actora.
- La nómina de pensionados por el periodo comprendido entre los meses de enero de 1996 y abril de 2005.
- La planilla de autoliquidación de aportes del 22 de marzo de 2006.
- La Resolución No. 000790 del 12 de abril de 2016, por medio de la cual el Director General del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, negó la reliquidación de la pensión de vejez solicitada por la demandante.

5.2.11. Certificación electrónica de tiempos laborados por la actora, el cual incorpora los factores que fueron considerados como parte del Ingreso Base de Cotización al Sistema de Seguridad Social por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2014.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 18 de mayo de 2021, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer si la señora Teresa de los Ángeles Sánchez Tibambre tiene o no derecho a que se reajuste su pensión de jubilación respecto a la tasa de remplazo y la inclusión de las cotizaciones o aportes pensionales realizados en los últimos 10 años de servicios o desde el 1 de abril de 1994 a la fecha de su retiro, de conformidad con lo dispuesto en la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2018, por el Consejero Ponente Dr. César Palomino Cortés, dentro del proceso No. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

5.4. HECHOS PROBADOS Y NORMATIVIDAD APLICABLE.

La Ley **100 de 1993**, por medio de la cual se crea el sistema de seguridad social integral, en su artículo 36, consagró en materia pensional un régimen de transición en los siguientes términos:

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

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

En el caso de autos se encuentra demostrado que al **30 de junio de 1995**, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la señora Teresa De los Ángeles Sánchez Tibambre contaba con más de 15 años de servicios, dado

que su vinculación con la Secretaría de Integración Social data del **4 de agosto de 1974**, tal como consta en la Resolución No. 1951 del 15 de agosto de 2006 y tenía más de **35 años de edad**, pues según su cédula de ciudadanía nació el **22 de febrero de 1950**, razón por la cual se encontraba dentro de las previsiones del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, le resultaba aplicable el régimen anterior a dicha Ley, que era el contemplado en el artículo 1 de la ley 33 de 1985.

Dado lo anterior y teniendo en cuenta que **no se discute el régimen aplicable** sino los factores que fueron tenidos en cuenta en la liquidación de la pensión de la actora, el Despacho definirá la presente controversia bajo la **Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018**, proferida por el Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Dr. Cesar palomino Cortés, dentro del Expediente No. 52001-23-33-000-2012-00143-01, en la cual dicha Corporación Judicial señaló:

“(…)

66. La aplicación del régimen pensional de transición para quien opte por este, significa que los requisitos de la edad y el tiempo, y el monto de su pensión sean los previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual remite a los regímenes pensionales anteriores, en virtud de los efectos ultractivos dados a los mismos.

*67. Lo anterior cobra relevancia en la medida en que si bien el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 señaló que el monto de la pensión para los beneficiarios de la transición sería el previsto en el régimen anterior al cual se encontrarán afiliados, lo cierto es que el inciso 3 de la misma disposición previó de manera expresa un **ingreso base para la liquidación de la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso 2** que les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, definiendo así uno los elementos del monto pensional.*

*68. La redacción del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ha dado lugar a diversas interpretaciones sobre cuál es el ingreso base de liquidación que se debe tomar en cuenta para liquidar las pensiones en el régimen de transición, pues el concepto “**monto**” señalado en el inciso 2 de esa disposición daría lugar a entender, como lo ha considerado la Sección Segunda del Consejo de Estado, que la mesada pensional o monto incluye el IBL y la tasa de reemplazo previstos en los regímenes anteriores. Sin embargo, otra interpretación es que, en virtud de lo previsto en el inciso 3 ibídem, para establecer el monto de la pensión, solo se tomaría la tasa de reemplazo del régimen anterior, teniendo en cuenta que el IBL fue expresamente definido por este inciso para el régimen de transición. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia son de esta tesis.*

“(…)

84. Planteadas así las tesis sobre el IBL aplicable en el régimen de transición, la Sala advierte que el aspecto que ha suscitado controversia es el periodo que se toma en cuenta al promediar el ingreso base para fijar el monto pensional, pues el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 preveía como IBL el “salario promedio que sirvió de base para los aportes durante **el último año de servicio**”, mientras que el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el **tiempo que les hiciera falta para ello**, o el cotizado **durante todo el tiempo** si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Es decir, mientras el régimen general de pensiones de la Ley 33 de 1985 establece el último año de servicios, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagra la posibilidad que sea más de un año dependiendo de la situación particular de la persona que está próxima a consolidar su derecho pensional.

85. A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en **el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma.** (negrilla y subrayado por el Despacho)

(...)

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 hiciera 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.

(...)

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.

(...)

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” (negrita y subrayado del Despacho).

Bajo el anterior criterio Jurisprudencial, es claro que el Consejo de Estado adoptó el criterio interpretativo fijado por la Corte Constitucional en el sentido que el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, determinando las siguientes subreglas: **a)** Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo -el que fuere superior-; **b)** 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 y **c)** 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.**

Descendiendo al caso bajo examen, se advierte que, mediante la **Resolución No. 1951 del 15 de agosto de 2006**, la Subdirectora de Obligaciones Pensionales de la Secretaría de Hacienda, le reconoció y ordenó pagar a la señora Teresa de los Ángeles Sánchez Tibambre la pensión mensual vitalicia

de vejez, en cuantía de \$987.264,00 m/cte., condicionada al retiro del servicio oficial, de conformidad con lo estipulado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, toda vez que le permitía tener un porcentaje superior del ingreso base de liquidación, esto es, 85%, por las semanas laboradas, razón por la cual se debía dar aplicación al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

Posteriormente, a través de la **Resolución No. 001075 del 25 de mayo de 2015**, a la Directora General del Fondo de Pensiones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, reliquidó la pensión de jubilación reconocida a la actora, en la suma de \$1.316.849,00 m/cte., a partir del 1 de enero de 2015, dando aplicación a lo regulado en Ley 33 de 1985, en cuanto al tiempo, monto y edad, de modo que, la **tasa de remplazó correspondió al 75% y con un IBL sobre lo devengado por los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994.**

A su turno, el Director General del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, por medio de la **Resolución No. 000790 del 12 de abril de 2016**, negó la reliquidación de la prestación solicitada, al señalar que para su liquidación se dio aplicación a la normatividad que se encontraba vigente para la fecha de consolidación del status jurídico de la señora Teresa De los Ángeles Sánchez Tibambre, que ocurrió el 22 de febrero de 2005, esto es, la Ley 33 de 1985, dado que se encontraba en el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual se reajustó la pensión con el 75% del promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años de servicio, teniendo en cuenta los factores contenidos en el Decreto 1158 de 1994.

Luego, por medio de escrito del 7 de junio de 2019, la actora solicitó la revisión y el reajuste de la pensión de jubilación que le fue otorgada, con el promedio mensual de las cotizaciones realizadas al Sistema General de Pensiones, en virtud de lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 y el régimen de transición contenido en la norma o subsidiariamente **teniendo en cuenta la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado, el 28 de agosto de 2018, dentro del expediente No. 52001-23-33-000-2012-00142-01, con ponencia del doctor Cesar Palomino Cortes.**

En virtud de lo anterior, el Subdirector Técnico de Prestaciones Económicas del FONCEP, expidió la **Resolución No. SPE GDP 000610 del 19 de junio de 2019**, señalando que no era dable acceder a lo deprecado por la demandante, por cuanto, las pensiones reconocidas a personas beneficiarias del régimen de transición deben ser liquidadas, conforme al IBC contemplado en el Decreto 1158 de 1994, aspecto que fue debatido por la H. Corte Constitucional en las sentencias C-258 de 2013 y SU – 427 de 2016.

Inconforme con la decisión adoptada por la entidad demandada, la actora presentó recurso de reposición, el cual fue resuelto por el Subdirector Técnico de Prestaciones Económicas (E) del FONCEP, a través de la **Resolución No. SPE GDP 000803 del 31 de julio de 2019**, confirmando el acto objeto de reproche, al sostener que la prestación reconocida es de orden legal, de forma que, debe ser liquidada acorde al inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en el escrito demandatorio, la parte actora alude a que, para liquidar la prestación la entidad demandada no tuvo en cuenta los factores sobre los cuales se realizaron aportes durante los últimos 10 años de servicios, tal como lo establece la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2018, dentro del proceso No. 52001-23-33-000-2012-00143-01.

Sobre el particular, es menester precisar que, en cuanto a los factores salariales base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, el Decreto 1158 de 1994, contempló:

“ARTÍCULO 1°. *El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:*

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación;

c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;

d) Las primas de antigüedad, *ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;*

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados” (negrita fuera del texto original).

Ahora bien, del certificado expedido por el Subdirector de Gestión y Talento Humano de la Secretaría de Integración Social, por el periodo comprendido

entre los meses de enero de 2004 y diciembre de 2014, se advierte que la actora devengó los siguientes factores salariales: **asignación básica; horas extras;** quinquenio (reconocimiento por permanencia); **bonificaciones por servicios** y recreación y **primas de antigüedad**, vacaciones, servicios y navidad.

De tales factores, el Decreto 1158 de 1994, solamente contempla la **asignación básica, las horas extras, la bonificación por servicios y la prima de antigüedad**, sobre los cuales la Secretaría de Integración Social realizó los aportes al Sistema General de Pensiones, tal como se acredita en la certificación electrónica de tiempos laborados por la señora Teresa De Los Ángeles Sánchez Tibambre, aportada al plenario; no obstante, cabe resaltar que, para el año 2008, se efectuaron cotizaciones frente a la **prima de navidad** que devengó la demandante, como pasa a exponerse:

FACTORES SALARIALES 2008 (valores en pesos)			
DECRETO 1158 DE 1994	Periodicidad	Diciembre	C. IBC
ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL	MENSUAL	1,318,178,00	S
BONIFICACIÓN POR SERVICIOS PRESTADOS	ANUAL	0,00	S
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	MENSUAL	92,272,00	S
OTROS FACTORES SALARIALES	Periodicidad	Diciembre	C. IBC
BONIFICACIÓN POR RECREACIÓN	ANUAL	94,970,00	N
PRIMA DE NAVIDAD	ANUAL	1,596,551,00	S
PRIMA DE SERVICIOS	ANUAL	0,00	
PRIMA DE VACACIONES	ANUAL	855,188,00	N
RECONOCIMIENTO POR PERMANENCIA	ANUAL	0,00	
Total Devengado		3,957,159,00	
C. IBC: Indica si el factor fue considerado como parte del Ingreso Base de Cotización en el mes correspondiente			

Así las cosas, si bien en la Resolución No. 001075 del 25 de mayo de 2015, no se detallaron los factores salariales sobre los cuales se reliquidó la pensión de jubilación reconocida a la señora Teresa De los Ángeles Sánchez Tibambre, por cuanto, sobre dicho aspecto, únicamente se hace alusión a la “Asignación Básica” y “Otros Factores”, lo cierto es que de los devengados por la demandante -de acuerdo con la primera subregla-, según la certificación señalada anteriormente, solamente la **asignación básica, las horas extras, la bonificación por servicios y la prima de antigüedad**, se encuentran contemplados en el Decreto 1158 de 1994, los cuales se presumen fueron

incluidos al momento de realizar el reajuste pensional, aspecto que también repercute, frente a lo cotizado al Sistema General de Pensiones por concepto de **prima de navidad** que devengó la demandante en el año 2008 -en virtud de la segunda subregla-, pues claramente en la Resolución No. SPE GDP 000610 del 19 de junio de 2019, suscrita por el Subdirector Técnico de Prestaciones Económicas del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, se resaltó que al momento de reliquidar la prestación de la actora, se tuvo en cuenta los **“factores sobre los cuales se realizaron aportes a seguridad, certificados por la entidad nominadora”** -negrita del Despacho-, certificación que, vale la pena resaltar, guarda coincidencia con la aportada al plenario, citada líneas atrás.

Al respecto, en el **“FORMATO DE REVISIÓN LIQUIDACIONES DE LA GERENCIA DE PENSIONES”**, el cual sirvió de fundamento a la entidad demandada para liquidar la prestación reconocida a la actora, se plasmó:

“(…)

Nombre del Solicitante		TERESA DE LOS ANGELES SANCHEZ TIBAMBRE										
Identificación del Solicitante		C. C. No. 41.491.316										
Porcentaje del IBL		0,75										
Fecha del SGP		30-06-05										
Fecha del status pensional		22-02-05										
Total Días		3473										
Desde	Hasta	Días No-Remunerados	Asignación Básica	Otros Factores	Salario Total	Días	Días Efectivos para el Cálculo	Meses	Semanas	Salario Actualizado a Fecha de Status	Salario Actualizado y Ponderado (1)	
01-01-15	01-01-15	1			\$ 0	0	0	0,00	0,00	\$ 0	\$ 0	
01-01-14	30-12-14		\$ 1.295.119	\$ 146.408	\$ 1.441.527	363	360	12,00	52,00	\$ 1.494.287	\$ 17.931.444	
01-01-13	30-12-13		\$ 1.541.691	\$ 161.710	\$ 1.703.402	363	360	12,00	52,00	\$ 1.800.001	\$ 21.600.018	
01-01-12	30-12-12		\$ 1.556.963	\$ 160.740	\$ 1.717.693	364	360	12,00	52,00	\$ 1.858.392	\$ 22.312.699	
01-01-11	30-12-11		\$ 1.437.041	\$ 172.335	\$ 1.609.376	363	360	12,00	52,00	\$ 1.807.122	\$ 21.685.459	
01-01-10	30-12-10		\$ 1.378.159	\$ 220.620	\$ 1.598.778	363	360	12,00	52,00	\$ 1.852.130	\$ 22.225.560	
01-01-09	30-12-09		\$ 1.337.499	\$ 138.063	\$ 1.475.561	363	360	12,00	52,00	\$ 1.743.599	\$ 20.923.196	
01-01-08	30-12-08		\$ 1.318.178	\$ 133.410	\$ 1.451.588	364	360	12,00	52,00	\$ 1.846.807	\$ 22.161.682	
01-01-07	30-12-07		\$ 1.219.272	\$ 124.165	\$ 1.343.437	363	360	12,00	52,00	\$ 1.906.494	\$ 21.677.571	
01-01-06	30-12-06		\$ 1.051.159	\$ 108.521	\$ 1.159.680	363	360	12,00	52,00	\$ 1.629.234	\$ 19.950.807	
08-05-05	30-12-05		\$ 1.047.313	\$ 105.997	\$ 1.153.310	236	233	7,77	33,66	\$ 1.698.868	\$ 13.194.541	
TOTALES					\$ 14.654.373	3.505	3473	115,77	501,66	\$ 17.537.903	\$ 203.262.966	
						IBL (2)	1.756.799					
						Mesada Pensional (3)	1.316.849					
$\$ 203.262.966,00 / 3473 * 30 * 75\% = \$ 1.316.849,00$												
RECONOCER A PARTIR DEL 1º DE ENERO DE 2015 (Previo descuento de lo pagado por el mismo concepto)												
(1): El Salario Ponderado corresponde al salario actualizado a fecha de Status multiplicado por el número de días efectivos para el cálculo (2): El Ingreso Base de Liquidación (IBL) corresponde al total del salario ponderado dividido por el total de Meses (3): El valor de la mesada pensional corresponde al IBL multiplicado por el porcentaje del IBL												
Elaboró: Roberto Rodríguez												

“(…)”.

Expuesto lo anterior, se encuentra demostrado que el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - FONCEP en la Resolución No. 001075 del 25 de mayo de 2015, al liquidar la pensión de la señora Teresa De los Ángeles Sánchez Tibambre en cuanto a edad, tiempo y **monto**, dio aplicación

a lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, **tomando como ingreso base de cotización los factores salariales sobre los cuales se realizaron los aportes al Sistema General de Pensiones**, de modo que, no le asiste razón al sostener que la entidad se apartó del precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018, proferida por el H. Consejo de Estado – Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por cuanto, al ser beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a efectos de establecer la tasa de remplazo, se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 1° de la citada normatividad, según el cual:

“ARTÍCULO 1°.- *El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (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”* (negrita y subrayado ajeno al texto).

Sobre el particular, la aludida Corporación Judicial, en el fallo cuya aplicación se depreca en la presente controversia, precisó:

*“91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y **la tasa de remplazo del régimen anterior** y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables”* -resaltado ajeno al texto.

En ese sentido, se encuentra demostrado que el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP aplicó correctamente el régimen pensional del que es beneficiaria la señora Teresa De los Ángeles Sánchez Tibambre, conforme con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **aplicando la tasa de remplazo equivalente al 75%**, sobre el IBL al que hace alusión el artículo 21 de dicha disposición legal, en la medida que, tuvo en cuenta los **factores salariales contenidos en el Decreto 1158 de 1994 y aquellos sobre los que se realizaron cotizaciones al Sistema General de**

Pensiones, razón por la cual, las Resoluciones Nos. SPE GDP 000610 del 19 de junio y SPE GDP 000803 del 31 de julio, ambas de 2019, actos demandados en la presente controversia, se ajustan a los postulados expuestos por el H. Consejo de Estado, razón por la cual se denegarán las pretensiones de la demanda.

5.5. COSTAS.

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

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

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA, propuesta por la entidad demandada, en virtud de lo dispuesto en la parte considerativa del presente fallo.

SEGUNDO.- NEGAR LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA, conforme a las razones referidas en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- SIN COSTAS a cargo de la parte actora.

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

Notifíquese y cúmplase

GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ
JUEZ



Firmado Por:

Gloria Mercedes 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:

**0e9ace7a7ff0eea014c1847fa91ec34f086fb0814ce02b39d3dcce4d97925
470**

Documento generado en 08/02/2022 04:16:26 PM

**Descargue el archivo y valide éste 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., diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022)

REFERENCIAS:

Proceso: 11-001-33-35-018-**2020-00027-00**
Demandante: MYRIAM BARRERO MÉNDEZ
Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO
NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL
MAGISTERIO
Asunto: SENTENCIA

La señora **MYRIAM BARRERO MÉNDEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.535.825, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, correspondiendo dictar Sentencia.

I. ACTUACIÓN PROCESAL

1. LA DEMANDA.

1.1 PRETENSIONES

-Pretende la demandante que se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo frente a la petición elevada el 9 de abril de 2019, ante el Ministerio de Educación Nacional, por medio de la cual la actora solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, contemplada en el artículo 5° de la ley 1071 de 2006, por el pago tardío de una cesantía definitiva.

-Igualmente, que se declare la nulidad del acto administrativo No. 20191091884871 del 14 de agosto de 2019, por medio del cual, la Fiduciaria la Previsora S.A le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

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

(i) Reconocer y pagar a la actora la indemnización moratoria por el pago tardío de la cesantía definitiva que le fue reconocida mediante la Resolución No. 9745 del 15 de diciembre de 2017, en razón a un día de salario por cada día de retardo desde el 11 de julio de 2017 y hasta el 27 de febrero de 2018, de conformidad con la Ley 1071 de 2006 y el artículo 5° de la Ley 91 de 1989 y demás normas concordantes y complementarias, valor que deberá indexarse hasta el día de la cancelación.

(ii) Dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

(iii) Que sobre las sumas adeudadas a la actora se incorporen los ajustes de valor, conforme al Índice de Precios al Consumidor o al por mayor, como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A.

(iv) Reconocer y pagar los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, sobre las sumas adeudadas a la actora, conforme a lo normado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

(v) Que se condene en costas a la entidad demandada.

1.2. HECHOS

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

1.2.1. Que mediante petición del 23 de marzo de 2017, la actora solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el reconocimiento y pago de la cesantía definitiva.

1.2.2. Que dicha entidad mediante la Resolución No. 9745 del 15 de diciembre de 2017, reconoció a la actora una cesantía definitiva por un valor de \$266.943.276 pesos m/cte.

1.2.3. Que los 65 días para el reconocimiento y pago de la cesantía parcial vencieron el 11 de julio de 2017, sin que para dicha fecha se le hubiera pagado la prestación económica, lo que ocurrió hasta el 27 de febrero de 2018.

1.2.4. Que el 9 de abril de 2019, solicitó ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de la indemnización moratoria.

1.2.5. La Secretaría de Educación de Bogotá, remitió la solicitud de indemnización a la Fiduciaria la Previsora S.A.

1.2.6. Que mediante el oficio No. 20191091884871 del 14 de agosto de 2019, la Fiduciaria la Previsora S.A., negó el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por el pago extemporáneo de las cesantías definitivas.

1.2.7. Que el día 13 de diciembre de 2019, se radicó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría, la cual se llevó a cabo el 30 de enero de 2020, declarándose fallida por falta de ánimo conciliatorio.

II NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte actora estima desconocidos los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 25, 53, 58, 228 y 336 de la Constitución Política y la Ley 1071 de 2006.

Afirma que los funcionarios públicos deben tratar a toda persona sin discriminación alguna, porque ello constituye la razón de ser del Estado; en este sentido, el respeto de los derechos inalienables debe inspirar todas las actuaciones adelantadas por el mismo, conforme al artículo 5°

de la Constitución Política, el cual también se violentó al negar a la actora la indemnización moratoria.

Manifiesta que de conformidad con la Ley 244 de 1995, a la accionante no se le ha garantizado el derecho al pago oportuno de las cesantías parciales, al haber incurrido en mora en el pago y negársele el derecho a la indemnización.

Refiere que el acto administrativo acusado es ilegal por infracción manifiesta de la Constitución Política, artículo 13, principio de igualdad; artículo 53 del principio de favorabilidad; de la Ley 244 de 1995, artículo 2º, párrafo; del Decreto 3135 de 1968, el artículo 41, del Decreto 1848 de 1969, artículo 102, y de la Ley 1071 de 2006.

Señala que los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, establecieron un procedimiento con términos precisos y perentorios para la liquidación y pago de las cesantías parciales de los servidores públicos, con el fin de precaver la mora de la Administración pública en el cumplimiento del pago de dicha prestación social.

III. CONTESTACIÓN

La apoderada de la entidad demandada mediante escrito del **14 de abril de 2021**, allegado vía correo electrónico el mismo día, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Indicó que de acuerdo con la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, los términos para el reconocimiento y pago de las cesantías para los servidores del sector público son 15 días posteriores a la solicitud de la cesantía para la expedición del acto administrativo, 5 o 10 días para su ejecutoria, dependiendo de la fecha de la petición y teniendo en cuenta la entrada en vigencia del C.P.A.C.A. y 45 días para el pago efectivo.

Afirmó que la Corte Constitucional, en Sentencia SU-336-17, estableció que los anteriores términos y las consecuencias de su incumplimiento son

aplicables igualmente para el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, razón por la cual la sanción moratoria establecida en el artículo 5° de la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006, es aplicable en el caso del pago tardío de cesantías a los docentes.

De otro lado, propuso las siguientes excepciones:

(i) Caducidad de la acción Afirmó que existió un vicio de nulidad frente al acto administrativo expedido por la entidad demandada, toda vez, que este debió ser demandado dentro de los 4 meses siguientes a la fecha de su publicación, comunicación, notificación o ejecutoria, de tal suerte que si durante este término de tiempo no se presenta la demanda, operará el fenómeno de la caducidad, impidiendo al demandante acudir a la administración de justicia.

Adujo que la petición por medio de la cual se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, fue remitida por parte de la entidad territorial a la Fiduciaria la Previsora S.A., quien actuando como vocera y administradora del FOMAG, por medio del Oficio **20191091873951 del 14 de agosto 2019**, dio respuesta al pago de la sanción moratoria, así mismo, que la solicitud de conciliación se radicó el 13 de diciembre de 2019 ante la Procuraduría, la cual se declaró fallida el 30 de enero de 2020, sin embargo, la demanda fue radicada solo hasta el 07 de febrero de 2020, razón por la cual, en el presente asunto operó el fenómeno de la caducidad.

(ii) Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria: Señaló que de acuerdo con la Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado del 18 de julio de 2018, la indexación se constituye en uno de los instrumentos para hacer frente a los efectos de la inflación en el campo de las obligaciones dinerarias, es decir, aquellas que deben satisfacer mediante el pago de una cantidad determinada entre las que se cuentan, las de índole laboral, en la medida que el fenómeno inflacionario produce una pérdida de la capacidad adquisitiva de la moneda; sin embargo, en

cuanto refiere a la sanción moratoria generada por el pago tardío de las cesantías, dicha indexación no es procedente.

(iii) 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.

Por otra parte, formuló la excepción de **ineptitud sustantiva de la demandada**, la cual fue resuelta mediante auto del 26 de agosto de 2021, denegándose su prosperidad.

IV. ALEGATOS

4.1. Parte demandante

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

4.2. Parte demandada

La apoderada de la parte demandada, mediante memorial radicado bajo el **No. 20211184028901 del 3 de diciembre 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 **229** 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.

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

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

V. CONSIDERACIONES

5.1. Saneamiento del proceso.

La demandante depreca se declare la existencia y posterior nulidad del acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo frente a la petición elevada el 9 de abril de 2019, ante el Ministerio de Educación Nacional, así como la nulidad del oficio No. 20191091884871 del 14 de agosto de 2019, por medio del cual, la Fiduciaria la Previsora S.A., le negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria.

Sobre el particular, el Despacho se relevará del estudio de legalidad de dicho oficio, toda vez que la FIDUPREVISORA S.A. tiene facultades eminentemente administrativas, en tanto es vocera y administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues los recursos provienen de este y su disponibilidad depende y se condiciona a la instrucción del Fideicomitente, en este caso, el Ministerio de Educación Nacional.

Ahora bien, 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 y en el artículo 9º, se estableció que las prestaciones sociales del Magisterio serán reconocidas por la Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, cuyos recursos son administrados por la Fiduciaria la Previsora S.A.

En ese sentido, para el cumplimiento de las funciones de reconocimiento y pago de las cesantías asignadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se confirieron a la Fiduprevisora facultades administrativas para efectuar los pagos de las prestaciones socio-económicas, no obstante, las cesantías –sanción moratoria- están a cargo de la Nación y son pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como cuenta especial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional.

5.2. DECISIÓN DE EXCEPCIONES:

En primer lugar, es menester precisar, que la apoderada del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, propuso la excepción de **caducidad** frente al oficio 20191091884871 del 14 de agosto de 2019, expedido por la Fiduprevisora S. A., no obstante, como se señaló líneas atrás, el Despacho se relevará de su estudio.

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. 9745 del 15 de diciembre 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 23 de marzo de 2017.

5.2.2. Derecho de petición radicado bajo el No. 2019-6A665 del 9 de abril de 2019, 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 el pago tardío de las cesantías.

5.2.3. Oficio 20191091884871 del 14 de agosto de 2019, expedido por la Fiduprevisora S. A., por medio del cual, le informó a la actora que una vez, se realice el proceso de monetización de los títulos de tesorería (TES), se procederá a realizar el pago de sanción por mora con cargo a dichos recursos, según la cuantía, plazos y mecanismos que determine el respectivo decreto que expida el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la emisión de los TES, señalando que la comunicación no tiene carácter de acto administrativo, por cuanto, la entidad actúa como vocera y administradora del FOMAG.

5.2.4. Desprendible de pago del Banco BBVA, donde consta que el pago de la cesantía definitiva por valor de \$266.943.276 pesos M/cte., fue realizado a la actora el 27 de febrero de 2018.

5.2.5. Certificado de Salarios de la actora expedido por la Secretaría de Educación de Bogotá.

5.2.6. Conciliación extrajudicial llevada a cabo el día 30 de enero de 2020, en la Procuraduría 193 Judicial I para Asuntos Administrativos, la cual se declaró fallida.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se señaló en la providencia proferida el 25 de noviembre 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 día 09 de abril de 2019; **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 a la indexación frente a la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías reclamadas.

5.4. DEL SILENCIO DE LA ADMINISTRACIÓN.

El apoderado 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 9 de abril de 2019, mediante la cual pretende el reconocimiento y pago de la sanción por mora, establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantías ante la entidad y hasta que se le hizo efectivo el pago.

Sobre el particular, es evidente que en el caso que nos ocupa se configuró el silencio administrativo negativo, pues no se acredita dentro del proceso, que la entidad demandada haya resuelto la petición elevada el día 9 de abril de 2019, tal como lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

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

(...)”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.4.2. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.

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

“9.1. Los docentes estatales se encuentran cobijados por un régimen especial contenido en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, en la cual se regula lo concerniente al pago de las cesantías. Al no contemplar ese régimen especial disposición alguna que indique si los docentes del FOMAG son acreedores del pago de la sanción moratoria de las cesantías, surge el interrogante acerca de si tienen derecho a reclamar esa prestación y, de serlo, con sustento en qué normatividad pueden reclamarla.

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

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

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

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

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

(iv) Aplicar este régimen garantiza en mayor medida el

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.

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

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

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

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

5.5. CASO CONCRETO.

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

5.5.1. Categoría de servidora pública de la actora.

Afirma la Sección Segunda del Consejo de Estado que "...los docentes integran la categoría de servidores públicos prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, pues aunque el estatuto de profesionalización los defina como empleados oficiales, lo cierto es que en ellos concurren todos

los requisitos que de carácter **restrictivo** encierra el concepto de empleado público en atención a la naturaleza del servicio prestado, la regulación de la función docente y su ubicación dentro de la estructura orgánica de la Rama Ejecutiva del Estado y la implementación de la carrera docente para la inserción, permanencia, ascenso y retiro del servicio; razón por la cual, se encuadran dentro del concepto de **empleados públicos**, establecido en la norma superior y desarrollado a través de la ley.”

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

Sobre el particular, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente que la señora Myriam Barrero Méndez, ostentó la calidad de docente vinculada a la Secretaría de Educación de Bogotá y que al momento de la presentación de la solicitud de reconocimiento y pago de la cesantía definitiva, prestaba sus servicios como docente de vinculación Nacionalizado- Situado fiscal, 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. 9745 del 15 de diciembre de 2017, la demandante solicitó el pago de sus cesantías definitivas el **23 de marzo 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 **17 de abril del mismo año**; sin embargo, la resolución de reconocimiento fue expedida el **15 de diciembre de 2017**, esto es, por fuera del término de 15 días y, en consecuencia, el presente asunto se encuentra cobijado bajo la hipótesis de ACTO ESCRITO EXTEMPORÁN7EO, corriendo la mora **70** días, posteriores a la petición.

En el caso que nos ocupa, deben contarse 70 días hábiles, desde el **24 de marzo 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 **10 de julio de dicho año**, suma que quedó a disposición de la actora desde el **27 de febrero de 2018**, tal como se lee en el desprendible de pago del Banco BBVA, obrante en el expediente, incurriéndose en mora del **10 de julio de 2017 al 26 de febrero de 2018**.

5.5.3. Salario base de liquidación.

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

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

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

Al respecto, siguiendo la línea jurisprudencial que fundamenta la presente decisión, como en el caso que nos ocupa se trata de la sanción originada en el incumplimiento de la entidad demandada respecto de una cesantía **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. 9745 del 15 de diciembre de 2017, que la actora estuvo vinculada al servicio hasta el **1 de diciembre de 2016**, razón por la cual la asignación que debe ser tomada para efectos de la sanción moratoria será la devengada por la actora 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 **27 de julio de 2017 de 2019**², dicha Corporación Judicial se ocupó de precisar la frase consignada en la sentencia arriba citada que indica "...Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.", debido a que había lugar a varias interpretaciones, señalando sobre el particular:

"(...)

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

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.

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, varia 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 **28 de febrero de 2018** hasta la ejecutoria de la presente providencia y, en adelante, correrán los intereses consagrados en los artículos 192 y 195 ibídem.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto derivado de la falta de respuesta del Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a la petición radicada por la señora Myriam Barrero Méndez el 9 de abril de 2019, al encontrarse incurso en causal de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el reconocimiento y pago de la sanción a la que se refiere el 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 **10 de julio de 2017 y el 26 de febrero de 2018**.

El valor del salario es el vigente para el **1 de diciembre de 2016**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes y año.

5.6. PRESCRIPCIÓN

El Despacho estudiará de oficio la excepción de prescripción, precisando que las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales, han

previsto la prescripción en el término de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 “*Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*”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 a partir desde su exigibilidad.

En este sentido, observa el Despacho que el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de la cesantía definitiva, se hizo exigible a partir del **10 de julio de 2017** y la señora Myriam Barrero Méndez formuló reclamación administrativa el **9 de abril de 2019**, en tanto la demanda se presentó el **7 de febrero 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.

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.

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 **9 de abril de 2019**, ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con número de radicación 2019-6A665.

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. **2019-6A665 del 9 de abril de 2019**, a través de la cual la demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la cancelación tardía de sus cesantías definitivas.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reconocer a la señora **MYRIAM BARRERO MÉNDEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.535.825, 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 **10 de julio de 2017 y el 26 de febrero de 2018**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

El valor del salario es el vigente para el **1 de diciembre de 2016**, fecha de retiro del servicio, entendiéndose que corresponde a la asignación básica devengada por la actora en dicho mes y año.

CUARTO: La suma total causada como sanción moratoria se ajustará conforme al IPC desde el día siguiente a partir que cesó la mora, esto es, desde el **28 de febrero de 2018 hasta la ejecutoria de la sentencia**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en atención a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin 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 N° 002 de hoy 11 de febrero de 2022 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

Firmado Por:

Gloria Mercedes Jaramillo Vasquez

Juez

Juzgado Administrativo

018

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

**35398ffde19ddb8151bea97491960a4a8efb6aea57a40380ac51813abcdbba
8d**

Documento generado en 07/02/2022 10:03:18 AM

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