



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

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11001-33-35-018-**2018-00533-00**  
**Demandante: CLAUDIA CASTRO PÁEZ**  
Demandada: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR  
E.S.E. – HOSPITAL MEISSEN II NIVEL  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **CLAUDIA CASTRO PÁEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 23.876.046 de Pauna, Boyacá, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. – HOSPITAL MEISSEN II NIVEL, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1. PRETENSIONES Y HECHOS.**

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 05 de octubre de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

**II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN.**

La parte demandante, estima desconocidas las siguientes normas:

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

**2.2. Legales:** Decretos 3074, 3135 artículo 8, 1848 artículo 51, 1045

artículo 25, 2400 artículos 26, 40, 46 y 61, todos de 1968; 1250 de 1970 artículos 5 y 71; 1950 de 1973 artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242; 01 de 1984; 1335 de 1990; 1919 de 2002 artículo 2; 50 de 1990 artículo 99; las Leyes 3135 de 1968; 4 de 1990 artículo 8; 4 de 1992; 100 de 1993 artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204; 80 de 1993 artículo 32; 332 de 1996; 244 de 1995; 443 de 1998; 909 de 2004; 1437 de 2011; 1564 de 2012 y Código Sustantivo del Trabajo, artículos 23 y 24.

Así mismo, considera infringidos pronunciamientos Jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Sobre el particular, sostuvo que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., pretende desconocer la relación laboral que existió durante más de 12 años con la señora CLAUDIA CASTRO PÁEZ, sin ninguna justificación, a pesar de que se constituyeron los elementos de un contrato realidad durante todo el tiempo que la demandante trabajó como Auxiliar Administrativa.

Argumentó que el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL, para no contratar directamente a la actora, utilizó la fachada de contratos de arrendamiento y de prestación de servicios, siendo que recibió todo el tiempo órdenes de dicho Hospital.

Destacó que el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, opera en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios y de arrendamiento para esconder una relación laboral, de manera que, configurada esa dependencia dentro de un contrato, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

### **III. CONTESTACIÓN.**

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito del **04 de noviembre de 2020**<sup>1</sup>, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Sostuvo que atendiendo a su naturaleza, las personas naturales o jurídicas vinculadas a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. mediante un contrato de prestación de servicios, realizan las actividades con autonomía técnica, administrativa y financiera y sin subordinación; toda vez que no se les imparten órdenes, simplemente se supervisa y controla el resultado de acuerdo con las obligaciones específicas que se plasmaron en el contrato suscrito por la contratista y frente a los objetivos de la entidad, y no cómo se realiza. Asimismo, manifestó que no existe autonomía para fijar las condiciones del cumplimiento del servicio y se tiene derecho al pago de los honorarios expresa y previamente convenidos en los respectivos contratos.

Indicó que los contratos de prestación de servicios adosados con la demanda son de aquellos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 195 numeral 6 de la Ley 100 de 1993, le están permitidos celebrar a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., lo cual se evidencia cuando en los mismos se pacta de forma expresa su objeto, obligaciones generales y específicas, actividades, plazo y condiciones de pago.

Aludió a que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, establece que las Entidades Estatales que por disposición legal cuenten con régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, como la entidad accionada, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal

---

<sup>1</sup> El memorial fue allegado el 03 de noviembre de 2020 a las **7:50 p.m.**, razón por la cual se entiende presentado al día hábil siguiente.

de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos legalmente para la contratación estatal.

Precisó que el legislador autoriza la celebración de este tipo de contratos cuando determinada actividad relacionada con la administración o funcionamiento de la entidad no pueda realizarse con personal de planta y que esa es la situación que se ha presentado en el presente caso, tal y como se dejó expreso en las consideraciones de los contratos celebrados.

Manifestó que tanto la jurisprudencia constitucional, como la contencioso administrativa, han hecho especial énfasis en que el ejercicio de la supervisión de contratos, por tratarse de una actividad obligatoria por parte de las entidades que administran recursos públicos, jamás debe confundirse con la existencia del elemento subordinación en los contratos de trabajo.

De otra parte, propuso las excepciones de:

**i) Inexistencia de subordinación y dependencia de la demandante:**

Manifiesta que la subordinación y/o dependencia es requisito fundamental para que se declare la existencia de una relación laboral, de conformidad con el Consejo de Estado, sin perjuicio de lo cual, las relaciones de coordinación entre la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E y la contratista, no implican la existencia del elemento subordinación, propio de las relaciones laborales, pues lo que se busca con la coordinación, es garantizar la efectiva prestación de los servicios contratados, y en muchas ocasiones se requiere que el servicio sea prestado en determinado horario, y en las instalaciones del hospital. Además, señala que el hecho de que la contratista deba rendir una serie de informes para verificar el cumplimiento de las actividades a su cargo, de ninguna manera puede entenderse como una subordinación o

dependencia, pues de darle dicho alcance, se desnaturalizaría cualquier contrato de prestación de servicios.

Afirma que la entidad demandada no puede simplemente dejar hacer lo que los contratistas deseen y suponer que ello puede ser así, lo que estaría en contravención a la función social de la institución y sus intereses tanto misionales como financieros, pues se trata de unos acuerdos celebrados entre las partes para el cumplimiento del contrato, y lo que en él se acordó; indicando, por consiguiente, que en el presente caso se puede afirmar que no existe subordinación.

**ii) Inexistencia de relación laboral, legal o reglamentaria entre las partes:** Refiere a que no existe en el presente caso un vínculo laboral, legal o reglamentario entre la demandante y la demandada, toda vez que no se demuestra o acredita la suscripción de un contrato de trabajo, una resolución de nombramiento, o un acta de posesión que le otorgue estatus de trabajador oficial o empleado público. Además, de no existir estas pruebas documentales, tampoco existen los presupuestos fácticos en favor de la demandante que le permitan acceder al reconocimiento de tal estatus.

**iii) Inexistencia de los elementos del contrato de trabajo:** Afirma que en el presente caso no se encuentran presentes la totalidad de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, por ausencia del elemento de subordinación, pues se pretende establecer equivocadamente que los informes presentados (pactados contractualmente), el presunto cumplimiento de horarios, el desarrollo del objeto contractual en las instalaciones del hospital de la Subred Sur, y el suministro de elementos para el cometido de sus obligaciones contractuales, son elementos de la coordinación y supervisión necesarios para el desarrollo y cumplimiento del contrato celebrado entre las partes.

**iv) Pago de lo no debido:** Aduce que a la fecha se canceló a la demandante la totalidad de lo que tenía derecho de acuerdo con lo pactado mediante los contratos de prestación de servicios suscritos.

**v) Inexistencia del derecho y de la obligación:** Alude a que los contratos celebrados con la actora no comportan la existencia de una relación laboral, y que la misma nunca se configuró.

**vi) Ausencia del vínculo de carácter laboral:** Señala que la accionante se desempeñó como contratista independiente, no suscribió contrato de trabajo y tampoco hubo acto administrativo de nombramiento ni de posesión.

**vii) Cobro de lo no debido:** Alude a que la demandante, en su calidad de contratista independiente, se afilió e hizo aportes al sistema de seguridad social en pensiones y en salud, pretendiendo erróneamente que el Hospital efectúe los mismos aportes.

**viii) Prescripción:** Manifiesta que, en caso de no ser atendidas las razones expuestas dentro del presente proceso, deberá tenerse en cuenta que según las normas que gobiernan la materia y con la jurisprudencia respectiva, la solicitud de declaración de existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes a la finalización del vínculo contractual, y que cuando existe solución de continuidad entre uno y otro contrato, la prescripción debe analizarse de forma independiente para cada uno. Por consiguiente, alude a que en el presente caso la demandante presentó reclamación administrativa el día 3 de julio de 2018, por lo que la prescripción debe entenderse configurada sobre las contrataciones realizadas en fecha previa al 3 de julio de 2015.

**ix) Genérica:** Solicita se reconozcan las excepciones que se llegaren a encontrar probadas, aunque no hubieren sido alegadas expresamente.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

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

El apoderado de la parte demandante, mediante escrito allegado vía correo electrónico el día **19 de noviembre de 2021**, presentó alegatos de

conclusión, solicitando que se acceda a las súplicas de la demanda, toda vez que de los medios probatorios obrantes en el plenario se encuentra demostrado que la actora prestó personalmente el servicio, recibía órdenes de sus jefes inmediatos, quienes igualmente le impartían directrices al personal de planta que realizaba las mismas funciones y por su labor percibía una remuneración como pago de nómina.

Señaló que se encuentra acreditado que en la entidad demandada existían cargos de planta cuyos funcionarios desarrollaban las mismas labores que la actora, quienes tenían todas las garantías laborales y económicas contenidas en la convención colectiva.

Indicó que los deponentes que rindieron su testimonio en el presente asunto fueron compañeros de la demandante dado que trabajaron para el centro hospitalario por más de dos (2) años, razón por la cual de forma presencial evidenciaron la subordinación a la que estaba sometida, así como los turnos que prestó y la forma de pago, concluyéndose la verdadera existencia de una relación laboral disfrazada por sucesivos e ininterrumpidos contratos de prestación de servicios personales.

Finalmente, se ratificó en los “fundamentos jurídicos de las pretensiones de la demanda y el concepto de violación” expuestos en el libelo demandatorio y citó jurisprudencia del H. Consejo de Estado relativa al tema objeto de estudio.

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

La apoderada de la parte demandada presentó alegatos de conclusión, mediante escrito aportado el **30 de noviembre de 2021** vía correo electrónico, mediante el cual señaló que, en virtud de la autonomía de la voluntad privada, el contrato es un medio de actuación del dominio de la voluntad en la esfera jurídica propia del sujeto. De modo que dicha potestad se traduce en la libertad de contratar con miras a una solidaria satisfacción de intereses de los contratantes, y en este caso específico, se traduce en contratar al personal administrativo requerido, por no contar

la entidad con suficiente personal de planta para el efectivo desarrollo de sus actividades, tal y como se establece en la parte considerativa de los contratos celebrados.

Manifestó que se extractan características tales como la prestación de servicios que versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación técnica o profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores técnicas o profesionales a realizar y se establecen pautas, pues, como se ha explicado, la entidad demandada desde un principio y como antecedente a los contratos, establece las necesidades que se requieran y si cuenta en la planta con el personal disponible para el cumplimiento de sus fines, y si no cuenta con ellos procede a su contratación, por estricta autorización legal.

Aludió a que las directrices impartidas por el contratante en ejecución del contrato de prestación de servicios no suponen subordinación, pues quien coordina las actividades contratadas en manera alguna, resulta ser superior jerárquico o “jefe”. Así las cosas, argumenta que, para poder comprobar el cumplimiento de las obligaciones, se pacta también la forma en la que se verificará, sin que ello suponga que esas obligaciones y esa verificación configuren los elementos de subordinación propios de las relaciones laborales.

Se refirió a que los testimonios rendidos dentro del proceso no fueron exactos ni concretos respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos materia de litigio, amén que la primera de las deponentes se encontraba leyendo las respuestas que se le formularon, lo cual desvirtúa cualquier parcialidad y espontaneidad que debe primar en el desarrollo de un interrogatorio que se le realice a un testigo, debiendo prosperar la tacha planteada frente a la misma, pues es probable que haya faltado a la verdad. Asimismo, afirmó que los testigos tenían preparado lo que tenían que decir pues las respuestas a las preguntas no eran espontáneas sino dirigidas a la demostración de los tres

elementos para la configuración del contrato realidad, lo cual no deberían saber.

Adujo que las pretensiones de la demanda están llamadas a negarse pues no existía el cargo de la contratista en la planta de la entidad, y no existía personal de planta que ejecutara las mismas actividades que la contratista, presupuestos obligatorios en la configuración del contrato realidad. Adicionalmente, las actividades de la demandante no estaban directamente relacionadas con el giro de la actividad misional de la entidad demandada y eran actividades diferentes, por lo que no hubo continuidad en la prestación de los servicios.

Aludió a que el contrato de prestación de servicios de carácter independiente no puede trocar en otro y menos de carácter laboral basado en el canon constitucional de la primacía de la realidad sobre formalidades, con un alcance que no tiene.

#### **4.3. Ministerio Público**

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES.**

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

Respecto a las excepciones de **Inexistencia de subordinación y dependencia de la demandante; Inexistencia de relación laboral, legal o reglamentaria entre las partes; Inexistencia de los elementos del contrato de trabajo; Pago de lo no debido; Inexistencia del derecho y de la obligación; Ausencia del vínculo de carácter laboral, y Cobro de lo no debido** 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 y, en cuanto a la **genérica**, se advierte que, tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 05 de octubre de 2021, no se encontraron excepciones que debieran ser declaradas de oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

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

Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

### **5.2.1. Documentales.**

**5.2.1.1.** Petición elevada por la actora el 03 de julio de 2018, por medio de la cual le solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de las acreencias laborales a las que alude le asiste derecho.

**5.2.1.2.** Oficio No. OJU E-1957-2018 del 16 de julio de 2018, a través del cual la doctora Gloria Emperatriz Barrero Carretero, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad, negó lo solicitado por la accionante.

**5.2.1.3.** Constancia de Conciliación Prejudicial llevada a cabo ante la Procuraduría 127 Judicial II para Asuntos Administrativos el 05 de diciembre de 2018, la cual se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio.

**5.2.1.4.** Certificación expedida por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., del 15 de agosto de 2018, en la que se relacionan las órdenes o contratos de prestación de servicios celebrados con la actora.

**5.2.1.5.** Certificación expedida por la Subdirectora Administrativa del

Hospital Meissen II Nivel E.S.E. el 11 de enero de 2015, mediante la cual se relacionaron las fecha de ejecución de un contrato de prestación de servicios, desde el 05 de julio de 2006 hasta el 31 de marzo de 2015.

**5.2.1.6.** Contratos de prestación de servicios celebrados entre la actora y la entidad demandada y/o el Hospital Meissen II Nivel, actas de inicio, otrosíes, adiciones, prórrogas, informes de actividades, y documentos precontractuales.

**5.2.1.7.** Memorando No. 100-045, suscrito por el gerente del Hospital Meissen, relacionado con el cumplimiento de horario.

**5.2.1.8.** Historia clínica de la actora.

**5.2.1.9.** Incapacidad del 23 de enero de 2007 por posparto de la actora.

**5.2.1.10.** Comprobantes de pago de planilla asistida de la actora, en el banco Davivienda.

**5.2.1.11.** Copia del carné de la actora, como auxiliar estadística del Hospital Meissen II Nivel.

**5.2.1.12.** Copia del carné de la actora, como contratista de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

**5.2.1.13.** Formularios de autoliquidación de aportes a Salud Total y a Protección, a nombre de la demandante.

**5.2.1.14.** Informes mensuales de cuenta de ahorros del banco Davivienda, dirigidos a la actora.

**5.2.1.15.** Páginas de la Resolución No. 121 del 14 de septiembre de 2005 “*por la cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE*”, relacionadas con el cargo de Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 05.

**5.2.1.16.** Páginas de la Resolución No. 034 del 17 de marzo de 2006 “*por*

la cual se adopta el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO”, relacionadas con el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grados 14, 08, 09.

**5.2.1.17.** Páginas de la Resolución No. 002 del 11 de enero de 2007 “por la cual se actualiza y modifica el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO”, relacionadas con el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grados 14, 08, 09 y en el cargo de Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 05.

**5.2.1.18.** Páginas del Acuerdo 011 del 26 de junio de 2007 “por el cual se modifica el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO”, relacionadas con el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 14.

**5.2.1.19.** Páginas de la Resolución No. 102 del 25 de junio de 2008 “por la cual se MODIFICA el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO”, relacionadas con el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grados 14, 08, 09.

**5.2.1.20.** Páginas de la Resolución No. 144 del 06 de octubre de 2010 “por la cual se MODIFICA el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO”, relacionadas con el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 14, 08, 09.

**5.2.1.21.** Páginas de la Resolución No. 012 del 20 de enero de 2012 “por la cual se MODIFICA el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO”, relacionadas con el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 14, 08, 09.

**5.2.1.22.** Páginas de la Resolución No. 169 del 03 de julio de 2015 “*por la cual se ADOPTA el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE*”, relacionadas con el cargo de Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 05; y para el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grados 08, 09, 14.

**5.2.1.23.** Páginas del Acuerdo No. 013 de 2017 “*por medio del cual se Establece el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.*”, relacionadas con el cargo de Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 08, 17; y con el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 25, 17, 15, 12, 10, 09, 08, 05; cargo de Secretario, Código 440, Grado 14.

**5.2.1.24.** Oficio No. OC-179-2020, con fecha de elaboración 11 de marzo de 2020, mediante el cual la Jefe de la Oficina de Calidad de la entidad demandada manifestó que el Hospital Meissen II Nivel E.S.E. realiza inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud — REPS, a través de la Secretaría Distrital de Salud, obteniendo el Código de Habilitación No. 11 001 08925 -14/04/2003- para la sede principal, la sede de consulta externa y la sede de farmacia y laboratorio clínico, con vigencia hasta el 01 agosto de 2016, para dar paso a las Unidades de Servicios de Salud, con Código de Habilitación 11 001 30294 pertenecientes a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

**5.2.1.25.** Formularios de inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

**5.2.1.26.** Formularios de inscripción en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud del Hospital Meissen II Nivel E.S.E.

**5.2.1.27.** Certificación del 11 de marzo de 2020, mediante la cual el Director Operativo (C) de la Dirección de Gestión del Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. hizo constar que en la planta de personal del antiguo Hospital Meissen E.S.E. existió el cargo

de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 05, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur, Código 407, Grado 08.

**5.2.1.28.** Acuerdo No. 009 del 26 de junio de 2007, *“por el cual se modifica la planta de personal del Hospital Meissen II Nivel Empresa Social del Estado”*.

**5.2.1.29.** Oficio No. CO-FT-0455-2020 con fecha de elaboración 04 de mayo de 2020, mediante el cual se relacionó la solución de continuidad de la relación contractual de la actora con la entidad demandada.

**5.2.1.30.** Certificación del 21 de abril de 2020, mediante la cual la Directora de Contratación de la entidad demandada relacionó las órdenes o contratos de prestación de servicios celebrados entre la demandante y el Hospital Meissen, así como con la Subred Sur.

**5.2.1.31.** Oficio No. R22SA-2020-069 del 11 de marzo de 2020, mediante el cual la entidad demandada refirió que la unidad prestadora de servicios de salud Meissen no puede expedir certificados de ingresos y retenciones correspondientes a la vigencia 2013 y anteriores debido a fallas en el sistema.

**5.2.1.32.** Certificado de retenciones de la actora, expedida por la Secretaría Distrital de Salud Financiera del Hospital Meissen, para los años 2014 a 2018 y 2020.

**5.2.1.33.** Hoja de vida de la demandante.

**5.2.1.34.** Expediente contractual de la actora.

## **5.2.2. Testimoniales e interrogatorio de parte.**

**5.2.2.1.** Documento en formato mp4 de las declaraciones de los señores Gloria Ligia Rodríguez Garay, Johana Suárez Cruz y Óscar Andrés Martínez Rodríguez, quienes rindieron testimonio ante este Despacho el 16 de noviembre de 2021 y del interrogatorio de parte de la señora Claudia Castro Páez, recepcionado ante este Juzgado en la misma fecha; y acta en

la que se hacen constar dichas declaraciones.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 05 de octubre de 2021, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora CLAUDIA CASTRO PÁEZ tiene o no derecho a que se le reconozca la existencia de una relación laboral desde el 25 de junio de 2006 hasta el 30 de junio de 2018, tiempo en que se afirma estuvo vinculada bajo la modalidad de prestación de servicios en el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL, hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E. S. E., y en consecuencia, si tiene o no derecho al pago de salarios y prestaciones que se le adeuden en virtud de dicho vínculo laboral, al pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social y de los aportes no efectuados a la Caja de Compensación familiar y a las indemnizaciones solicitadas.

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

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

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

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

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

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

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los*

empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones<sup>2</sup>. (Negrita del Despacho).

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

**Artículo 1º.**- 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 2º.**- 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 3º.**- 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 4º.**- 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 5º.**- 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 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

---

<sup>2</sup> La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009

**empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.**

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

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

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

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

*Son empleos de libre nombramiento y remoción:*

- 1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.*
- 2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:*
  - a. Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;*
  - b. Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;*
  - c. Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.<sup>3</sup>*

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

**Parágrafo.-** *Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo<sup>4</sup>”.*

De lo anterior, se colige que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado en los servicios de salud se conforma por funcionarios de

<sup>3</sup> Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-387 de 1996.

<sup>4</sup> Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, Sentencia C-432 de 1995.

carrera o de libre nombramiento y remoción; no obstante, hace la distinción que los trabajadores oficiales, se encargan de desempeñar cargos no directivos, esto es, los de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53<sup>5</sup> la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

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

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

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

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

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

---

<sup>5</sup> 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.

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

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

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

*“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.*

*(...)*

*3o. Contrato de Prestación de Servicios.*

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

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”<sup>6</sup>*

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

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

---

<sup>6</sup> Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997.

especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

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

*"(...)*

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

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

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

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

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

**c.** *La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida,*

*excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

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

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

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

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

*Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los*

*términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.” (Negrillas del Despacho).*

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

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

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

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

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

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

*c. Un salario como retribución del servicio.*

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

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

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

“(…)

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

**En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales<sup>7</sup>.**

*De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda<sup>8</sup> recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).*

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

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

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

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

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

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

La apoderada de la entidad demandada en la Audiencia de Testimonios llevada a cabo el 16 de noviembre de 2021, tachó de sospechoso el testimonio de la señora Gloria Ligia Rodríguez Garay, toda vez que promovió demanda en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. por los mismos hechos o hechos similares, y porque la demandante funge como testigo dentro de su proceso judicial, lo cual puede afectar la parcialidad del testimonio, toda vez que las resultas del presente proceso pueden generar un precedente horizontal para su propio litigio. Adicionalmente, la señalada profesional del derecho solicitó que, al momento de evaluar la tacha, se tenga en cuenta que la mencionada declarante estaba leyendo al momento de rendir su testimonio, lo que puede conducir a que su testimonio haya estado parcializado o elaborado para el momento de rendirlo.

De igual forma, tachó de sospechoso el testimonio de la señora Johana Suárez Cruz, por cuanto promovió demanda en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. por los mismos hechos o hechos similares, porque compartió el mismo espacio físico con la actora, y porque su apoderado judicial es el mismo que el de la demandante, razón por la cual dicha circunstancia puede afectar la parcialidad de su testimonios e, igualmente, las resultas del proceso pueden configurar un precedente horizontal en su propio litigio.

Descorrido el traslado de tales solicitudes, la apoderada de la parte demandante indicó que la señora Gloria Rodríguez también es contratista, de manera que puede demandar por los mismos hechos que la demandante, y así mismo, señaló que la testigo y la demandante fueron compañeras de trabajo y que no cuentan con nadie más para rendir testimonio con relación a los hechos acontecidos y, finalmente, adujo que si la testigo escribió los nombres o los leyó, lo deja a consideración del Despacho. Lo anterior, fue reiterado por la señalada apoderada frente a la testigo Johana Suárez Cruz y que, al compartir el mismo espacio físico con la demandante, ha respondido en relación con lo que le consta, por lo cual no hay parcialidad.

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

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

circunstancias de cada caso.

Al respecto, el profesor Hernán Fabio López Blanco en su obra de Procedimiento Civil<sup>9</sup>, señala en relación con la tacha de testigos, que dicha figura en momento alguno impide que se reciba la declaración del testigo, sino que lo que se pretende es que el juez en el momento del fallo o de resolver el incidente, aprecie con especial atención y mayor severidad la versión respectiva.

En ese sentido, advierte el Despacho que, en efecto, las declarantes admitieron que interpusieron demanda en contra de la entidad demandada, que la señora Gloria Ligia Rodríguez citó a la demandante como testigo y, así mismo, que la señora Johana Suárez Cruz está representada por el mismo apoderado; sin embargo, dichas circunstancias no le restan mérito probatorio a las declaraciones, toda vez que sus testimonios fueron rendidos bajo la gravedad de juramento; amén que los hechos expuestos se encuentran respaldados con las pruebas documentales obrantes en el proceso, razón por la cual, en criterio de esta Juzgadora, las versiones rendidas por las deponentes no resultan parcializadas ni afectan su credibilidad, pues las preguntas siempre estuvieron orientadas a obtener los relatos sobre la vinculación de la actora a la entidad demandada como compañeras de trabajo de la accionante que conocieron de forma directa la manera cómo esta desarrolló su labor, sin que se diera lugar a exponer valoraciones personales o subjetivas, encontrando el Juzgado que las tachas formuladas son infundadas y, en consecuencia, dichas declaraciones serán valoradas por este Estrado Judicial de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Ahora bien, respecto de la especial solicitud de la apoderada de la parte demandada frente a que la testigo Gloria Ligia Rodríguez se encontraba leyendo cuando dio los nombres de las personas que fungieron como jefes de la actora, advierte el Despacho que, de conformidad con el numeral 7

---

<sup>9</sup> Tomo 3 - Pruebas, Segunda Edición 2008, página 192

del artículo 221 del Código General del Proceso “[e]l testigo no podrá leer notas o apuntes, a menos que el juez lo autorice cuando se trate de cifras o fechas, y en los demás casos que considere justificados siempre que no afecte la espontaneidad del testimonio”, de manera que ello no es permitido; sin embargo, cuando la apoderada de la parte demandada advirtió que ello podía estar sucediendo, esta Juzgadora le aclaró a la testigo la situación, lo cual no afecta la declaración puesto que, los mismos nombres señalados por ella fueron reiterados por los demás testigos y por la demandante, lo cual no le resta espontaneidad a su declaración, de manera que por este aspecto tampoco encuentra esta juzgadora reparo alguno.

#### **5.5. CASO CONCRETO.**

En el caso que nos ocupa, la señora CLAUDIA CASTRO PÁEZ, reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales que aduce tiene derecho, por el tiempo en el que prestó sus servicios en el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL, ahora Subred Integrada de Servicio de Salud SUR E.S.E.

Por su parte, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la referida Subred, mediante el Oficio No. OJU E-1957-2018 del 16 de julio de 2018, negó el aludido reconocimiento y pago, por considerar que el vínculo jurídico sostenido con la actora no generó ninguna relación laboral con la entidad.

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 la certificación expedida el 15 de agosto de 2018, por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., en la que se relacionan las órdenes o

contratos de prestación de servicios celebrados con la actora, obrante a folio 22 del plenario, quedó plenamente demostrado que la actora prestó sus servicios de la siguiente forma:

Nº. ORDEN O CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS	DESDE	HASTA	OBJETO/PERFIL	VALOR TOTAL CONTRATO	UNIDAD SERVICIOS DE SALUD
1-293	05/07/2006	31/07/2006	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 1.954.899	MEISSEN
1-324	01/05/2006	01/07/2007	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 2.997.497	MEISSEN
1-405	02/07/2008	02/01/2008	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 4.310.140	MEISSEN
1-054	03/01/2008	31/03/2008	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 2.712.137	MEISSEN
1-236	01/04/2008	30/06/2008	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 2.549.490	MEISSEN
1-428	01/07/2008	01/01/2009	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 4.674.055	MEISSEN
1-091	02/01/2009	31/03/2009	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 2.831.350	MEISSEN
1-259	01/04/2009	30/06/2009	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 2.889.713	MEISSEN
1-441	01/07/2009	03/01/2010	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 4.572.512	MEISSEN
1-045	04/01/2010	03/01/2011	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$10.520.661	MEISSEN
1-054	04/01/2011	31/03/2011	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 3.293.703	MEISSEN
1-255	01/04/2011	30/06/2011	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 2.770.404	MEISSEN
1-466	01/01/2011	15/12/2011	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 4.566.556	MEISSEN
1-057	04/01/2012	30/04/2012	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 4.188.398	MEISSEN
A-143	02/05/2012	30/09/2012	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$12.928.558	MEISSEN
A-838	01/10/2012	31/10/2012	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 900.000	MEISSEN
1242	01/11/2012	30/11/2012	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 900.000	MEISSEN
A-1839	03/12/2012	31/12/2012	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 900.000	MEISSEN
136	16/01/2013	31/01/2013	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 450.000	MEISSEN
522	01/02/2013	30/04/2013	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 2.700.000	MEISSEN

1355	01/05/2013	31/05/2013	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 900.000	MEISSEN
2202	01/06/2013	01/06/2013	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 900.000	MEISSEN
1785	02/09/2013	31/10/2013	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 1.800.000	MEISSEN
3467	01/11/2013	30/11/2013	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 730.000	MEISSEN
3846	02/12/2013	01/01/2014	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 930.000	MEISSEN
332	02/01/2014	31/01/2014	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 570.000	MEISSEN
718	01/02/2014	30/04/2014	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 2.700.000	MEISSEN
1200	01/05/2014	31/07/2014	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 2.700.000	MEISSEN
1423	01/08/2014	30/09/2014	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 1.800.000	MEISSEN
1803	02/10/2014	11/11/2014	AUXILIAR DE ESTADISTICA	\$ 1.380.000	MEISSEN
2530	01/12/2014	04/01/2015	Prestar servicios personales de apoyo, en la ejecución de actividades de Manejo de Historias clínicas.	\$ 1.020.000	MEISSEN
62	05/01/2015	31/03/2015	Prestar servicios personales de apoyo, en la ejecución de actividades de Manejo de Historias clínicas.	\$ 2.580.000	MEISSEN
467	01/04/2015	30/09/2015	Prestar servicios personales de apoyo, en la ejecución de actividades de Manejo de Historias clínicas.	\$ 1.861.307	MEISSEN
936	01/10/2015	03/01/2016	Prestar servicios personales de apoyo, en la ejecución de actividades de Manejo de Historias clínicas.	\$ 2.957.400	MEISSEN
A0057	04/01/2016	31/08/2016	Prestar servicios personales de apoyo, en la ejecución de actividades de Manejo de Historias clínicas.	\$ 6.582.600	MEISSEN
5455	01/09/2016	31/12/2016	AUXILIAR GESTIÓN DOCUMENTAL	\$ 3.918.000	MEISSEN
1135	02/01/2017	31/05/2017	AUXILIAR GESTIÓN DOCUMENTAL	\$ 8.012.000	MEISSEN
7741	01/09/2017	31/12/2017	ADMINISTRATIVO	\$ 5.603.824	MEISSEN
1495	01/01/2018	31/03/2018	ADMINISTRATIVO	\$ 4.262.888	MEISSEN
5298	01/04/2018	31/07/2018	ADMINISTRATIVA	\$ 4.262.888	MEISSEN
10553	01/08/2018	31/08/2018	ADMINISTRATIVA	\$ 1.420.956	MEISSEN

En este sentido, se encuentra acreditado que la demandante prestó sus servicios en el HOSPITAL MEISSEN, a través de la celebración de sendos contratos y órdenes de prestación de servicios personales suscritos desde el 05 de julio de 2006 hasta el 31 de agosto de 2018.

Ahora bien, se precisa que, de conformidad con la señalada certificación, el primero de los contratos celebrados inició el 05 de julio de 2006 y el último contrato celebrado entre las partes finalizó el 31 de agosto de 2018; sin embargo, las pretensiones de la demanda se encuentran encaminadas a la declaración de la existencia de una relación laboral entre el **25 de junio del 2006 hasta el 30 de junio de 2018**; de manera que –por principio de congruencia– es frente a este período que el Despacho se

referirá en adelante, amén que, aunque la actora en su interrogatorio de parte señaló que inició labores el 25 de junio de 2006 con una inducción, lo cierto es que no reposa en el plenario contrato alguno que lo respalde.

Visto lo anterior, se debe señalar que los objetos contractuales de los contratos celebrados entre las partes, en términos generales estaban encaminados a: i) buscar historias clínicas de urgencias y consulta externa; ii) archivar historias clínicas de consulta externa, urgencias y hospitalización; iii) preparar las historias clínicas de consulta externa para el día siguiente; iv) recoger historias clínicas; v) buscar historias clínicas solicitadas por entes judiciales, de vigilancia y control y fiscalización; vi) atender la ventanilla del archivo de estadística; vii) responder por los elementos entregados para el desempeño de sus funciones; viii) generar reportes e informes; ix) apoyo en la ejecución de actividades de manejo de historias clínicas; x) recibir en la ventanilla, atender y orientar a visitantes; xi) ubicar historias clínicas y realizar su entrega; xii) actualizar la base de datos y archivar historias clínicas; xiii) digitar historias clínicas; xiv) abrir carpetas de historias clínicas; xv) atender clientes frente a historias clínicas; xvi) organizar estantes y archivos; xvii) apoyar el proceso de revisión y convalidación de las transferencias documentales; xviii) primarias realizadas por cada una de las dependencias al archivo central; xix) apoyar el proceso de organización y clasificación del fondo documental; xx) realizar procesos técnicos a las historias clínicas; xxi) apoyar actividades de gestión documental; xxii) seguimiento y custodia de historias clínicas; xxiii) asignar citas; xxiv) buscar historias clínicas; xxv) responder informes dirigidos a gestión documental; xxvi) apoyar la organización y movimiento de estanterías; xxvii) diligenciar al SIS 110 egresos hospitalarios.

Sobre el particular, las anteriores funciones fueron ratificadas en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, así como en las declaraciones que rindieron los testigos el 16 de noviembre de 2021, pues hicieron relación a la atención en ventanilla al público, el archivo de historias clínicas, organización del archivo, buscar historias clínicas, unificación, preparar consultas, y en general todas las actividades de

gestión documental y archivo.

Así las cosas, se encuentra acreditado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como se incorporó en las cláusulas OCTAVA y DÉCIMA QUINTA de los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión del contrato salvo autorización previa y expresa de la entidad.

Al respecto, la señora Johana Suárez Cruz fue coincidente en señalar que la actora no podía delegar sus funciones a un tercero pues si ello se presentaba, era el jefe quien delegaba sus funciones a sus compañeros. Así las cosas, se encuentra acreditado que la demandante desempeñaba personalmente su labor, pues tal como lo señaló su compañera de trabajo, no podía delegar en otra persona su función.

**ii) Subordinación o dependencia.**

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en los contratos de prestación de servicios se estableció que la contratista realizaría su actividad con total autonomía e independencia sin que entre las partes mediara relación laboral; sin embargo, en los mismos se plasmó que la demandante estaba bajo supervisión o control de ejecución del cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora bien, la señora Johana Suárez Cruz, en el testimonio que rindió, señaló que la actora no tenía autonomía, toda vez que las actividades que desarrollaban las hacía porque el jefe le daba la orden para ello, en lo cual fue coincidente el señor Óscar Martínez quien señaló que la demandante siempre estuvo bajo el mandato del jefe inmediato.

Así mismo, de las declaraciones de los testigos y de la demandante se evidencia que las labores desempeñadas por esta implicaron la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia. Al respecto, de las señaladas declaraciones se extrae que esta debía cumplir un horario en turnos rotativos de 7:00 a.m. a 1 p.m. o de 1 p.m. a 7 p.m. o el turno

general de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., o de 7 a.m. a 5 p.m. Lo anterior, se corrobora con el Memorando No. 100-045 obrante en el expediente, suscrito por el gerente del Hospital Meissen, en el cual se señaló que el cumplimiento de horario para cierto personal de apoyo consistía en el turno de la mañana de 7:00 a 13:00 horas y el turno de la tarde de 13:00 a 19:00 horas, horario que, además, era controlado por el jefe a través del control de ingreso que llevaba el personal de vigilancia al tener la accionante que firmar su llegada y salida.

De igual forma, se evidenció por todos los deponentes y por la actora que los insumos y herramientas con los que laboraba eran suministrados por el hospital. Asimismo, los declarantes coincidieron en que los jefes de la actora elaboraban cronogramas de actividades para que esta desarrollara sus funciones, sin perjuicio de dictarle órdenes respecto de las mismas. Adicionalmente, indicaron que los elementos de trabajo como computador, escritorio, y ganchos eran suministrador directamente por el Hospital.

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

- Que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. ha requerido contratar un auxiliar administrativo para: prestar servicios profesionales y de apoyo de acuerdo con las **necesidades de la Institución.**
- Requiere la contratación de un Auxiliar Administrativo para el proceso de apoyo a las actividades de la Subdirección Administrativa Unidad Prestadora de Servicios de Salud Meissen a fin de **garantizar la eficaz y eficiente ejecución del proceso mencionado.**
- Se encontró que el presente requerimiento se tramita ante **la no existencia del perfil requerido**, por insuficiencia del mismo o la necesidad de contratar a un profesional con conocimientos específicos.

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por la actora por más de **11 años**, en el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL no se enfocaron en el desarrollo de una labor esporádica o transitoria; amén, que no gozaba de autonomía e independencia para ejercer su labor y no contaba con la libertad inherente al contrato de prestación de servicios, puesto que se veía en la obligación de desarrollar sus funciones atendiendo horarios, usando las herramientas del centro hospitalario y bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión.

**iii) Remuneración por el trabajo cumplido.**

Sobre el particular, advierte el Despacho que en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora CLAUDIA CASTRO PÁEZ y el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL, se acordó una remuneración como contraprestación de la labor prestada, la cual, se pagaba por mensualidades vencidas previa certificación del encargado del control de la ejecución de los contratos.

De acuerdo con lo anterior, se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que: i) la demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio en el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL, como auxiliar de estadística, manejo de historias clínicas, auxiliar de gestión documental, y auxiliar administrativa, labores que, valga la pena anotar, **son de apoyo a la actividad misional de la entidad contratante**; ii) recibía una remuneración por el trabajo prestado; y iii) actuaba bajo subordinación y dependencia del centro hospitalario al cual prestaba sus servicios.

De otra parte, la directora Operativa de la Dirección de Talento Humano de la entidad demandada mediante escrito del 07 de marzo de 2019 adjuntó los Manuales de Funciones del Empleo Auxiliar Administrativo, de los cuales se evidencia que dichos cargos, tienen los siguientes propósitos y funciones:

MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y DE COMPETENCIAS LABORALES	
<b>I. IDENTIFICACION</b>	
Nivel Jerárquico	Asistencial
Denominación del Empleo	<b>AUXILIAR AREA SALUD</b>
Código	412
Grado	05
No. de Cargos	Dos (2)
Dependencia:	Donde se ubique el cargo
Cargo del Jefe Inmediato	Quien ejerza la supervisión directa
Naturaleza del cargo	Carrera
<b>II. PROPOSITO PRINCIPAL</b>	
Orientar, informar y referenciar a los usuarios demandarios en forma clara, precisa y veraz, basado en el Sistema General de Seguridad Social, a fin de disminuir la barrera de acceso y promover la oferta de servicios públicos.	
<b>III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES</b>	
<b>ESTADISTICA</b>	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Registrar las citas médicas, de acuerdo al requerimiento de los usuarios.</li> <li>2. Ingresar en el sistema la programación mensual de consulta médica, y sus respectivas modificaciones. Agendas Médicas</li> <li>3. Codificar los diagnósticos de consulta y egresar del sistema los pacientes que asistieron a consulta, registro individual de atención RIAS.</li> <li>4. Actualizar permanentemente los datos de los profesionales con su respectivo código y especialidad de acuerdo a la programación de consulta externa.</li> <li>5. Imprimir los listados de historias clínicas de pacientes citados para el día siguiente.</li> <li>6. Recoger al final del turno las hojas de atención de urgencias con sus soportes, egresarlas del sistema y archivarlas por orden consecutivo y fecha.</li> <li>7. Dar respuesta a las solicitudes judiciales.</li> <li>8. Elaborar el caso diario de pacientes hospitalizados, haciendo el resumen mensual y entregarlo a la oficina de Información y Garantía de la Calidad.</li> <li>9. Ordenar las historias de pacientes egresados, entregándolas según sea el caso para digitación de diferentes programas y/o para el archivo clínico.</li> <li>10. Registrar los pacientes egresados en el SIS-110 Egresos Hospitalarios, y codificar su diagnóstico e intervención quirúrgica.</li> <li>11. Notificar a la Unidad Local programa Alerta Acción, los eventos epidemiológicos ocurridos semanalmente, y mensualmente a la Secretaría Distrital de Salud.</li> <li>12. Suministrar información que ayude a la orientación de los usuarios.</li> <li>13. Elaborar los registros de reemplazo, y desarchivar las historias clínicas, organizando las respectivas carpetas por profesional con sus historias y hacer entrega a la auxiliar de consultorio.</li> <li>14. Recibir con listado las carpetas con las historias clínicas, verificando las historias entregadas.</li> </ol>	

MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES	
<b>SISTEMA DE GESTIÓN DE CALIDAD</b>	
Fecha: 14/09/2005	Código: MTH 002
Página 121 de 160.	Versión: 1
<p><i>Resolución 121 del 14 de Septiembre de 2005 por el cual se ajusta el Manual Especifico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL NEISSEN II NIVEL ESC° a lo establecido en el Decreto Ley 785 de 2005</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>15. Hacer el análisis cualitativo y cuantitativo de las historias para su archivo.</li> <li>16. Recolectar, criticar, codificar y digitar los formularios (Diario de Consulta Médica) y (egresos hospitalarios) y producir mensualmente los informes según requerimientos y entregar a la Coordinación.</li> <li>17. Hacer inducción sobre el diligenciamiento de los formularios SIS-1, reportando dichas novedades y hacer seguimiento apoyados en la Oficina de Información y Garantía de la Calidad.</li> <li>18. Digitar información referente a control de peso y talla en menores de siete años en consulta externa, en aplicaciones suministradas por la Secretaría Distrital de Salud, reportando trimestralmente el consolidado al coordinador del programa, en medio magnético.</li> <li>19. Dar cumplimiento al Manual de procesos y procedimientos del Hospital asignado a su área.</li> <li>20. Dar cumplimiento a las normas vigentes sobre la Gestión Ambiental</li> <li>21. Las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del cargo y el área del desempeño</li> </ol>	

<b>MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES</b>		Fecha: 17/03/2006
<b>DEPARTAMENTO DE TALENTO HUMANO</b>		Código: MTH 002
		Página 110 de 148
		Versión: 2

Resolución No. 034 de 7 MAR. 2006 Por el cual se adopta el Manual Especifico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO

MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y DE COMPETENCIAS LABORALES	
I. IDENTIFICACIÓN	
Nivel Jerárquico	Asistencial
Denominación del Empleo	<b>AUXILIAR ADMINISTRATIVO</b>
Código	<b>407</b>
Grado	<b>14</b>
No. De Cargos	Dos (2)
Dependencia	Donde se ubique el cargo
Cargo del Jefe Inmediato	Quien ejerza la supervisión directa
Naturaleza del cargo	Carrera Administrativa
II. PROPÓSITO PRINCIPAL	
Ejecutar las labores asignadas con los recursos humanos, físicos y técnicos a su alcance, ajustados a los estándares de calidad establecidos con responsabilidad y oportunidad, a fin de contribuir al logro de las metas propuestas por la entidad.	
III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES	
SEGÚN EL ÁREA AL CUAL SEA ASIGNADO DESEMPEÑARÁ LAS SIGUIENTES FUNCIONES:	

- ESTADÍSTICA**
- Atender al usuario externo e interno dando información clara y precisa respecto a su solicitud.
  - Realizar la búsqueda, entrega y recepción de historias clínicas para consulta, registrando en los formatos y bases de datos correspondientes los trámites realizados.
  - Buscar las historias clínicas para consulta externa generando listados, organizándolas y elaborando los formatos correspondientes.
  - Archivar las historias clínicas cumpliendo las normas dadas para su clasificación e identificación.
  - Digitar las historias clínicas marcándolas según los parámetros establecidos y colocando las firmas y sellos respectivos.
  - Digitar y abrir las historias clínicas en el sistema.
  - Revisar las Historias Clínicas del archivo de gestión, a fin de determinar cuales son para depurar de acuerdo a la normatividad establecida.
  - Realizar las novedades pertinentes de admisiones, concernientes a Historia Clínica.
  - Imprimir los listados de historias clínicas de pacientes citados para el día siguiente.
  - Elaborar los registros de reemplazo, y desarchivar las historias clínicas, organizando las respectivas carpetas por profesional con sus historias y hacer entrega a la auxiliar de consultorio.
  - Recibir con listado las carpetas con las historias clínicas, verificando las historias entregadas.
  - Verificar las atenciones de la Historia Clínica físicamente y en el sistema.
  - Dar cumplimiento a las políticas, procesos y procedimientos establecidos por el Sistema de Gestión de Calidad del Hospital.
  - Dar cumplimiento a las normas vigentes sobre la Gestión Ambiental.
  - Las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del cargo y el área del desempeño.

	<b>MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES</b>	Fecha:
		Código: MTH 002
	<b>HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEPARTAMENTO DE TALENTO HUMANO</b>	Página 133 de 179
		Versión: 5

**Resolución No. 102 de junio 25 de 2008**

"Por la cual se MODIFICA el Manual Especifico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO"

MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y DE COMPETENCIAS LABORALES	
I. IDENTIFICACIÓN	
Nivel jerárquico	Asistencial
Denominación del Empleo	<b>AUXILIAR ADMINISTRATIVO</b>
Código	<b>407</b>
Grado	<b>14</b>
No. De Cargos	Dos (2)
Dependencia	Donde se ubique el cargo
Cargo del Jefe Inmediato	Quien ejerza la supervisión directa
Naturaleza del cargo	Carrera Administrativa
II. PROPÓSITO PRINCIPAL	
Ejecutar las labores asignadas con los recursos humanos, físicos y técnicos a su alcance, ajustados a los estándares de calidad establecidos con responsabilidad y oportunidad, a fin de contribuir al logro de las metas propuestas por la entidad.	

ESTADÍSTICA
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Atender al usuario externo e interno dando información clara y precisa respecto a su solicitud.</li> <li>2. Realizar la búsqueda, entrega y recepción de historias clínicas para consulta, registrando en los formatos y bases de datos correspondientes los trámites realizados.</li> <li>3. Buscar las historias clínicas para consulta externa generando listados, organizándolas y elaborando los formatos correspondientes.</li> <li>4. Archivar las historias clínicas cumpliendo las normas dadas para su clasificación e identificación.</li> <li>5. Digitar las historias clínicas marcándolas según los parámetros establecidos y colocando las firmas y sellos respectivos.</li> <li>6. Digitar y abrir las historias clínicas en el sistema.</li> <li>7. Revisar las Historias Clínicas del archivo de gestión, a fin de determinar cuales son para depurar de acuerdo a la normatividad establecida.</li> <li>8. Realizar las novedades pertinentes de admisiones, concernientes a Historia Clínica.</li> <li>9. Imprimir los listados de historias clínicas de pacientes citados para el día siguiente.</li> <li>10. Elaborar los registros de reemplazo, y desarchivar las historias clínicas, organizando las respectivas carpetas por profesional con sus historias y hacer entrega a la auxiliar de consultorio.</li> <li>11. Recibir con listado las carpetas con las historias clínicas, verificando las historias entregadas.</li> <li>12. Verificar las atenciones de la Historia Clínica físicamente y en el sistema</li> </ol>

13. Dar cumplimiento a las políticas, procesos y procedimientos establecidos por el Sistema de Gestión de Calidad del Hospital.
14. Dar cumplimiento a las normas vigentes sobre la Gestión Ambiental
15. Las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del cargo y el área del desempeño

	<b>MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES</b>	Fecha: 06/10/2010
		Código: MTH 002
	<b>HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEPARTAMENTO DE TALENTO HUMANO</b>	Página 142 de 187
		Versión: 6

**Resolución No. 144 de Octubre 06 de 2010**

"Por la cual se MODIFICA el Manual Especifico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO"

MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y DE COMPETENCIAS LABORALES	
I. IDENTIFICACIÓN	
Nivel jerárquico	Asistencial
Denominación del Empleo	<b>AUXILIAR ADMINISTRATIVO</b>
Código	<b>407</b>
Grado	<b>14</b>
No. De Cargos	Dos (2)
Dependencia	Donde se ubique el cargo
Cargo del Jefe Inmediato	Quien ejerza la supervisión directa
Naturaleza del cargo	Carrera Administrativa
II. PROPÓSITO PRINCIPAL	
Ejecutar las labores asignadas con los recursos humanos, físicos y técnicos a su alcance, ajustados a los estándares de calidad establecidos con responsabilidad y oportunidad, a fin de contribuir al logro de las metas propuestas por la entidad.	
III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES	

ESTADÍSTICA
<ol style="list-style-type: none"><li>1. Atender al usuario externo e interno dando información clara y precisa respecto a su solicitud.</li><li>2. Realizar la búsqueda, entrega y recepción de historias clínicas para consulta, registrando en los formatos y bases de datos correspondientes los trámites realizados.</li><li>3. Buscar las historias clínicas para consulta externa generando listados, organizándolas y elaborando los formatos correspondientes.</li><li>4. Archivar las historias clínicas cumpliendo las normas dadas para su clasificación e identificación.</li><li>5. Digitar las historias clínicas marcándolas según los parámetros establecidos y colocando las firmas y sellos respectivos.</li><li>6. Digitar y abrir las historias clínicas en el sistema.</li><li>7. Revisar las Historias Clínicas del archivo de gestión, a fin de determinar cuales son para depurar de acuerdo a la normatividad establecida.</li><li>8. Realizar las novedades pertinentes de admisiones, concernientes a Historia Clínica.</li><li>9. Imprimir los listados de historias clínicas de pacientes citados para el día siguiente.</li><li>10. Elaborar los registros de reemplazo, y desarchivar las historias clínicas, organizando las respectivas carpetas por profesional con sus historias y hacer entrega a la auxiliar de consultorio.</li><li>11. Recibir con listado las carpetas con las historias clínicas, verificando las historias entregadas.</li></ol>
<ol style="list-style-type: none"><li>12. Verificar las atenciones de la Historia Clínica físicamente y en el sistema</li></ol>
<ol style="list-style-type: none"><li>13. Dar cumplimiento a las políticas, procesos y procedimientos establecidos por el Sistema de Gestión de Calidad del Hospital.</li><li>14. Dar cumplimiento a las normas vigentes sobre la Gestión Ambiental</li><li>15. Las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del cargo y el área del desempeño</li></ol>

	<b>MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y COMPETENCIAS LABORALES</b>	Fecha: 20/01/2012
		Código: MTH 002
	<b>HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEPARTAMENTO DE TALENTO HUMANO</b>	Página 143 de 189
		Versión: 7

**Resolución No. 012 de Enero 20 de 2012**

"Por la cual se MODIFICA el Manual Especifico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO"

MANUAL ESPECIFICO DE FUNCIONES Y DE COMPETENCIAS LABORALES	
I. IDENTIFICACIÓN	
Nivel jerárquico	Asistencial
Denominación del Empleo	<b>AUXILIAR ADMINISTRATIVO</b>
Código	<b>407</b>
Grado	<b>14</b>
No. De Cargos	Dos (2)
Dependencia	Donde se ubique el cargo
Cargo del Jefe Inmediato	Quien ejerza la supervisión directa
Naturaleza del cargo	Carrera Administrativa
II. PROPÓSITO PRINCIPAL	
Ejecutar las labores asignadas con los recursos humanos, físicos y técnicos a su alcance, ajustados a los estándares de calidad establecidos con responsabilidad y oportunidad, a fin de contribuir al logro de las metas propuestas por la entidad.	
III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES	

ESTADÍSTICA
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Atender al usuario externo e interno dando información clara y precisa respecto a su solicitud.</li> <li>2. Realizar la búsqueda, entrega y recepción de historias clínicas para consulta, registrando en los formatos y bases de datos correspondientes los trámites realizados.</li> <li>3. Buscar las historias clínicas para consulta externa generando listados, organizándolas y elaborando los formatos correspondientes.</li> <li>4. Archivar las historias clínicas cumpliendo las normas dadas para su clasificación e identificación.</li> <li>5. Digitar las historias clínicas marcándolas según los parámetros establecidos y colocando las firmas y sellos respectivos.</li> <li>6. Digitar y abrir las historias clínicas en el sistema.</li> <li>7. Revisar las Historias Clínicas del archivo de gestión, a fin de determinar cuales son para depurar de acuerdo a la normatividad establecida.</li> <li>8. Realizar las novedades pertinentes de admisiones, concernientes a Historia Clínica.</li> <li>9. Imprimir los listados de historias clínicas de pacientes citados para el día siguiente.</li> <li>10. Elaborar los registros de reemplazo, y desarchivar las historias clínicas, organizando las respectivas carpetas por profesional con sus historias y hacer entrega a la auxiliar de consultorio.</li> <li>11. Recibir con listado las carpetas con las historias clínicas, verificando las historias entregadas.</li> <li>12. Verificar las atenciones de la Historia Clínica físicamente y en el sistema</li> </ol>

<ol style="list-style-type: none"> <li>13. Dar cumplimiento a las políticas, procesos y procedimientos establecidos por el Sistema de Gestión de Calidad del Hospital.</li> <li>14. Dar cumplimiento a las normas vigentes sobre la Gestión Ambiental</li> <li>15. Las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del cargo y el área del desempeño</li> </ol>
---

	<b>MANUAL DE FUNCIONES REQUISITOS Y COMPETENCIAS LABORALES</b>	FECHA: 29/07/2015
		CODIGO: M-TH-002
	<b>HOSPITAL MEISSEN II NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO TALENTO HUMANO</b>	Página 95 de 113
		VERSION: 6

**Resolución N°169 de Julio 03 de 2015**

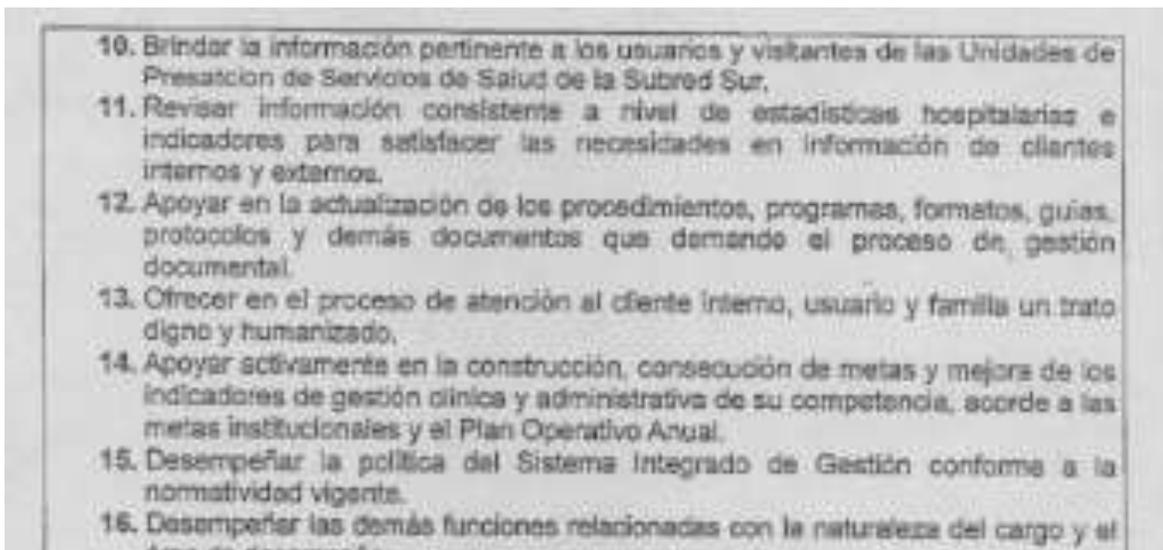
"Por el cual se ADOPTA el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de los empleos de la Planta de Personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE"

I. IDENTIFICACIÓN Y UBICACIÓN DEL EMPLEO	
Nivel	Asistencial
Denominación del empleo	AUXILIAR AREA SALUD
Código	412
Grado	05
Número De cargos	DOS (02)
Dependencia	Subdirección Científica
Cargo del jefe inmediato	Quien ejerza la supervisión directa
II. AREA FUNCIONAL	
SUBDIRECCIÓN CIENTIFICA: ESTADISTICA	
III. DESCRIPCIÓN DEL PROPOSITO PRINCIPAL.	
Ejecutar las labores asistenciales en apoyo a las actividades desarrolladas en la Subdirección de acuerdo a los procedimientos establecidos con responsabilidad y oportunidad a fin de contribuir al logro de los objetivos institucionales.	
IV. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Apoyar los trámites relativos a la apertura de historia clínica en el proceso de admisión de pacientes de acuerdo con el procedimiento establecido.</li> <li>2. Realizar la depuración del archivo de historias clínicas, de acuerdo a las normas establecidas en la materia.</li> <li>3. Apoyar la custodia de las historias clínicas de usuarios y suministrarlas, siguiendo los procedimientos establecidos con la eficacia y eficiencia requeridos.</li> <li>4. Revisar la integridad de la información registrada en los formatos establecidos para registros individuales de prestación de servicios y libro de observación y hospitalización con la eficacia requerida.</li> <li>5. Manejar con discreción la información y la correspondencia del área de trabajo.</li> <li>6. Apoya el sistema de gestión documental en la organización y archivo de documentación.</li> <li>7. Dar cumplimiento a las políticas, procesos y procedimientos establecidos por el Sistema de Gestión de Calidad del Hospital.</li> <li>8. Desempeñar las demás funciones relacionadas con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.</li> </ol>	

**ACUERDO N°. 013 DE 2017**

*"Por medio de la cual se Establece el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E"*

Aprobación de cuatro (4) años de educación básica secundaria,	Un (1) año de experiencia.
<b>II. IDENTIFICACION DEL EMPLEO.</b>	
NIVEL JERARQUICO:	Asistencial.
DENOMINACION DEL EMPLEO:	Auxiliar Área Salud.
CÓDIGO:	412
GRADO:	08
No DE CARGOS:	22
DEPENDENCIA:	Dependencia que se le asigne.
CARGO DEL SUPERIOR INMEDIATO:	Quien ejerza la supervisión directa.
<b>III. EL ÁREA FUNCIONAL.</b>	
<b>DESARROLLO INSTITUCIONAL – PARTICIPACION COMUNITARIA Y SERVICIO AL CIUDADANO</b>	
<b>III. PROPOSITO PRINCIPAL</b>	
Apoyar la identificación de los usuarios, admisión de pacientes, suministro de información y orientación, manejo de archivos de historias clínicas, diligenciamiento, consolidación control, codificación de formularios, cálculo de indicadores estadísticos a través de la implementación de estrategias y actividades para generar datos e información a nivel estadístico e indicadores de gestión con altos estándares de calidad que contribuyan al mejoramiento continuo.	
<b>IV. DESCRIPCION DE LAS FUNCIONES ESENCIALES</b>	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Codificar diariamente la información de los pacientes hospitalizados y el número de camas disponibles.</li> <li>2. Realizar el registro diario de ingresos y egresos de pacientes.</li> <li>3. Diligenciar adecuadamente el registro de pacientes y demás documentos de ingreso.</li> <li>4. Codificar las listas que tienen salida de cada servicio.</li> <li>5. Preparar diariamente las historias clínicas requeridas y remitirlas a los servicios.</li> <li>6. Realizar diariamente el archivo de las historias clínicas y garantizar su adecuada conservación.</li> <li>7. Relacionar las historias clínicas que llegan sin epícrisis y comunicarlo al Líder del área.</li> <li>8. Respetar los principios éticos en el manejo de las historias clínicas.</li> <li>9. Digitar en el sistema los registros estadísticos y demás documentación requerida.</li> </ol>	



En ese sentido, se evidencia que las labores de estadística, de gestión documental y 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 desarrollo eficiente y las necesidades de la entidad, esto es, para el correcto desarrollo de su **objeto misional**, fue necesaria la contratación de la señora CLAUDIA CASTRO PÁEZ, debido a la falta de personal del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL.

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 Área Salud, Código 412, Grados 05 y 08, y de Auxiliar Administrativo, Código 407, Grado 14**, cargos que pertenecen a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y la señora CLAUDIA CASTRO PÁEZ, 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 del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL, no se reúnen a satisfacción los demás requisitos.

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

“(..)

*En este asunto es menester precisar, que si bien es cierto, por el hecho de reconocer la existencia de la relación laboral a la demandante no se le puede otorgar la calidad de empleada pública, pues para ostentar la misma se requiere del respectivo nombramiento y posesión, tal como lo ha reiterado esta Corporación, también lo es, que al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos<sup>10</sup>, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión<sup>11</sup>.*

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

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la

*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 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:*

---

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%”.

*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.

### **5.6.3. Intereses moratorios sobre las sumas adeudadas.**

En lo relativo al pago de intereses moratorios, el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010, señaló:

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

De conformidad con la Jurisprudencia transcrita, es claro para el Despacho que no hay lugar al pago de los intereses por mora solicitados por la parte actora, teniendo en cuenta que en la presente providencia se ordenará la indexación de los valores reconocidos, lo cual constituiría un doble pago de la misma naturaleza.

#### **5.6.4. De la devolución de los valores descontados por concepto de retención en la fuente.**

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

“(...)

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

Posteriormente, la referida Corporación Judicial, Sección Segunda Subsección “B” en sentencia del 28 de febrero de 2019<sup>12</sup>, Magistrado Ponente: Doctor Alberto Espinosa Bolaños, señaló:

*“(...) En cuanto a la **devolución de retefuente** y rete ICA pretendidas por el actor, **no es del caso acceder a ello**, toda vez, que tratándose de valores pagados por concepto de retención en la fuente o rete ICA en contratos realidad, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó, que ‘... este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión’<sup>13</sup>” (Negrilla fuera del texto original).*

<sup>12</sup> Actor: Jorge Arturo Acuña García, Demandado: Ministerio de Justicia y otro

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

Bajo dicho marco jurisprudencial, se concluye que no es dable ordenar a la entidad demandada que realice el reembolso a la actora de la retención en la fuente que aduce se efectuó sobre cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos, ya que comprenden dineros que en su momento se giraron a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, lo que hace irreversible tal situación, razón por la cual no se dispondrá el reconocimiento y pago de dichos conceptos a favor de la señora CLAUDIA CASTRO PÁEZ.

#### **5.6.5. Cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar.**

Respecto de las cotizaciones a las Cajas de Compensación Familiar, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección “B”<sup>14</sup>, refirió:

“(…)

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

*“1°. Tener el carácter de permanentes.*

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

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

*4°. Tener personas a cargo, que den derecho a recibir la prestación, según lo dispuesto en el Capítulo IV de esta ley.”*

*De cuyo numeral cuarto, el artículo 27 establece que darán derecho al subsidio familiar las personas a cargo de los trabajadores beneficiarios que a continuación se enumeran:*

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

*2°. Los hermanos huérfanos de padre.*

*3°. Los padres del trabajador”.*

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

---

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

Del anterior criterio jurisprudencial, se colige que la 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 beneficiaria del subsidio familiar.

#### **5.6.6. De la indemnización por perjuicios morales.**

Solicita la demandante que se condene a la entidad demandada al pago de los perjuicios morales sufridos en cuantía de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, petición que será denegada, toda vez que no se acreditó el perjuicio que afirma le fue causado por la entidad demandada al no vincularla a través de una relación legal y reglamentaria.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda – Subsección “C”, en Sentencia del 26 de septiembre de 2018, Magistrada Ponente: Amparo Oviedo Pinto<sup>15</sup>, señaló:

“(…)

*Hemos de decir que el pago de prestaciones sociales, es un derecho laboral que debe ordenarse a título de restablecimiento del derecho como consecuencia de la nulidad del acto que negó el pago de prestaciones deprecadas por la realidad de la prestación del servicio, y procede por autorización del artículo 138 del C.P.A.C.A., **condena que difiere de la indemnización de perjuicios que deviene de un posible daño adicional que en cada caso deberá probarse.***

(…)

*Procedería la reparación del daño, siempre y cuando se pruebe adicionalmente a las causales de nulidad del acto, **el daño, la relación de causalidad entre el acto y el daño, y el título de imputación a la administración**, esto es que dicho daño tenga la misma causa o sea el acto ilegal. **La declaratoria de nulidad, no genera automáticamente la obligación de reparación de daño adicional alguno.***

(…)”.

#### **5.6.7. Dotación de Calzado y vestido de labor.**

---

<sup>15</sup> Demandante: Néstor Guillermo Montaña, demandada: Servicio Nacional de Aprendizaje SENA

Sobre el particular, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018<sup>16</sup>, 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 concreto<sup>85</sup>”.*

De conformidad con la jurisprudencia en cita, encuentra el Despacho que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la dotación, dado que los honorarios que percibió por las funciones que desarrolló, en muchas ocasiones no superan dos veces el salario mínimo legal mensual para cada vigencia, tal como se desprende de la certificación expedida por la Dirección de Contratación de la entidad demandada, obrante a folio 22 del plenario. En consecuencia, en los períodos que corresponda, la entidad demandada deberá realizar el pago del derecho que aquí se reconoce.

#### **5.6.8. Indemnización extralegal por despido injusto.**

El apoderado de la actora señala que debe pagarse una indemnización a su representada con ocasión del retiro del servicio, sin justa causa y sin que mediara comunicación escrita para el efecto, pretensión que será negada, dado que dicha indemnización solo se configura en la modalidad de contrato de trabajo, modalidad que no corresponde al caso que nos ocupa.

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección “B”, en sentencia del 26 de julio de 2018, M. P. Dr.: César Palomino Cortés, expediente No. 68001-23-31-000-2010-00799-01, actor: Pablo Emilio Torres Garrido, demandado: E.S.E Centro de Salud Santa Bárbara – Municipio de Santa Bárbara – Santander.

### **5.7. De la prescripción.**

En este acápite se estudiará el fenómeno de la prescripción propuesto por la entidad demandada, precisando que este Despacho en las controversias orientadas a la declaración de la existencia de una relación laboral, como la que ahora ocupa la atención del Despacho, había adoptado el precedente sentado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01<sup>17</sup>, según la cual “... **aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización**”, y en ese sentido, daba aplicación, a lo dispuesto por dicha Corporación, en la sentencia proferida el 18 de julio de 2018, M. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2013- 00689-01(3300-14), que dispuso que “... *la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive*”.

Ahora bien, el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en **sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021**, proferida dentro del expediente No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (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.*”**

---

<sup>17</sup> Asunto: sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro, temas: contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

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

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

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

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

*encontrado que existe la relación laboral encubierta o subyacente, se ha advertido que se presentan tales interrupciones, superiores, incluso, a un mes.*

*(...)*”.

Y más adelante, agregó:

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

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

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

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

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

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

**3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad**

*150. Como se indicó en el apartado anterior, aunque en la actualidad la Sección Segunda aplica el criterio pacífico sobre el término y el momento a partir del cual debe computarse la prescripción extintiva, la existencia de vinculaciones contractuales consecutivas hace necesario el examen de sus interrupciones, con el fin de establecer si se presentó*

o no la solución de continuidad en la relación laboral declarada. En ese sentido, la Sala considera adecuado **establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios**, sin que este, se reitera, constituya una «camisa de fuerza» para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

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

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

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

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

Ahora bien, de conformidad con la certificación expedida por la Dirección de Contratación de la entidad demandada, del 15 de agosto de 2018, en el caso que nos ocupa los contratos fueron celebrados así:

Del 05 de julio de 2006 al 31 de julio de 2006

Del 01 de agosto del 2006 al 01 de julio del 2007

Del 01 de julio del 2007<sup>18</sup> al 02 de enero del 2008  
Del 03 de enero del 2008 al 31 de marzo del 2008  
Del 01 de abril del 2008 al 30 de junio del 2008  
Del 01 de julio del 2008 al 01 de enero del 2009  
Del 02 de enero del 2009 al 31 de marzo de 2009  
Del 01 de abril de 2009 al 30 de junio de 2009  
Del 01 de julio de 2009 al 03 de enero del 2010  
del 04 de enero del 2010 al 03 de enero del 2011  
Del 04 de enero del 2011 al 31 de marzo del 2011  
Del 01 de abril del 2011 al 30 de junio de 2011  
Del 01 de julio de 2011 al 15 de diciembre de 2011  
Del 04 de enero del 2012 al 30 de abril de 2012  
Del 02 de mayo del 2012 al 30 de septiembre del 2012  
De 01 de octubre de 2012 al 31 de octubre del 2012  
Del 01 de noviembre del 2012 al 30 de noviembre del 2012  
Del 03 de diciembre del 2012 al 31 de diciembre de 2012  
Del 16 de enero del 2013 al 31 de enero de 2013  
Del 01 de febrero de 2013 al 30 de abril de 2013  
Del 01 de mayo de 2013 al **31 de mayo de 2013**  
**Del 01 de agosto del 2013** al 01 de septiembre de 2013  
Del 02 de septiembre del 2013 al 31 de octubre del 2013  
Del 01 de noviembre de 2013 al 30 de noviembre del 2013  
Del 02 de diciembre del 2013 al 01 de enero de 2014  
Del 02 de enero de 2014 al 31 de enero de 2014  
Del 01 de febrero de 2014 al 30 de abril de 2014  
Del 01 de mayo de 2014 al 31 de julio de 2014  
Del 01 de agosto de 2014 al 30 de septiembre de 2014  
Del 02 de octubre de 2014 al 11 de noviembre de 2014  
Del 01 de diciembre del 2014 al 04 de enero del 2015  
Del 05 de enero del 2015 al 31 de marzo del 2015  
Del 01 de abril de 2015 al 30 de septiembre de 2015  
Del 01 de octubre de 2015 al 03 de enero del 2016

---

<sup>18</sup> Si bien la certificación indica que la fecha de inicio fue el 02 de julio de 2008, lo cierto es que el acta de liquidación del contrato de servicios personales de carácter privado No. 1-405 de 2007 indica que su ejecución inició el 01 de julio de **2007**.

Del 04 de enero de 2016 al 31 de agosto del 2016

Del 01 de septiembre de 2016 al 31 de diciembre de 2016

Del 02 de enero de 2017 al 31 de agosto de 2017

Del 01 de septiembre del 2017 al 31 de diciembre del 2017

Del 01 de enero de 2018 al 31 de marzo de 2018

Del 01 de abril de 2018 al 31 de julio de 2018

Del 01 de agosto de 2018 al 31 de agosto de 2018

Como puede verse, entre uno y otro de los contratos de prestación de servicios, existen lapsos de interrupción en los que la demandante no prestó sus servicios por más de treinta (30) días hábiles a los que hace alusión la sentencia de unificación citada anteriormente, de modo tal, que se genera interrupción que desvirtúa la permanencia en el servicio.

Así las cosas, en consideración a que la demandante presentó reclamación administrativa mediante escrito del **03 de julio de 2018** y que entre el contrato que finalizó el 31 de mayo de 2013 y el que inició el 01 de agosto del 2013, existió una interrupción de más de treinta (30) días, los contratos celebrados con anterioridad al **31 de mayo de 2013**, se encuentran prescritos y así habrá de declararse.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en acápites anteriores de la presente providencia, las pretensiones de la demanda se encuentran encaminadas a la declaración de la existencia de una relación laboral entre el **25 de junio del 2006 y el 30 de junio de 2018**; por lo tanto, por principio de congruencia, el Despacho tendrá esta fecha para marcar el límite de la relación laboral que se reconoce.

En ese sentido, será a partir de los contratos determinados a continuación que se hará el reconocimiento salarial y prestacional reclamado, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, pues de las pruebas documentales obrantes en el plenario, se advierte que únicamente sobre

dichos periodos hubo vocación de permanencia en la labor, así:

- Del 01 de agosto del 2013 al 01 de septiembre de 2013
- Del 02 de septiembre del 2013 al 31 de octubre del 2013
- Del 01 de noviembre de 2013 al 30 de noviembre del 2013
- Del 02 de diciembre del 2013 al 01 de enero de 2014
- Del 02 de enero de 2014 al 31 de enero de 2014
- Del 01 de febrero de 2014 al 30 de abril de 2014
- Del 01 de mayo de 2014 al 31 de julio de 2014
- Del 01 de agosto de 2014 al 30 de septiembre de 2014
- Del 02 de octubre de 2014 al 11 de noviembre de 2014
- Del 01 de diciembre del 2014 al 04 de enero del 2015
- Del 05 de enero del 2015 al 31 de marzo del 2015
- Del 01 de abril de 2015 al 30 de septiembre de 2015
- Del 01 de octubre de 2015 al 03 de enero del 2016
- Del 04 de enero de 2016 al 31 de agosto del 2016
- Del 01 de septiembre de 2016 al 31 de diciembre de 2016
- Del 02 de enero de 2017 al 31 de agosto de 2017
- Del 01 de septiembre del 2017 al 31 de diciembre del 2017
- Del 01 de enero de 2018 al 31 de marzo de 2018
- Del 01 de abril de 2018 al **30 de junio de 2018**

#### **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 la contratista, el Despacho era del criterio de reconocer a título de reparación integral del daño, el pago de dichos aportes en el porcentaje correspondiente al empleador, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "B", C. P. Gerardo Arenas Monsalve, en la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, dentro del proceso No. 81001-23-33-000-2012-00020-01, al indicar: *"Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las*

*entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista”.*

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

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

*163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.*

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

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

contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

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

Y más adelante, indicó:

“236. En efecto, como se explicó en la parte considerativa de esta sentencia, los recursos del sistema de la Seguridad Social en salud son rentas parafiscales. Por ello, en virtud de esa naturaleza parafiscal, **estos aportes son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito en favor del interesado**, por lo que, independientemente, de que se hayan prestado o no los servicios sanitarios, su finalidad no se altera y permanece para garantizar la sostenibilidad del sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer». 137 Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la ley 138, no es posible ordenar su devolución así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, ya que, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal» (Negrillas del texto original).

En ese sentido, esta Juzgadora acoge el criterio interpretativo consignado en la providencia referenciada, en el sentido de que es improcedente el reembolso de los aportes a salud que 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 del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL, 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 CLAUDIA CASTRO PÁEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.876.046 de Pauna, Boyacá y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. (antes HOSPITAL MEISSEN II NIVEL).

**SEGUNDO.- DECLARAR** la nulidad del Oficio No. OJU E-1957-2018 del 16 de julio de 2018 a través del cual la doctora Gloria Emperatriz Barrero Carretero, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada negó a la actora el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que se derivaron de la existencia de una relación laboral.

**TERCERO.-** A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., **RECONOCER Y PAGAR** a la señora CLAUDIA CASTRO PÁEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.876.046 de Pauna, Boyacá, el valor de las prestaciones sociales, incluida la compensación por vacaciones no disfrutadas, y la dotación y vestido de labor (cuando corresponda), por los periodos contratados, teniendo como asignación básica para su cálculo el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes a los siguientes contratos:

- Del 01 de agosto del 2013 al 01 de septiembre de 2013
- Del 02 de septiembre del 2013 al 31 de octubre del 2013
- Del 01 de noviembre de 2013 al 30 de noviembre del 2013
- Del 02 de diciembre del 2013 al 01 de enero de 2014
- Del 02 de enero de 2014 al 31 de enero de 2014
- Del 01 de febrero de 2014 al 30 de abril de 2014
- Del 01 de mayo de 2014 al 31 de julio de 2014
- Del 01 de agosto de 2014 al 30 de septiembre de 2014
- Del 02 de octubre de 2014 al 11 de noviembre de 2014
- Del 01 de diciembre del 2014 al 04 de enero del 2015

- Del 05 de enero del 2015 al 31 de marzo del 2015
- Del 01 de abril de 2015 al 30 de septiembre de 2015
- Del 01 de octubre de 2015 al 03 de enero del 2016
- Del 04 de enero de 2016 al 31 de agosto del 2016
- Del 01 de septiembre de 2016 al 31 de diciembre de 2016
- Del 02 de enero de 2017 al 31 de agosto de 2017
- Del 01 de septiembre del 2017 al 31 de diciembre del 2017
- Del 01 de enero de 2018 al 31 de marzo de 2018
- Del 01 de abril de 2018 al 30 de junio de 2018

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

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

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

**CUARTO.- ORDENAR** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a **EFFECTUAR** las correspondientes cotizaciones al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta la totalidad del tiempo laborado por la señora CLAUDIA CASTRO PÁEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.876.046 de Pauna, Boyacá, **salvo sus interrupciones**, 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 SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR - E.S.E.

**SEXTO.-** Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

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

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

**DÉCIMO.-** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso 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 BOGOTÁ D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 003 de hoy 25 de febrero de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Secretaría

**Firmado**  
  
**Gloria  
Jaramillo**

**Por:**  
  
**Mercedes  
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:

**d71b2c12db5cdc5421f3a516683e76803b720946589a9828a858e772  
a2660006**

Documento generado en 22/02/2022 01:29:36 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., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2020**-00039-00  
**Demandante:** **CARMEN ELISA URQUIJO SÁNCHEZ**  
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR  
OCCIDENTE E.S.E.  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **CARMEN ELISA URQUIJO SÁNCHEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 30.205.236 de Barbosa (Santander), actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E., 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 29 de junio de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

**II. LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

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

**2.1. Constitucionales:** Artículos 1,2,4, 6, 13, 23, 25, 53, 122, 123, 125, 150, 189 y 209.

**2.2. Legales:** Ley 6ª de 1945, Decreto 2127 de 1945, artículos 8, 9, 10 y 11 del Decreto 3135 de 1968, Decreto 3148 de 1968, artículos 40, 46 y 61 del Decreto 2400 de 1968, Decreto 3118 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1042 de 1978, artículos 32, 33 y 45 del Decreto 1045 de 1978, artículo 25, Decreto 2400 de 1979, artículos 1, 20, 21 y 23 de la Ley 21 de 1982, Decreto 451 de 1984, artículos 5 y 6 del Decreto 1978 de 1989, artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, Ley 100 de 1993, artículo 2 de la Ley 244 de 1995, Decreto 4177 de 2004, artículo 1 de la Ley 995 de 2005, Decreto 941 de 2005, Decreto 404 de 2006, Decreto 398 de 2006, artículo 14 del Decreto 600 de 2007; Decreto 627 de 2007, Decreto 667 de 2008; Decreto 732 de 2009; Decreto 1397 de 2010, artículo 14 del Decreto 1374 de 2010, Decreto 1048 de 2011; Decreto 840 de 2012, artículo 11 del Decreto 0853 de 2012, artículos 2, 13, 186 a 192, 230 a 235, 249 a 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

Igualmente citó como violados precedentes jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.

Sobre el particular, sostuvo que los actos administrativos objeto de la presente controversia pretenden desconocer la naturaleza de la vinculación de la demandante con el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel, amparándose en la figura de prestación de servicios, la cual a todas luces es inaplicable en su caso, pues si bien el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, faculta a las entidades públicas para contratar bajo dicha modalidad, lo cierto es que esa figura aplica cuando las actividades a desarrollarse no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Afirmó que la actora al desempeñar las funciones de una Auxiliar de Enfermería en la correspondiente área, con funciones permanentes en el citado Hospital, era imperativo y necesario para éste haberla vinculado mediante un contrato de trabajo y no a través de contratos de prestación u órdenes de servicios, que genera una práctica perjudicial para los

intereses de los trabajadores, con el fin de no pagar las prestaciones sociales y demás acreencias laborales, como producto de las políticas de deslaboralización de las relaciones de trabajo.

Señaló que la contratación a través de la figura de prestación de servicios ha sido considerada por la Administración únicamente en aquellos casos donde además de la independencia del contratista, se pueda evidenciar la ausencia de subordinación, la prestación presencial y personal del servicio y el pago de salario como remuneración.

Manifestó que la actora laboró en el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E, en virtud de los contratos u órdenes de prestación de servicios que suscribió del 12 de junio de 2008 al 31 de octubre de 2014; sin embargo, sus funciones cumplen con los presupuestos de una relación laboral, por las siguientes razones:

- Las labores realizadas por la actora siempre fueron las mismas sin variación alguna.
- Los jefes inmediatos que impartían las distintas órdenes en el término del vínculo del trabajo, fueron personas naturales que gozaban generalmente de la calidad de Coordinadora de Enfermería.
- La relación de trabajo no presentó solución de continuidad.
- Existió un solo contrato de trabajo.

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.

Expresó que el numeral 29 del artículo 28 del Código Único Disciplinario

contempla como una falta gravísima celebrar contratos de prestación de servicios para el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.

Expresó que resulta evidente que en el caso de la demandante se dieron todos los elementos esenciales básicos y comunes de los trabajadores oficiales y empleados públicos que corresponden a la naturaleza y esencia de la labor, prestando sus servicios de manera personal en el centro hospitalario, desempeñando su labor hasta el día que renunció.

Señaló que la demandante percibía un salario como retribución de su servicio, el cual le era cancelado mensualmente, razón por la cual entre la entidad demandada y ésta, existió una relación de trabajo, independientemente de la forma o denominación distinta que se le haya dado.

Precisó que el cargo desempeñado por la demandante de Auxiliar de Enfermería correspondía a las funciones permanentes de la entidad demandada, por lo que debió ser vinculada directamente y no a través de contratos de prestación de servicios, bajo un actuar contrario a la Ley y de mala fe.

### **III. CONTESTACIÓN**

El apoderado de la entidad demandada, mediante escrito del **19 de octubre de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Señaló que la señora Carmen Elisa Urquijo Sánchez, sabía el tipo de relación que la ataba con la entidad, el cual no le era desconocido ya que durante el periodo contractual no presentó inconformidad o reclamo alguno que sugiriera una relación laboral; por el contrario, asumió por

cuenta y riesgo propio el pago de la seguridad social y por sus servicios profesionales le fueron reconocidos unos honorarios.

Manifestó que la carga de la prueba ya está definida en que la demandante era una contratista como lo reflejan los múltiples contratos suscritos entre las partes, sin que pueda desconocer la existencia de la legalidad de la Ley 80 de 1993, en las órdenes administrativas celebradas entre las partes.

Sostuvo que la actora no puede pregonar que en su caso existió subordinación laboral por el solo hecho de tener que cumplir turnos de trabajo y desempeñar actividades propias del cargo, dado a que esa situación deviene del objeto mismo del contrato administrativo.

Relató que entre la demandante y la demandada nunca existió relación laboral, pues si bien la señora Carmen Elisa Urquijo Sánchez prestó sus servicios a la Entidad, tal como se acredita dentro del proceso, actuó siempre con plena autonomía y conocedora de la realidad, esto es, que no estaba sometida a los elementos jurídicos de la subordinación, horario y salario.

Por otra parte, citó jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado referente al objeto de debate, determinando que se ha establecido claramente las diferencias que rigen la actividad contractual y laboral de acuerdo con los elementos propios de cada una de ellas.

De otra parte, propuso las excepciones de:

**i) Falta de configuración de los elementos esenciales del contrato realidad**, señalando que si bien los contratos suscritos con la demandante contemplaban actividades que realizaban otros profesionales, no eran exactas y no eran cumplidas en iguales condiciones pues la contratista contaba con independencia y autonomía en el desarrollo de sus actividades, precisando que no se cumplieron los presupuestos que

configuran un verdadero contrato de trabajo, ya que afirmar lo contrario sería vulnerar la igualdad de quienes si cumplían un contrato laboral estaban supeditados a un horario y a la subordinación propia de los contratos laborales, más aún cuando los contratos no fueron continuos.

**ii) Inexistencia de las obligaciones reclamadas,** argumentando que es inexistente, el derecho al reconocimiento de una relación laboral con la actora, toda vez, que no se configuran los supuestos de hecho ni de derecho, contrario sensu, el material probatorio aportado por la misma, justifica la suscripción de contratos de prestación de servicio, y la necesidad subyacente de los servicios de apoyo como auxiliar de enfermería, así como el acuerdo de voluntades, y la aceptación de las condiciones establecidas en el contrato de prestación de servicios suscrito y firmado por ella.

**iii) Inexistencia del derecho,** anotando que la actora nunca ha ocupado un cargo en la planta de personal del Hospital Occidente de Kennedy y por esta razón no tiene derecho a las prestaciones sociales y demás beneficios derivados del empleado público, pues ellos se adquieren a través de la meritocracia como un ejercicio de obligatorio cumplimiento según la prescripción de la Constitución Política.

**iv) Pago de lo no debido,** al sostener que los honorarios de la actora fueron cancelados en su totalidad, por lo que todos aquellos derechos emanados del contrato de prestaciones de servicios entre las partes, le fueron reconocidos, respetados y pagados.

**v) Mala fe de la demandante,** manifestando que en el proceso precontractual, la actora conocía que sus servicios fueron requeridos para desarrollar actividades de su profesión que están íntimamente legadas con la atención de pacientes, justamente por ser la auxiliar de enfermería, un área de salud.

**iv) Genérica,** solicitando declarar todo medio exceptivo cuyo fundamento

fáctico aparezca probado dentro del expediente.

De otra parte, propuso la excepción de **“Prescripción”** a la cual se refirió el Despacho en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 29 de junio de 2021, advirtiendo que sería en la presente sentencia donde se estudie la prescripción de cada uno de los contratos celebrados por la actora, una vez se verifique la existencia de la relación laboral.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

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

El apoderado de la parte actora, mediante escrito del **7 de diciembre de 2021**, allegado vía correo, el mismo día, se ratificó en los fundamentos que expuso en el concepto de violación del libelo demandatorio y solicitó que se acceda a las súplicas de la demanda, toda vez que de los medios probatorios obrantes en el plenario se encuentra demostrado que la actora prestó personalmente el servicio, bajo la subordinación de sus jefes inmediatos, quienes eran los mismos que impartían las órdenes a los empleados de planta de la entidad y, en consecuencia, recibió un pago mensual.

Indicó que de acuerdo a la prueba testimonial rendida por las señoras Mireya Díaz y Beatriz Maldonado, quienes fueron compañeras de trabajo de la actora, y haber desempeñado el mismo cargo “Auxiliar de enfermería”, quedó claro que si se debía cumplir con un horario de trabajo, que las órdenes y la programación de turnos les era dado por el Coordinador o Jefe de enfermería, que no tenían autonomía propia en la realización de sus funciones, y no podían delegar el mismo a quien quisieran, ya que era una labor que debían realizar de manera personal.

Afirmó que las personas que rindieron su testimonio en el presente asunto, fueron compañeras de la demandante durante más de seis (6) años, por lo que les consta de forma presencial que existió subordinación en el servicio

prestado, de lo que se colige que entre las partes existió una verdadera relación laboral, la cual estuvo disfrazada por los contratos de prestación de servicios y de arrendamiento, figura novedosa y mal intencionada para desdibujar dicha relación.

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

El apoderado de la entidad demandada, dentro de la oportunidad legal, no presentó alegatos de conclusión.

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

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

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1 DECISIÓN DE EXCEPCIONES.**

Frente a las excepciones de **falta de configuración de los elementos esenciales del contrato realidad, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia del derecho, pago de lo no debido y mala fe de la demandante** este Despacho considera que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad demandada, pero de ninguna manera impiden al Despacho resolver de fondo la controversia planteada, razón por la cual deben tenerse como alegaciones de la defensa y, por tanto, es preciso proferir fallo que resuelva la controversia.

De otro lado, se precisa que la excepción de **prescripción** será resuelta en acápite posterior de esta providencia y, en cuanto a la **genérica**, se advierte que, tal como se señaló en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 29 de junio de 2021, no se encontraron excepciones que debieran ser declaradas de oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

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

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

### **5.2.1. Documentales.**

**5.2.2.** Peticiones elevadas el 25 de octubre de 2014, 9 de enero de 2015, 13 de abril de 2016 y 24 de julio de 2017, a través de las cuales la demandante le solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de las las prestaciones salariales, legales y extralegales, por haber laborado como Auxiliar de enfermería en el Hospital de Kennedy III Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., durante el periodo comprendido entre el 12 de junio de 2008 y el 31 de octubre de 2014.

**5.2.3.** Oficios Nos. OAJ 030 del 30 de enero y 05-8010745V3 del 12 de noviembre, ambos de 2014, por medio de los cuales el Gerente del Hospital de Kennedy, negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales a favor de la demandante, al sostener que, una vez validada las bases de datos se estableció que la vinculación se realizó bajo la modalidad de orden de prestación de servicios.

**5.2.4.** Oficios Nos. 7939 del 9 de septiembre de 2016 y 644 del 28 de julio de 2017, expedidos por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., por medio de los cuales se le informa que la actora estuvo vinculada mediante contratos de orden de prestación de servicios y no se materializaron los elementos para la configuración de una relación laboral, negando las solicitudes.

**5.2.5.** Certificaciones expedidas por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., en las que consta los contratos de prestación de servicios que suscribió la demandante con la entidad, especificando la fecha de inicio y finalización.

**5.2.6.** Certificación expedida el 12 de junio de 2018, por medio de la cual el Director de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., hizo constar las fechas en que la demandante desarrolló su labor como Auxiliar de enfermería, en virtud de los contratos de servicios que suscribió con la entidad, del 12 de junio de 2008 al 31 de octubre de 2014.

**5.2.7.** Contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante con el Hospital de Kennedy III Nivel, por el periodo comprendido entre el 12 de junio de 2008 y el 31 de octubre de 2014, cuyo objeto se circunscribió a desarrollar labores de auxiliar de enfermería.

**5.2.8.** Oficio No. OAJ-C 100 del 20 de abril de 2015, por el cual la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, certificó la asignación básica mensual de la actora establecida para el cargo de auxiliar de enfermería desde el año 2008 al año 2014.

**5.2.9.** Hoja de vida de la señora Carmen Elisa Urquijo Sánchez.

**5.2.10.** Acuerdo 017 del 5 de octubre de 2005, modificado por los Acuerdos del Hospital de Kennedy 01 de 2007, 07 de 2007, 03 de 2008 y 01 de 2011 *“Por el cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel Empresa Social del Estado.”*

**5.2.11.** Copia del Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales del Hospital de Kennedy III Nivel del empleo de auxiliar del Área de la Salud Código 412 grado 17.

### **5.2.3 Testimonios e interrogatorio de parte**

**5.2.3.** Declaraciones rendidas el 23 de noviembre de 2021, por las señoras MARÍA DE JESÚS MÉNDEZ MARTÍNEZ, BEATRIZ ELENA MALDONADO y MIREYA DÍAZ RUBIO, e Interrogatorio de parte de la demandante,

realizado en la misma fecha 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 29 de junio de 2021, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora Carmen Elisa Urquijo Sánchez, tiene derecho a que se le reconozca la existencia de un relación laboral durante el tiempo que estuvo vinculado bajo la modalidad de prestación de servicios en el Hospital de Kennedy III Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. y, en consecuencia, se efectúe el pago de salarios y prestaciones sociales que se le adeudarían en virtud de dicho vínculo laboral.

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

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

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

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

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

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

*Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse*

**contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones**<sup>1</sup>. (Negrita del Despacho).

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

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

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

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

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección 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

---

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

**empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.**

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

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

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

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

*Son empleos de libre nombramiento y remoción:*

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo anterior, se colige que la planta de personal de las Empresas Sociales

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

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

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

Ahora bien, la Constitución de 1991, en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53<sup>4</sup> la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto del trabajo y determinó como principios fundamentales del derecho laboral, entre otros, la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones.

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

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

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

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

*“ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las **Empresas Sociales del Estado**, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y*

---

<sup>4</sup> 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.

autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, **sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.**

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

(...)

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

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

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

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

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

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

Ahora bien, bajo dicha preceptiva son tres las condiciones para que las entidades estatales puedan celebrar contratos de prestación de servicios: i) que se trate de desarrollar actividades relacionadas con la administración o

---

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

funcionamiento de la entidad; ii) que se trate de actividades que no pueden desarrollarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados y iii) que se celebren por el término estrictamente indispensable.

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

“(…)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.*

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

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

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

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

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

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

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

*c. Un salario como retribución del servicio.*

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

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

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

“(…)

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

***En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales<sup>6</sup>.***

*De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda<sup>7</sup> recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás*

---

<sup>6</sup> En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000- 1998-03542-01(0202-10).

<sup>7</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

*empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión” (negrita del Despacho).*

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

“(…)

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

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

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

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

Y, respecto a los estudios previos, manifestó:

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

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

Posteriormente, frente a la subordinación continuada, sostuvo:

#### **“2.3.3.2. Subordinación continuada**

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

*103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación –que aquí se consolida– ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas*

circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

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

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

106. **iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar la 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 a la actora 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, respecto a la prestación del servicio, indicó 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 CASO CONCRETO**

En el caso que nos ocupa, la señora Carmen Elisa Urquijo Sánchez reclama el reconocimiento y pago de las prestaciones salariales y sociales que aduce tiene derecho, por el tiempo en que prestó sus servicios como Auxiliar de enfermería en el Hospital de Kennedy III Nivel ahora Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

Por su parte, el Gerente del Hospital de Kennedy, mediante los oficios Nos. **OAJ 030 del 30 de enero** y **05-8010745V3 del 12 de noviembre, ambos de 2014**, negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales a favor de la demandante, al sostener que no tuvo una relación laboral, por cuanto prestó sus servicios en el centro hospitalario, en virtud de los contratos de prestación de servicios que suscribió con la entidad, rigiéndose por las disposiciones contenidas en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por lo cual, siempre actuó bajo su autonomía y no existió subordinación alguna.

A su turno, a través de los oficios **Nos. 7939 del 9 de septiembre de 2016** y **644 del 28 de julio de 2017**, expedidos por la Gerente Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., le informó a la actora que estuvo vinculada mediante contratos de orden de prestación de servicios y no se materializaron los elementos para la configuración de una relación laboral, negando las solicitudes.

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

**i) Prestación personal del servicio.**

Sobre el particular, cabe resaltar que de los contratos de prestación de servicios, obrantes en el plenario, así como las certificaciones expedidas por la entidad demandada, quedó plenamente demostrado que la actora prestó sus servicios como **Auxiliar de enfermería** en el Hospital de Kennedy III Nivel, por el periodo comprendido entre el 12 de junio de 2008 y el 31 de octubre de 2014, de la siguiente forma:

Juzgado Dieciocho (18) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, D. C.  
Expediente No. 2020-00039-00

#	Año	Contrato	Perfil	Fecha Inicial	Fecha Final	Valor	Unidad
1	2008	1744	AUXILIAR DE ENFERMERIA	12/06/2008	30/06/2008	\$589.000	KENNEDY
2	2008	2635	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/08/2008	30/09/2008	\$1.860.000	KENNEDY
3	2008	3386	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/10/2008	30/11/2008	\$1.860.000	KENNEDY
4	2008	4350	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/12/2008	31/12/2008	\$930.000	KENNEDY
5	2009	166	AUXILIAR DE ENFERMERIA	13/01/2009	28/02/2009	\$1.860.000	KENNEDY
6	2009	965	AUXILIAR DE ENFERMERIA	02/03/2009	30/04/2009	\$1.860.000	KENNEDY
7	2009	1772	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/05/2009	30/06/2009	\$1.860.000	KENNEDY
8	2009	2822	AUXILIAR DE ENFERMERIA	03/07/2009	31/08/2009	\$1.798.000	KENNEDY
9	2009	2822	AUXILIAR DE ENFERMERIA	03/08/2009	31/08/2009	\$247.968	KENNEDY
10	2009	3850	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/09/2009	31/10/2009	\$1.860.000	KENNEDY
11	2009	4738	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/12/2009	31/12/2009	\$930.000	KENNEDY
12	2010	119	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/01/2010	28/02/2010	\$2.047.000	KENNEDY
13	2010	1004	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/03/2010	30/04/2010	\$1.954.000	KENNEDY
14	2010	1992	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/05/2010	30/06/2010	\$2.100.000	KENNEDY
15	2010	2945	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/07/2010	31/08/2010	\$1.954.000	KENNEDY
16	2010	3820	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/09/2010	31/10/2010	\$1.954.000	KENNEDY
17	2010	4692	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/11/2010	31/12/2010	\$1.954.000	KENNEDY
18	2011	029	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/01/2011	28/02/2011	\$1.954.000	KENNEDY
19	2011	964	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/03/2011	30/04/2011	\$1.954.000	KENNEDY
20	2011	1797	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/05/2011	30/06/2011	\$1.954.000	KENNEDY
21	2011	2814	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/07/2011	31/08/2011	\$1.954.000	KENNEDY
22	2011	3601	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/09/2011	31/10/2011	\$1.954.000	KENNEDY
23	2011	4298	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/11/2011	30/11/2011	\$977.000	KENNEDY
24	2012	024	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/01/2012	31/01/2012	\$977.000	KENNEDY
25	2012	723	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/02/2012	29/02/2012	\$977.000	KENNEDY
26	2012	1515	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/03/2012	30/04/2012	\$1.954.000	KENNEDY
27	2012	2362	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/05/2012	30/06/2012	\$1.954.000	KENNEDY
28	2012	3173	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/07/2012	31/08/2012	\$1.954.000	KENNEDY
29	2012	4073	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/09/2012	31/10/2012	\$1.954.000	KENNEDY
30	2012	5292	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/11/2012	31/12/2012	\$1.954.000	KENNEDY
31	2012	5292	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/11/2012	31/12/2012	\$1.954.000	KENNEDY
32	2013	492	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/01/2013	31/03/2013	\$2.931.000	KENNEDY
33	2013	2087	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/05/2013	30/06/2013	\$1.954.000	KENNEDY
34	2013	3023	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/07/2013	31/08/2013	\$1.954.000	KENNEDY
35	2013	4306	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/09/2013	31/10/2013	\$1.954.000	KENNEDY
36	2013	5194	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/11/2013	31/12/2013	\$1.954.000	KENNEDY
37	2014	744	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/01/2014	30/04/2014	\$4.400.000	KENNEDY
38	2014	2532	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/05/2014	30/06/2014	\$2.200.000	KENNEDY
39	2014	3767	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/07/2014	31/07/2014	\$1.100.000	KENNEDY
40	2014	4692	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/08/2014	31/08/2014	\$1.100.000	KENNEDY
41	2014	5505	AUXILIAR DE ENFERMERIA	01/09/2014	31/10/2014	\$2.200.000	KENNEDY

En este sentido, se encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios en el Hospital de Kennedy III Nivel, a través de la celebración de sendos contratos de prestación de servicios personales suscritos desde el 12 de junio de 2008 hasta el 31 de octubre de 2014, como auxiliar de enfermería, cuyos objetos contractuales en términos generales estaban encaminados a: **i)** ejecutar las actividades según tratamiento médico y de enfermería **ii)** atender las necesidades del equipo de trabajo **iii)** aplicar los principios de técnicas de aséptica **iv)** recibir y entregar la información detallada de cada uno de los pacientes **v)** preparar al paciente, colaborar en los exámenes de diagnóstico y tratamientos especiales **vi)** asistir oportunamente al paciente en la alimentación, eliminación, deambulacion

y traslados **vii)** realizar cálculo y control de líquidos, administrados y eliminados **viii)** registrar en notas de enfermería, el estado clínico del paciente y actividades realizadas **ix)** llenar los formatos de historia clínicas y **x)** Cumplir con las actividades definidas en los contratos suscritos con el hospital.

Sobre el particular, las señoras María de Jesús Méndez Martínez, Beatriz Elena Maldonado y Luz Mireya Díaz Rubio en la declaración rendida ante este Despacho el 23 de noviembre de 2021, respecto a las funciones que desempeñaba la actora, señalaron que i) suministraba los medicamentos a los pacientes ii) atendía a los pacientes iii) asistía, tomaba los signos vitales y bañaba a los pacientes iv) actualizaba la historia clínica y v) diligenciaba los instrumentos establecidos para el cumplimiento de sus funciones.

Por su parte, la señora Carmen Elisa Urquijo Sánchez al rendir el interrogatorio en la misma fecha indicó que el objeto de los contratos era ser auxiliar de enfermería, con actividades de i) recibo y entrega de turno, ii) responder por la prestación del servicio, iii) entrega de las muestras de laboratorio, iv) aseo de la unidad y v) arreglo de cadáveres.

Así las cosas, se encuentra acreditado que la demandante desempeñaba personalmente su labor de auxiliar de enfermería, pues tal como se incorporó en las cláusulas décima tercera de los referidos contratos, se le prohibió expresamente la cesión del contrato sin contar con la autorización previa de la entidad.

## **ii) Subordinación o dependencia.**

Frente al elemento de la subordinación o dependencia, se observa que en la cláusula NOVENA de los contratos de prestación de servicios obrantes en el plenario, se estableció que la contratista realizaría su actividad con total autonomía e independencia y, en desarrollo del mismo, no se generaría vínculo laboral alguno entre las partes.

Igualmente, a través de memorial del 27 de noviembre de 2018, remitido vía correo electrónico, la doctora Mónica González Montes Directora de contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E, le comunicó a este Despacho que revisados los expedientes documentales rotulados, programación de actividades y/o agendas de trabajo del Hospital de Kennedy III Nivel, no encontró registro de transferencia de programación de actividades a nombre de la demandante para las vigencias 2008 al 2014.

Sin embargo, en las ordenes de prestación de servicios se plasmó que la demandante estaba bajo supervisión el profesional responsable del área de enfermería y en el memorial del 27 de noviembre de 2018, la doctora Mónica González Directora de contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E, señaló que la supervisión de los contratos de la demandante lo ejercieron los siguientes profesionales:

<b>No. DE CONTRATO</b>	<b>VIGENCIA</b>	<b>IDENTIFICACION</b>	<b>SUPERVISOR</b>
1744	2008	30205236	AMARIS AGUSTIN
2635	2008	30205236	AMARIS AGUSTIN
3386	2008	30205236	AMARIS AGUSTIN
4350	2008	30205236	AMARIS AGUSTIN
166	2009	30205236	AMARIS AGUSTIN
965	2009	30205236	AMARIS AGUSTIN
1772	2009	30205236	AMARIS AGUSTIN
2822	2009	30205236	AMARIS AGUSTIN
2822	2009	30205236	AMARIS AGUSTIN
3850	2009	30205236	AMARIS AGUSTIN
4738	2009	30205236	AMARIS AGUSTIN
119	2010	30205236	AMARIS AGUSTIN
1004	2010	30205236	HERRERA RIVEROS LUZ ANGELA
1992	2010	30205236	HERRERA RIVEROS LUZ ANGELA
2945	2010	30205236	HERRERA RIVEROS LUZ ANGELA
3820	2010	30205236	HERRERA RIVEROS LUZ ANGELA
4692	2010	30205236	RINCON SALCEDO ANA TULIA

29	2011	30205236	MUÑOZ GARCIA GLORIA INES
964	2011	30205236	MUÑOZ GARCIA GLORIA INES
1797	2011	30205236	MUÑOZ GARCIA GLORIA INES
2814	2011	30205236	MUÑOZ GARCIA GLORIA INES
3601	2011	30205236	MUÑOZ GARCIA GLORIA INES
4298	2011	30205236	MUÑOZ GARCIA GLORIA INES
24	2012	30205236	MUÑOZ GARCIA GLORIA INES
723	2012	30205236	MUÑOZ GARCIA GLORIA INES
1515	2012	30205236	MUÑOZ GARCIA GLORIA INES
2362	2012	30205236	MUÑOZ GARCIA GLORIA INES
3173	2012	30205236	ROJAS CARDENAS LILIANA YANETH
4073	2012	30205236	ROJAS CARDENAS LILIANA YANETH
5292	2012	30205236	ROJAS CARDENAS LILIANA YANETH
5292	2012	30205236	ROJAS CARDENAS LILIANA YANETH
492	2013	30205236	ROJAS CARDENAS LILIANA YANETH
2087	2013	30205236	ROJAS CARDENAS LILIANA YANETH
3023	2013	30205236	ROJAS CARDENAS LILIANA YANETH
4306	2013	30205236	ROJAS CARDENAS LILIANA YANETH
5194	2013	30205236	ROJAS CARDENAS LILIANA YANETH
744	2014	30205236	ROJAS CARDENAS LILIANA YANETH
2532	2014	30205236	ROJAS CARDENAS LILIANA YANETH
3767	2014	30205236	ROJAS CARDENAS LILIANA YANETH
4692	2014	30205236	ROJAS CARDENAS LILIANA YANETH
5505	2014	30205236	ROJAS CARDENAS LILIANA YANETH

Ahora bien, las señoras María de Jesús Méndez Martínez y Beatriz Elena Maldonado manifestaron que la coordinación de las actividades y turnos las señalaban los jefes de enfermería y el jefe de departamento, Agustín Amaris, Viviana Beltrán, Viviana Pardo y Edith Barbosa, quienes evaluaban el desempeño de la demandante e indicaron que el horario establecido era de lunes a viernes de 7 a.m. a 1 p.m. y sábado y domingo cada 8 días de manera rotativa de 7 a.m. a 7 p.m., exposición que coincide con lo narrado por la señora Luz Mireya Díaz Rubio, quien refirió que los turnos eran los mencionados horarios, y así también lo reiteró la señora Carmen Elisa Urquijo Sánchez, en el interrogatorio de parte que rindió, siendo enfática en señalar que los turnos que realizó fueron en la mañana y los sábados y domingo en horarios rotativos.

Así mismo, de las declaraciones recepcionadas se evidencia que las labores desempeñadas por la demandante implicaron la prestación de sus servicios de manera directa, sin independencia y con la constante

supervisión de la entidad demandada.

Así mismo, las deponentes e interrogada fueron coincidentes en señalar: i) que la demandante debía cumplir las órdenes que le impartían los jefes de enfermería y el jefe de departamento, ii) que tenía que realizar un cronograma mensual con las actividades que tenía que desarrollar en el horario que le asignaban de 7:00 am a 1:00 pm y de no cumplirse se les descontaba el día, iii) que existía personal de planta que ejercía las mismas labores que ella ejecutaba, iv) que le suministraban las guías y formatos para desarrollar las labores que le eran encomendadas vii) que para asuntarse tenía que pedir permiso a sus jefes inmediatos.

Como puede verse, las labores desempeñadas por la demandante implicaron la prestación de sus servicios de manera directa y sin independencia con la constante supervisión por parte del Hospital de Kennedy III Nivel, a cargo de los jefes de enfermería, así como, el jefe de departamento, tal como se deriva de la cláusula SÉPTIMA, de los contratos de prestación de servicios.

En ese sentido, se concluye que los servicios prestados por la actora por más de **6 años**, no se enfocaron en el desarrollo de una labor esporádica o transitoria, amén que no gozaba de autonomía e independencia para ejercer su labor y no contaba con la libertad inherente al contrato de prestación de servicios, puesto que se veía en la obligación de desarrollar su labor en el Hospital de Kennedy III Nivel y usar las herramientas del centro hospitalario, bajo los parámetros establecidos, atendiendo los turnos y horarios que le asignaban y bajo las mismas condiciones del personal de planta y medidas de supervisión.

**iii) Remuneración por el trabajo cumplido.**

Sobre el particular, advierte el Despacho que en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora Carmen Elisa Urquijo Sánchez y la entidad demandada, se acordó una remuneración como

contraprestación de la labor prestada, previo visto bueno por parte del supervisor, habiéndose cancelado los aportes por concepto de salud y pensión vigentes al respectivo mes, la cual estaba supeditada al programa anual mensualizado de caja P.A.C. de tesorería, sin que se generaran intereses moratorios.

De acuerdo con lo anterior, se encuentran acreditados los elementos esenciales de la relación laboral, como quiera que: i) la demandante ejercía directamente la prestación personal del servicio en el centro hospitalario como auxiliar de enfermería, servicio que, valga la pena anotar, **es propio de la actividad misional de la entidad contratante**, ii) recibía una remuneración por el trabajo prestado y iii) actuaba bajo subordinación y dependencia del hospital al cual prestaba sus servicios.

Ahora bien, la Gerente Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., en los oficios Nos. 7939 del 9 de septiembre de 2016 y 644 del 28 de julio de 2017, indicó que en los contratos de prestación de servicios suscritos por la actora se estableció la ausencia de la relación laboral, teniendo en cuenta la absoluta autonomía e independencia en la ejecución.

Sin embargo, en el plenario obra el Acuerdo 017 del 5 de octubre de 2005, modificado por los Acuerdos del Hospital de Kennedy 01 de 2007, 07 de 2007, 03 de 2008 y 01 de 2011 “*Por el cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel Empresa Social del Estado.*”, en el que se evidencia que existe el cargo de **AUXILIAR AREA DE LA SALUD**, el cual tiene asignado labores para la atención integral del usuario en las áreas de hospitalización y también tiene funciones auxiliares “inherentes a los programas institucionales de prevención y promoción de acuerdo con la asignación del enfermo”, las cuales valga la pena señalar fueron las desarrolladas por la actora, en virtud del objeto contractual, desempeñándose como auxiliar de enfermería, el cual tiene el siguiente propósito y funciones:

Nivel Jerárquico:	<b>ASISTENCIAL</b>
Denominación del Empleo:	<b>AUXILIAR ÁREA SALUD</b>
Código:	<b>412</b>
Grado:	<b>17</b>
No. de cargos	<b>227</b>
Dependencia	<b>DONDE SE UBIQUE EL CARGO</b>
Cargo del Jefe Inmediato:	<b>QUIEN EJERZA LA SUPERVISION</b>
Naturaleza del Cargo:	<b>CARRERA ADMINISTRATIVA</b>
<b>II. PROPÓSITO PRINCIPAL</b>	
Realizar actividades y procedimientos auxiliares relacionados con las técnicas específicas de enfermería, brindando una atención directa al paciente, teniendo en cuenta la situación clínica y las indicaciones impartidas por el médico especialista y/o la enfermera	
<b>III. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES</b>	
<b>SUBGERENCIA (PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD) - ENFERMERIA</b>	
<ul style="list-style-type: none"><li>• Realizar oportunamente el recibo y entrega de turno paciente por paciente, indicando los procedimientos realizados, la evolución del mismo, los cuidados y actividades pendientes, teniendo en cuenta los derechos del paciente y los protocolos y guías de manejo del servicio</li><li>• Brindar una adecuada, oportuna, eficiente, eficaz, cálida y amable atención al usuario y al público en general y suministrar información, documentos o elementos que sean solicitados, de conformidad con los trámites, autorizaciones y procedimientos establecidas</li><li>• Responder por la buena presentación del servicio, ambiente físico del paciente, tanto para la admisión como durante la estadía del mismo en el servicio y prepararlo física y emocionalmente cuando vaya a ser sometido a intervención quirúrgica, rayos X y otros procedimientos siguiendo las normas establecidas</li><li>• Recolectar las muestras para exámenes de laboratorio según órdenes médicas y la asignación de la enfermera y diligenciar la hoja de consumo durante la estancia de cada paciente</li><li>• Registrar oportuna y claramente en la historia clínica todos los procedimientos de enfermería aplicados a los pacientes asignados, el control de los signos vitales (c.s.v), control de líquidos administrados y eliminados, notas de enfermería, hoja neurológica, administración de medicamentos, controles especiales y otros</li><li>• Arreglar los cadáveres de los pacientes que hayan fallecido de acuerdo a las normas establecidas</li><li>• Instruir al paciente y a la familia en el proceso de rehabilitación a seguir luego del egreso hospitalario en coordinación con la enfermera jefe</li><li>• Velar por que la información de los procedimientos realizados en el servicio esté disponible oportunamente para el correspondiente proceso de facturación</li><li>• Colaborar a los alumnos e instructores del nivel universitario y vocacional que desarrollan prácticas docentes en el Hospital</li><li>• Inventariar y responder por la conservación de elementos médico-quirúrgicos y equipos de acuerdo a sistemas establecidos tales como inventarios y entrega de servicios en cada turno</li><li>• Informar oportunamente a la enfermera, acerca de los elementos y equipos que no estén prestando un adecuado servicio</li><li>• Cumplir con el horario y asignación de turnos y asistir a reuniones programadas tanto por la enfermera jefe como por el coordinador del área y/o jefe del departamento</li><li>• Guardar la debida discreción y reserva sobre los asuntos relacionados con el estado de salud y situaciones personales y familiares de los pacientes</li></ul>	

- Administrar medicamentos según delegación de acuerdo con guías y manuales institucionales
- Generar actitudes y prácticas saludables en los ambientes de trabajo
- Realizar acciones educativas sobre los aspectos básicos de salud y promoción del medio ambiente y actividades recreativas y ocupacionales con los pacientes
- Aplicar principios de bioseguridad y asepsia en la ejecución de cualquier procedimiento relacionado con la atención del paciente
- Contribuir con un adecuado ambiente de trabajo, manteniendo buenas relaciones interpersonales y fomentando el trabajo en equipo
- Realizar actividades de enfermería establecidas para los exámenes considerados especiales teniendo en cuenta normas, guías y manuales de procedimientos
- Realizar actividades de enfermería establecidas para los programas y servicios teniendo en cuenta normas guías y manuales de procedimientos de la institución
- Propiciar la implementación de la cultura de la calidad y el autocontrol y participar activamente en su desarrollo
- Informar oportunamente al médico tratante y/o enfermera los cambios significativos en el estado de salud del paciente.
- Reportar las enfermedades de notificación obligatoria
- Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la Ley y sus reglamentos
- Segregar y desactivar de forma adecuada los residuos
- Cumplir con los protocolos de bioseguridad
- Asistir a los entrenamientos y/o capacitaciones relacionadas con el tema ambiental
- Cumplir con las disposiciones legales en el tema ambiental
- Propender por el logro de la misión, visión, principios, valores y objetivos corporativos institucionales
- Diseñar, ejecutar y evaluar el plan de mejoramiento continuo de los procesos y procedimientos inherentes a su cargo
- Preparar y rendir informes de las actividades realizadas, de conformidad con la oportunidad y periodicidad requeridos
- Responder por el uso adecuado de los recursos y bienes asignados al servicio a su cargo
- Ejercer las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo

En ese sentido, se evidencia que las funciones asignadas a la demandante como Auxiliar de enfermería en el Hospital de Kennedy III Nivel, las ejerce un empleado de planta del centro hospitalario; sin embargo, como quedó sentado en las órdenes y contratos de prestación de servicios, para el correcto desarrollo de su **objeto misional** fue necesario la contratación de la señora Carmen Elisa Urquijo Sánchez debido a la falta de personal de la entidad.

En ese sentido, en el caso *sub examine* es aplicable el principio de “*la primacía de la realidad sobre formalidades*”, pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones del empleo de **Auxiliar Área de la Salud – Código 412 – 17**, cargo que pertenece a la planta global de personal de la entidad, quedando desvirtuada la naturaleza de los contratos suscritos entre el Hospital de Kennedy III Nivel, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. y la señora Carmen Elisa Urquijo Sánchez, razón por la cual, el Despacho

reconocerá la existencia de una relación laboral con derecho al pago de todos los emolumentos a los que tiene derecho la actora, entendiéndose estos, no solo como las prestaciones sociales, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, como aquellas por concepto de pensión (en la proporción correspondiente), debidamente indexados, como se señalará en la parte resolutive de la presente providencia, aclarando que para determinar el monto de las sumas a reconocer a la demandante se tendrá como asignación básica el valor de los honorarios pactados en los periodos correspondientes 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 del Hospital de Kennedy III Nivel, no se reúnen a satisfacción los demás requisitos.

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

“(…)

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

*plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos<sup>8</sup>, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas, sino además, las que se reconocen en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión<sup>9</sup>.*

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

#### **5.4. De las prestaciones sociales**

##### **5.4.1. Pago del concepto de vacaciones.**

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

“(…)

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

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esta decisión se consideró: “En consecuencia, al demostrarse los elementos propios de la relación laboral, la contratista tiene derecho a obtener el reconocimiento y pago como reparación del daño de las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta de la entidad por los periodos de tiempo y en las condiciones establecidas en la sentencia de primera instancia, la cual será confirmada por encontrarse ajustada a derecho”.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en es providencia se indicó: “Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, **la cotización al sistema de pensiones** es del 16% del ingreso laboral **la cual debe realizarse** en un **75% por el empleador** y en un 25% por el empleado; **la cotización al sistema de salud** es el 12.5% de lo netamente devengado **correspondiéndole al empleador el 8.5 %** y al empleado 4%”.

dijo:

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

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

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

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

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

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

#### **5.4.2. Cesantías, intereses y sanción moratoria por el no pago de las**

**cesantías.**

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

“(…)

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

De conformidad con el precedente jurisprudencial expuesto, no es viable el reconocimiento de cesantías ni de la sanción moratoria por el no pago de las mismas en tiempo reclamadas por 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.

**5.4.3. 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 2019<sup>10</sup>, Magistrado Ponente: Doctor Alberto Espinosa Bolaños, señaló:

“(…)

En cuanto a la **devolución de retefuente y rete ICA** pretendidas por el actor, **no es del caso acceder a ello**, toda vez, que tratándose de valores pagados por concepto de retención en la fuente o rete ICA en contratos realidad, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo precisó, que ‘... este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión’<sup>11</sup>” (Negrilla fuera del texto original).

Bajo dicho marco jurisprudencial, se concluye que no es dable ordenar a la entidad demandada que realice el reembolso a la actora 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

---

<sup>10</sup> Actor: Jorge Arturo Acuña García, Demandado: Ministerio de Justicia y otro

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 13 de junio de 2013, C.P., Dr. Luis Rafael Vergara Quintero y Sentencia de 27 de abril de 2016, rad. 68001-23-31-000-2010-00090-01(3480-14). C.P. Dr. William Hernández Gómez.

situación, lo que igualmente sucede con las sumas consignadas por concepto de riesgos profesionales, en la medida que son constituidas y otorgadas por el contratista ante una Administradora, Aseguradora o Entidad Bancaria, razón por la cual no se dispondrá el reconocimiento y pago de dichos conceptos a favor de la señora Carmen Elisa Urquijo Sánchez.

#### **5.4.4. Intereses moratorios sobre las sumas adeudadas.**

En lo relativo al pago de intereses moratorios, el H. Consejo de Estado en sentencia del 18 de febrero de 2010, señaló:

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

De conformidad con la Jurisprudencia transcrita, es claro para el Despacho que no hay lugar al pago de los intereses por mora solicitados por la parte actora, teniendo en cuenta que en la presente providencia se ordenará la indexación de los valores reconocidos, lo cual constituiría un doble pago de la misma naturaleza.

#### **5.5. De la prescripción.**

Con el objeto de estudiar la excepción de prescripción propuesta por la entidad, es menester precisar que este Despacho en las controversias orientadas a la declaración de la existencia de una relación laboral, como la que ahora ocupa el Despacho, había adoptado el precedente sentado en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, C. P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter el 25 de agosto de 2016, dentro del expediente No. 23001-

23-33-000-2013-00260-01<sup>12</sup>, según la cual “... **aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización**, y en ese sentido, daba aplicación, a lo dispuesto por dicha Corporación, en la sentencia proferida el 18 de julio de 2018, M. P. Dr. William Hernández Gómez, dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14), que dispuso que “... *la relación laboral únicamente puede reconocerse por los periodos efectivamente contratados o debidamente ejecutados, pues los tiempos reclamados que no consten o cuya prestación no pueda acreditarse fehacientemente a través de los medios probatorios con que cuenta la parte demandante, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de la respectiva condena, sin importar si la interrupción es de un día, inclusive*”.

Ahora bien, dicha Corporación Judicial- 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:

“(...)

**.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*

---

<sup>12</sup> Asunto: sentencia de unificación de jurisprudencia conforme al artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, medio de control: nulidad y restablecimiento del derecho, demandante: Gloria Luz Manco Quiroz, demandado: municipio de Medellín - Personería de Medellín y otro, temas: contrato estatal de prestación de servicios, relación laboral encubierta o subyacente, temporalidad, solución de continuidad, pago de prestaciones sociales, aportes al sistema de Seguridad Social en salud.

sobre el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro para determinar la solución de continuidad o un fundamento normativo claro que la soporte. Tanta ha sido la heterogeneidad de las decisiones, que en algunas providencias se han computado plazos que van desde «un día», «15 días hábiles»; y, unas menos, hasta más de un mes inclusive. De ahí la necesidad de unificar la jurisprudencia de la Sección en torno a un término de referencia de interrupción y a la definición del momento desde el cual debe iniciarse su cómputo, con el objetivo de identificar si se produjo o no la ruptura de la unidad contractual y, de concretarse esta, la consecuente prescripción de los derechos reclamados.

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

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

(...)

Y más adelante, agregó:

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

147. Ahora, si bien lo expuesto no deja de ser un conjunto limitado de

normas, ha tenido la virtualidad de generar un amplio debate al interior de esta corporación, debido a las variadas interpretaciones a que puede dar lugar. De hecho, a día de hoy, pueden identificarse cuatro momentos o tesis en lo que concierne a la jurisprudencia del Consejo de Estado frente al tema de la prescripción. Con todo, esta Sección unificó su criterio y, en la actualidad, cualquier asunto que involucre periodos contractuales debe analizarse siguiendo los parámetros que la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, [Expediente 0088-15, CESUJ2, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter], estableció a efectos de declarar probada la excepción de prescripción en los contratos de prestación de servicios:

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

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

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

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

### **3.2.2. Unificación del término de interrupción o solución de continuidad**

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

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

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

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

Así las cosas y dado que esta Juzgadora era de la tesis que la interrupción de un día entre uno u otro contrato conllevaba a la aplicación del fenómeno prescriptivo, varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en esta última providencia, según el cual debe tenerse en cuenta un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios.

Ahora bien, de conformidad con las certificaciones expedidas por el Subgerente Administrativo del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel del 18 de julio de 2011 y la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., del 21 de agosto de 2020, así como de los contratos aportados al plenario, los mismos fueron celebrados, así:

Del 12 al 30 de junio de 2008

Del 1 al 31 de julio de 2008

Del 1 de agosto al 30 de septiembre de 2008

Del 1 de octubre al 30 de noviembre de 2008

Del 1 al 31 de diciembre de 2008

Del 13 de enero al 28 de febrero de 2009  
Del 2 de marzo al 30 de abril de 2009  
Del 1 de mayo al 30 de junio de 2009  
Del 3 de julio al 31 de agosto de 2009  
Del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2009  
Del 1 al 30 de noviembre de 2009  
Del 1 al 31 de diciembre de 2009  
Del 1 de enero al 28 de febrero de 2010  
Del 1 de marzo al 30 de abril de 2010  
Del 1 de mayo al 30 de junio de 2010  
Del 1 de julio al 31 de agosto de 2010  
Del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2010  
Del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2010  
Del 1 de enero al 28 de febrero de 2011  
Del 1 de marzo al 30 de abril de 2011  
Del 1 de mayo al 30 de junio de 2011  
Del 1 de julio al 31 de agosto de 2011  
Del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2011  
Del 1 al 30 de noviembre de 2011  
Del 1 al 31 de diciembre de 2011  
Del 1 al 31 de enero de 2012  
Del 1 al 29 de febrero de 2012  
Del 1 de marzo al 30 de abril de 2012  
Del 1 de mayo al 30 de junio de 2012  
Del 1 de julio al 31 de agosto de 2012  
Del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2012  
Del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2012  
Del 1 de enero al 31 de marzo de 2013  
Del 1 al 30 de abril de 2013  
Del 1 de mayo al 30 de junio de 2013  
Del 1 de julio al 31 de agosto de 2013  
Del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2013  
Del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2013  
Del 1 de enero al 30 de abril de 2014  
Del 1 de mayo al 30 de junio de 2014  
Del 1 al 31 de julio 2014  
Del 1 al 31 de agosto de 2014  
Del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2014

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 la demandante prestó sus servicios de forma continua e ininterrumpida desde el **12 de junio de 2008 hasta el 31 de octubre de 2014.**

Así las cosas, en consideración a que la demandante presentó reclamación

administrativa mediante escrito del **9 de enero de 2015** y que en los contratos celebrados hubo vocación de permanencia en la labor, se concluye que no se configuró fenómeno prescriptivo alguno.

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

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

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

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

163. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

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

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

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

Y más adelante, indicó:

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

*actor ejercer».137 Puesto que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado a hacerlo por la 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 varía dicha posición y acoge el criterio interpretativo consignado en la providencia referenciada, en el sentido de que es improcedente el reembolso de los aportes a salud que el contratista hubiese realizado de más, por tratarse de contribuciones de pago obligatorio, con una destinación específica y con carácter parafiscal.

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

#### **5.7.De los aportes no efectuados por la contratante al Sistema General de Pensiones.**

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

*“(…)*

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

*Por último, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó*

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

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

## **6.COSTAS**

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

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.- DECLARAR** la existencia de la relación laboral entre la señora **CARMEN ELISA URQUIJO SÁNCHEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 30.205.236 de Barbosa (Santander) y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. (antes HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY III NIVEL).

**SEGUNDO.- DECLARAR** la nulidad de los Oficios Nos OAJ-030 del 30 de enero de 2014, O5-8010745V3 del 12 de noviembre de 2014, 7939 del 9 de septiembre de 2016, y 644 del 28 de julio de 2017, a través de los cuales la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., negó a la actora el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que se

derivaron de la existencia de una relación laboral.

**TERCERO.-** A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E., **RECONOCER Y PAGAR** a la señora CARMEN ELISA URQUIJO SÁNCHEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 30.205.236 de Barbosa (Santander), 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 **12 de junio de 2008 y el 31 de octubre de 2014.**

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

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

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

**CUARTO.- ORDENAR** a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. a **EFFECTUAR** las correspondientes cotizaciones al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta la totalidad del tiempo laborado por la señora CARMEN ELISA URQUIJO SÁNCHEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 30.205.236 de Barbosa (Santander), tomado el ingreso base de cotización o IBC pensional de éste, dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes. De existir diferencias entre los aportes dados y los que se debieron realizar, **COTIZAR** la suma faltante solo en el porcentaje

que le correspondía como empleador.

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

**QUINTO.-** Sin costas a cargo de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE - E.S.E.

**SEXTO.-** Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

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

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

**DÉCIMO.-** Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución de los valores consignados para gastos del proceso 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: **05bc85a3251abcffb77da04ef569f3a47a5669742565653ef2452eb1a790a1**

Documento generado en 21/02/2022 06:40:42 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., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2020-00232-00**  
**Demandante: ROSALBA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**  
Demandada: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN  
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE  
LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP  
Asunto: SENTENCIA

---

La señora **ROSALBA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.683.218, 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 DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA**

**1.1. PRETENSIONES**

Las pretensiones en que se sustenta la demanda fueron precisadas en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 14 de septiembre de 2021, al momento de fijar el litigio y a ellas se remite el Despacho.

**1.2. HECHOS**

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

**1.2.1.** Mediante la Resolución No. 002968 del 4 de abril de 1995, la extinta Caja Nacional de Previsión Social, le reconoció la pensión vitalicia

de jubilación a la docente Lelis María Vargas González (q. e. p. d.), efectiva a partir del 6 de febrero de 1994.

**1.2.2.** A través de la Resolución No. 2944 del 30 de noviembre de 2007, la liquidada Caja Nacional de Previsión Social reliquidó la prestación reconocida a la docente Lelis María Vargas González (q. e. p. d.), en virtud del fallo judicial proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**1.2.3.** Las señoras Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) y Rosalba Hernández Rodríguez desde el 18 de diciembre de 2000, iniciaron una relación marital permanente y singular.

**1.2.4.** La señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) falleció 17 de enero de 2015.

**1.2.5.** Por medio de escrito del 18 de septiembre de 2017, la demandante le solicitó a la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.), en calidad de compañera permanente.

**1.2.6.** Mediante la Resolución RDP 047589 del 21 de diciembre de 2017, la UGPP negó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes deprecada por la actora.

**1.2.7.** A través de escrito del 17 de enero de 2018, la demandante interpuso recurso de reposición y/o apelación contra la decisión anterior, cuyo sustento se circunscribía a que la entidad no estableció con claridad las razones por las cuales concluyó que no existió la unión marital de hecho entre las señoras Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) y Rosalba Hernández Rodríguez.

**1.2.8.** Por medio de las Resoluciones Nos. 005125 del 12 de febrero de 2018 y RDP 009935 del 20 de marzo de la misma anualidad, la UGPP resolvió los recursos de reposición y apelación – *respectivamente*, confirmando en su integridad la Resolución RDP 047589 del 21 de diciembre de 2017.

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

La parte actora estima desconocidos los artículos 13, 16, 29, 42, 48, 83 y 84 de la Constitución Política y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, estructurando el concepto de violación de la siguiente manera:

Sostuvo que los actos administrativos demandados adolecen de nulidad, toda vez que de las declaraciones rendidas por la demandante y por las señoras Regina Vargas González y Amalfi Isabel Guzmán Ramos ante los Notarios Setenta y Tres (73), Cuarenta (40) y Sesenta y Seis (66) del Circuito de Bogotá - *respectivamente*, se encuentra acreditado que entre las señoras Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) y Rosalba Hernández Rodríguez existió una unión marital de hecho, por lo tanto, la actora es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Manifestó que una vez se conformó el expediente administrativo, la UGPP le informó a la demandante vía telefónica, que le realizarían una visita domiciliaria y una vez se acordó la fecha, la persona designada para el efecto se presentó en la vivienda y procedió a entrevistarla, junto a cinco (5) personas más, entre las que se encontraba el administrador y el jefe de seguridad de la unidad residencial.

Adujo que, a través de la Resolución No. 047589 del 21 de diciembre de 2017, la entidad demandada negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante, soportada en el informe realizado por el entrevistador el cual, -afirma- desconoce, ya que se hace relación de forma somera en el acto administrativo, aspecto que fue reiterado en las resoluciones que resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos contra dicha decisión.

Afirmó que debido a que la UGPP no expuso las razones jurídicas por las cuales negaba el reconocimiento prestacional, la parte actora no contó con la posibilidad de sustentar de forma adecuada los recursos que interpuso, situación que trasgrede el derecho al debido proceso que la asiste a la actora, como consecuencia de la falta de motivación del acto administrativo.

Precisó que en el caso bajo estudio, se debe acudir al precedente jurisprudencial proferido por la H. Corte Constitucional, donde se estudia el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en parejas del mismo sexo, las cuales se ocupó de citar.

### **III. CONTESTACIÓN.**

La apoderada de la entidad demandada, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **22 de octubre de 2020**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expuso los siguientes argumentos de defensa:

Señaló que según la normatividad y la jurisprudencia que transcribió, la demandante no cumple los requisitos de convivencia exigidos para ser beneficiaria de la prestación que reclama, toda vez que en la entrevista que le fue realizada por la entidad, esta mencionó lo siguiente:

- a) Que la causante era su cuñada, situación que pone en duda la relación sentimental que pretender demostrar.
- b) Que la pensional de quien deviene el derecho reclamado vivió con su hijo en la casa de los suegros, por lo que se debe establecer si existen otros beneficiarios que puedan tener derecho a la pensión reclamada. Por lo tanto, se observa que la convivencia no era como consecuencia de una relación sentimental, pues da a entender que no existía ningún lazo afectivo que diera lugar a una unión marital de hecho.
- c) Que actualmente no residen en el mismo apartamento donde vivía con la causante, situación que deja una inquietud, frente a la razón por la cual no siguió viviendo en dicho lugar.
- d) Que la convivencia inicio para el año 1997, pero según consta en la declaración que rindió la fecha de inicio data del año 2000.

Refirió que existe una diferencia de edad aproximadamente de 11 años entre la causante y la actora, surgiendo la duda de la razón por la cual no había reclamado la pensión con anterioridad, ya que el deceso de la pensional se produjo en el año 2015.

Indicó que no existió dependencia económica, ya que la demandante en la entrevista rendida ante la entidad menciona que se desempeñaba como abogada en el campo administrativo y a la fecha tiene la edad para acceder a una pensión de vejez; además, en el expediente administrativo no obra prueba que indique que existieran afiliación al sistema de seguridad social en calidad de beneficiaria de la pensión fallecida.

Afirma que no se puede pasar por alto la contradicción en la que incurrió la hermana de la demandante, quien menciona que la relación que existió perduró por más de 15 años, situación que no es cierta, en atención a las fechas mencionadas en la entrevista rendida ante la entidad y los hechos mencionados en la demanda.

De otra parte, propuso las excepciones de:

**i) Inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido:** Indicó que no es procedente acceder a lo deprecado por la demandante en el presente medio de control.

**ii) Buena fe:** Aludió a que la entidad demandada actuó conforme a las disposiciones legales y a los criterios jurisprudenciales emanados por la H. Corte Suprema de Justicia.

**iii) Prescripción:** Solicitó que sin que implique el reconocimiento al derecho pretendido a favor de la demandante, se declaren prescritas las sumas que no fueron reclamadas oportunamente.

**iv) Improcedencia de costas procesales:** Señaló que la entidad demandada actuó conforme a la ley, procediendo a suspender el pago de la pensión por existir un conflicto que debe ser dirimido por la justicia ordinaria.

De otro lado, mediante escrito radicado, a través de correo electrónico el **18 de agosto de 2021**, el apoderado de la demandante recorrió el traslado de las excepciones propuestas por la entidad demandada, oponiéndose a su prosperidad.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

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

El apoderado de la parte demandante, a través de memorial allegado vía correo electrónico el **13 de diciembre de 2021**, señaló que al tenor de lo preceptuado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la compañera permanente supérstite, que pretenda la obtención de la pensión de sobreviviente, si es mayor de treinta (30) años de edad, únicamente debe acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte, no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte.

Sostuvo que en la audiencia llevada a cabo el 4 de noviembre de 2021 los testigos fueron claros en señalar que entre las señoras Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) y Rosalba Hernández Rodríguez existió un trato sentimental, como pareja y dieron a conocer que la convivencia se desarrolló de forma estable, que tenían trato cariñoso y que hubo acompañamiento permanente, efecto para el cual, transcribió apartes de las declaraciones de los deponentes.

Manifestó que de las pruebas recaudadas en el proceso se evidencia que la demandante y la pensional de quien deviene el derecho reclamado fueron compañeras permanentes por espacio superior a cinco (5) años y que esta relación culminó por el fallecimiento de la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.), quienes durante su vida en común de pareja y cohabitación, se expresaron de forma amorosa y se apoyaban económicamente.

Indicó que los testigos fueron coherentes en sus exposiciones y dieron cuenta de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos narrados y la forma como llegaron a dicho conocimiento.

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

La apoderada de la parte demandada, mediante escrito aportado vía correo electrónico el **1 de diciembre de 2021**, solicitó que no se acceda a las súplicas de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en la

contestación de la demanda, al sostener que durante el trámite administrativo la UGPP realizó una entrevista a la demandante quien al referirse a la causante señaló que era su cuñada, situación que pone en entredicho la relación amorosa en la que se fundamenta la demanda.

Afirmó que lo declarado por la demandante en la entrevista, denota que la convivencia no era como consecuencia de una relación sentimental, pues al nombrar que convivió con sus suegros, hijo y causante, da a entender que no existía ningún lazo afectivo que diera lugar a una unión marital de hecho

Precisó que de las pruebas testimoniales y documentales no se puede concluir que la demandante haya convivido como pareja con la causante durante los últimos 5 años a su fallecimiento.

Refirió que el señor Wilroman Vargas Hernández, hijo de la demandante, mencionó que nunca sospechó que entre su madre y la causante existiera un vínculo más allá del que podría unir a unas cuñadas y que no veía de manera romántica una relación, por lo que se concluye que, si bien convivían juntas, lo cierto es que no lo hacían como una pareja.

Indicó que la señora Regina Vargas González, hermana de la causante, convivía con las dos mujeres y no conocía las fechas reales en las que la supuesta relación de pareja se forjó, pues según su relato ella se ausentaba mucho por su trabajo, pero cuando regresaba con la demandante y la causante, no notaba nada diferente a una relación de unión y cordialidad.

#### **4.3. El Ministerio Público:**

Se advierte que la señora Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES.**

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

Respecto a las excepciones de **inexistencia de las obligaciones**

**demandadas y cobro de lo no debido y buena fe**, el 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 cuanto a la excepción de **prescripción**, se precisa que será resuelta en el evento de accederse a las súplicas de la demanda y frente a la **improcedencia de condena en costas**, cabe advertir que, tal como se mencionó en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 14 de septiembre de 2021, no constituye un medio exceptivo, sino un aspecto inherente al ejercicio de la acción.

**5.2. HECHOS PROBADOS Y ACERVO PROBATORIO.** Dentro del plenario obra la siguiente documentación relevante:

**5.2.1. Documentales.**

**5.2.1.1.** Declaración rendida el 15 de febrero de 1944, por el señor Parmenio Vargas en la que se hace constar que la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) nació el **6 de febrero de 1944**.

**5.2.1.2.** Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.), en la que se incorporó que nació el **6 de febrero de 1944**.

**5.2.1.3.** Registro Civil No. 38404224, en el cual se evidencia que la señora Rosalba Hernández Rodríguez nació el **18 de noviembre de 1956**.

**5.2.1.4.** Registro Civil No. 3047780, a través del cual se advierte que el señor Wilroman Vargas Hernández nació el 3 de septiembre de 1977.

**5.2.1.5.** Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Rosalba Hernández Rodríguez.

**5.2.1.6. Resolución No. 002968 del 4 de abril de 1995**, por medio de la cual la extinta Caja Nacional de Previsión Social le reconoció y ordenó pagar a la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) la pensión

mensual vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 6 de febrero de 1994.

**5.2.1.7. Resolución No. 002944 del 30 de noviembre de 2007**, a través de la cual la liquidada Caja Nacional de Previsión Social reliquidó la pensión de jubilación de la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.).

**5.2.1.8.** Registro Civil de Defunción No. 08804291, en el cual se señala que la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) falleció el **17 de enero de 2015**.

**5.2.1.9.** Declaración juramentada rendida el 13 de junio de 2016, por la señora Rosalba Hernández Rodríguez ante el Notario Setenta y Tres (73) del Circuito de Bogotá, en la cual manifestó que *“conviví en unión libre, de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa desde **18 de diciembre de 2000**, con el(la) señor(a) LELIS MARIA VARGAS GONZÁLEZ (q.e.p.d.), quien en vida se identifico con cédula de ciudadanía No. 21.053.314, el(la) cual falleció el día 17 de enero de 2015 y convivimos juntas hasta la fecha de su fallecimiento. De igual manera manifiesto que los gastos del hogar eran asumidos por las dos”* – negrita ajena al texto-

**5.2.1.10.** Declaración juramentada con fines extraprocesales rendida el 15 de junio de 2016, por medio de la cual la señora Regina Vargas González le manifestó al Notario Cuarenta (40) del Circuito de Bogotá que *“Soy hermana de LELIS MARÍA VARGAS GONZÁLEZ (Q.E.P.D) y por lo tanto la conocí de toda la vida. Igualmente conozco a ROSALBA HERNÁNDEZ RODRIGUEZ... desde hace más de treinta (30) años. 2. Que me consta que ... convivían desde hace más de quince (15) años como pareja compartiendo techo y mesa. 3. Declaro que tanto mi familia como la de ROSALBA y las amistades supimos que ellas dos eran pareja, respetando esa relación. 4. Declaro que durante este tiempo ellas cuidaron una de la otra y que durante la enfermedad de mi hermana ... hasta el día de su fallecimiento, ROSALBA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, estuvo pendiente y cuidando de su salud. 5. LELIS MARÍA VARGAS GONZÁLEZ (Q.E.P.D) falleció el 17 de enero de 2.015, y que hasta ese día se comportaron como una pareja”*.

**5.2.1.11.** Acta de Declaración Extraproceso No. 3204 rendida el 17 de junio de 2016, por la señora Amalfi Guzmán Ramos ante el Notario Sesenta y Seis, en la que señaló que conoció por más de 15 años a la

demandante y a la causante, de modo que, le consta que iniciaron una relación sentimental aproximadamente hacia el año **2000** y declaró que tanto su familia como amigos conocían de su relación, la cual respetaban *“asistían juntas a todas las reuniones, almuerzos y fiestas... hasta comienzos del año 2.003”*. igualmente, refirió que *“en los quince (15) años de convivencia ininterrumpida de las señoras... yo les arreglaba el apartamento y colaboraba con las labores domésticas en el apartamento de ellas. Declaro que la señora LELIS MARÍA murió el 17 de enero de 2.015, y que hasta el día de su fallecimiento siempre se comportó como una verdadera pareja de ROSALBA, quien la atendió aún más durante su enfermedad y hasta el último día las vi como compañeras permanentes”*.

**5.2.1.12.** Certificación expedida el 25 de julio de 2017, por medio de la cual la Directora de Personal de Instituciones Educativas de la Gobernación de Cundinamarca hace constar que la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) prestó sus servicios en el Departamento.

**5.2.1.13.** Formulario único de solicitudes prestacionales de 18 de septiembre de 2017, a través del cual la demandante le solicitó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso de la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.).

**5.2.1.14.** Informe Investigativo No. 17715/2017 del 18 de septiembre de 2017, efectuado por el señor José Ignacio Mantilla Pulido Técnico Investigador de la sociedad Cyza Outsourcing S. A., respecto de la solicitud de pensión de sobrevivientes deprecada por la demandante con ocasión del deceso de la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.).

**5.2.1.15.** Resolución No. RDP 047589 del 21 de diciembre de 2017, por medio de la cual la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deprecada por la demandante, con fundamento en el Informe de Seguridad No. 17715 de 2017, en el cual se señaló que *“Una vez revisados los documentos obrantes en el expediente y con base en las pruebas recabadas y analizadas en el presente informe, se puede concluir que los hechos aducidos por la*

*solicitante NO corresponden a la realidad y por lo tanto se cierra el caso INCONFORME”.*

**5.2.1.16.**Escrito radicado el 17 de enero de 2018, a través del cual la demandante interpuso recurso de reposición y/o apelación contra el acto administrativo señalado anteriormente.

**5.2.1.17.**Resolución No. RDP 005125 del 12 de febrero de 2018, mediante la cual la UGPP resolvió el recurso de reposición promovido por la actora, confirmando el acto administrativo objeto de censura, al sostener que no se encuentra acreditado que entre la demandante y la causante hubiese existido una convivencia durante los últimos cinco (5) años al deceso de la pensional, tal como se desprende del Informe de Seguridad, que se citó.

**5.2.1.18.**Resolución No. RDP 009935 del 20 de marzo de 2018, por medio del cual la entidad demandada resolvió desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. RDP 047589 del 21 de diciembre de 2017, al sostener que del Informe de Seguridad se evidenció que entre la demandante y la pensional de quien deviene el derecho reclamado no existió convivencia constante e ininterrumpida, dentro de los últimos cinco (5) anteriores al fallecimiento de la causante, por lo tanto, no se cumple lo preceptuado en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

**5.2.1.19.**Acta de Matrimonio expedida el **2 de julio de 2019**, por la Vicaria Episcopal Territorial de Cristo Sacerdote, Parroquia de la Porciúncula, en la que se incorporó que el día **18 de diciembre de 1976**, se presenció el matrimonio contraído entre los señores Wilfrido Vargas González y Rosalba Hernández Rodríguez.

**5.2.1.20.**Expediente administrativo de la pensional de quien deviene el derecho reclamado en la presente controversia, contentivo de: a) certificación de factores salariales; b) actos administrativos por medio de los cuales se negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada por la actora y se resolvieron los recursos de reposición y apelación.

## **5.2.2. Testimoniales e interrogatorio de parte.**

**5.2.2.1.** Testimonios rendidos el 4 de noviembre de 2021, por los señores Leonilde Delgado Romero, Regina Vargas González, Amalfi Isabel Guzmán Ramos y Wilroman Vargas Hernández, a través de la plataforma Microsoft Teams e interrogatorio de parte de la demandante 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 14 de septiembre de 2021, el problema que ocupa la atención del Despacho consiste en determinar si la señora Rosalba Hernández Rodríguez tiene o no derecho a que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, como consecuencia del fallecimiento de la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.), en calidad de compañera permanente.

#### **5.3.1. Naturaleza y finalidad de la pensión de sobrevivientes.**

Tanto en sede contenciosa como en tutela, se ha definido la naturaleza y finalidad de la sustitución pensional y la **pensión de sobrevivientes** *“como dos modalidades del derecho a la pensión que es una expresión del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, y como una prestación que se genera en favor de aquellas personas que dependían económicamente de otra que fallece, con el fin de impedir que deban soportar las cargas materiales y espirituales causadas por esta pérdida.”*<sup>1</sup>

En este sentido, los principios de justicia retributiva y de equidad, son los que justifican que las personas **que hacían parte del núcleo familiar del trabajador**, tengan derecho a acceder a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y de orfandad, gozando *post*

---

<sup>1</sup> Ver entre otras: Sentencia T-190 de 1993; T-553 de 1994; C-389 de 1996; C-002 de 1999; T-049 de 2002; C-1094 de 2003; T-326 de 2007; C-336 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

mortem del estatus laboral de este<sup>2</sup>.

A partir de estas consideraciones, en torno a la sustitución pensional y **pensión de sobrevivientes**, la Corte Constitucional ha identificado en sus pronunciamientos tres principios cardinales que la fundamentan, así:<sup>3</sup>

*“(i) **principio de estabilidad económica y social** para los allegados del causante, de acuerdo con el cual “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”; (ii) **principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados**, en cuanto la prestación en comento se otorga en favor de ciertas personas que sostuvieron una relación afectiva, personal y de apoyo con el asegurado y; (iii) **principio de universalidad del servicio público de seguridad social**, “toda vez que con la pensión de sobrevivientes se amplía la órbita de protección a favor de quienes probablemente estarán en incapacidad de mantener las condiciones de vida que llevaban antes del fallecimiento del causante.” (Negrillas fuera del texto original)*

### **5.3.2. De los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes compilada en el sistema de seguridad social integral.**

A partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, se consagró diferentes prestaciones económicas, con el objeto proteger las contingencias de los afiliados a dicho sistema, como la viudez, la invalidez, la vejez y la muerte, entre los que se encuentran, los derechos pensionales.

Respecto a la pensión de sobrevivientes, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, señaló que los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca, tienen derecho a su disfrute y frente a los requisitos que se deben reunir para ser beneficiario de la prestación, la mencionada disposición legal, modificada por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, indicó:

**“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

---

<sup>2</sup> Ver: Sentencias T-190 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>3</sup> Sentencia T-110 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

1. **Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,**

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

(...)” (negrita y subrayado ajenos al texto).

Por su parte, el artículo 47 *ejusdem*, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, estableció quienes podrían ser los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

**“Artículo 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

**a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;**

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le

*corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;*

(...)” (negrita del Despacho).

Ahora bien, mediante la Sentencia C-1094 del 19 de noviembre de 2003, proferida por la Honorable Corte Constitucional, dentro del expediente D-4659, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11, **12, 13**, 18 y 19 de la Ley 797 de 2003, en la cual se determinó, entre otros aspectos, lo siguiente:

“(…)

*Los literales a) y b) del artículo 13 en referencia consagran las condiciones para que el cónyuge o compañero o compañera permanente superviviente sea beneficiario de la pensión de sobrevivientes. De ellas, los accionantes impugnan tres aspectos en particular: i) el requisito de convivencia con el fallecido por no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte; ii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración a la edad del cónyuge o compañero superviviente; y iii) el reconocimiento en forma vitalicia o en forma temporal del derecho a la pensión de sobrevivientes, en consideración al hecho de haber tenido hijos o no con el causante.*

*Como se indicó, el legislador, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, dispone de una amplia libertad de configuración frente a la pensión de sobrevivientes. Además, según lo tiene establecido esta Corporación, el señalamiento de exigencias de índole personal o temporal para que el cónyuge o compañero permanente del causante tengan acceso a la pensión de sobrevivientes "constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar"<sup>14</sup>.*

*En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. **En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.***

*Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). **Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social**<sup>15</sup>.*

Con base en lo expuesto, al evaluar específicamente los cargos de inconstitucionalidad endilgados contra los literales a) y b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Corte encuentra lo siguiente:

*El señalamiento de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y la determinación de sus calidades es una materia inherente al régimen de seguridad social, en el marco trazado por el artículo 48 de la Constitución Política.*

*El hecho de establecer algunos requisitos de carácter cronológico o temporal para que el cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite sea beneficiario de la pensión, no significa que el legislador haya desconocido o modificado la legislación civil sobre derechos y deberes de los cónyuges emitida en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, pues la seguridad social representa un área autónoma frente al ordenamiento civil (CP, arts. 42 y 48).*

*El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, al referirse a su campo de aplicación, ilustra acerca de la naturaleza propia del régimen de la seguridad social en general y de la pensión de sobrevivientes en particular<sup>16</sup>.*

*Además, la Corte encuentra razonable la distinción que, en ejercicio de su amplia libertad de configuración, el legislador ha hecho del cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite en razón de la edad o de la procreación de hijos con el causante. Tanto es que los menores de 30 años, sin hijos con el causante, no se ven desprotegidos por el sistema general de pensiones. Lo que se les exige es que dada su juventud y ante la no procreación de hijos con el causante, que genere obligaciones a más largo plazo, asuma una actitud acorde con el principio de solidaridad de la seguridad social y se afilie al sistema. La ley le garantiza una pensión de sobrevivientes hasta por 20 años, que esta Corporación estima suficiente y razonable para efectuar las cotizaciones respectivas y obtener el reconocimiento de su pensión.*

*De tal manera que esa disposición no vulnera el derecho a la igualdad por cuanto los menores de 30 años, sin hijos con el causante, no están en el mismo plano frente a las personas mayores de esa edad o con hijos procreados con el pensionado fallecido. Menos aún se vulnera el principio de unidad de materia por cuanto la legislación emitida en aspectos de seguridad social corresponde a los mandatos incorporados en el artículo 48 de la Constitución y no en el artículo 42, como lo estiman los actores. Tampoco se vulnera el derecho a la seguridad social pues sus mandatos se ajustan a los preceptos contemplados en el artículo 48 de la Carta Política, que reconoce una amplia libertad de configuración en estas materias. Por ello, desde la óptica propuesta por los accionantes, los literales a) y b) no vulneran, en lo demandado, los artículos superiores invocados en su demanda” (negrita fuera del texto original)*

Posteriormente, dicha Corporación Judicial en el fallo C-336 del 16 de abril de 2008, emitido dentro del expediente D- 6947, M. P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández, estudió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º (parcial) de la ley 54 de 1990; **47 (parcial)**, 74 (parcial) y 163

(parcial) **de la ley 100 de 1993** y frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a miembros de parejas del mismo sexo, precisó:

“(...)

7.1. Los textos demandados hacen parte de los artículos 47, 74 de la ley 100 de 1993, sobre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Según los accionantes, la aplicación de los mismos significa discriminar a las parejas integradas con personas del mismo sexo, pues éstas no pueden acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes conforman parejas heterosexuales.

7.2. En el presente caso, la aplicación de las expresiones demandadas ha permitido dar a las parejas homosexuales un tratamiento distinto al que se otorga a las parejas heterosexuales en cuanto éstas son beneficiaria de la pensión de sobrevivientes y aquellas no, trato distinto que resulta discriminatorio respecto de las parejas homosexuales, las cuales, aún cuando no están excluidas de manera expresa de los beneficios de la pensión de sobrevivientes, sí resultan de hecho exceptuadas del sistema de seguridad social, pues la falta de claridad del legislador ha conducido a implementar una situación contraria a los valores del Estado social de derecho, a los principios de reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana, y a las normas que desde la Constitución amparan el libre desarrollo de la personalidad y su extensión: la libertad de opción sexual.

7.3. Trato discriminatorio para las parejas homosexuales que conlleva a que se encuentren en un déficit de protección en cuanto al beneficio de la pensión de sobrevivientes. Por tanto, con el fin de remover la citada situación, contraria a la Constitución, **la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales, por cuanto no existe un fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de opción sexual, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género.**

**7.4. Cabe recordar, que a la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales.**

(...)

7.8. En conclusión, como lo ha considerado esta corporación[46], desde la perspectiva de la protección de los derechos constitucionales, la ausencia de una posibilidad real de que un individuo homosexual pueda acceder a la pensión de sobreviviente de su pareja fallecida que tenía el mismo sexo, configura un déficit de protección del sistema de seguridad social en pensiones que afecta sus derechos fundamentales por razón de la discriminación que dicha exclusión opera respecto de la condición sexual del mismo, exteriorizada en su voluntad de formar pareja.

*En efecto, si se reconoce jurídicamente a las parejas del mismo sexo, por ahora, y en este caso, la Corte deriva de tal condición solo la consecuencia jurídica del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes”.*

De la normatividad y jurisprudencia en cita, se desprende que tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el cónyuge, compañero o **compañera permanente** supérstite sin importar su género que, i) a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años de edad o en caso de ser menor que haya procreado hijos; ii) **que acredite la convivencia marital no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte**; iii) en caso de que el (la) beneficiario (a) sea menor de 30 años de edad y no hayan procreado hijos, tendrá derecho a una pensión temporal máximo por 20 años y iv) en el evento de que el *de cujus* tuviese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el (la) fallecido (a).

#### **5.4. CASO CONCRETO.**

De las pruebas documentales obrantes en el plenario, se encuentra demostrado que mediante la **Resolución No. 002968 del 4 de abril de 1995**, la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció y ordenó pagar a la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) la pensión mensual vitalicia de jubilación, efectiva a partir del 6 de febrero de 1994, prestación que se reajustó, a través de la **Resolución No. 002944 del 30 de noviembre de 2007**, pensional que falleció el **17 de enero de 2015**, según consta en el registro civil de defunción No. 08804291.

Igualmente, está acreditado que por medio de la **Resolución No. RDP 047589 del 21 de diciembre de 2017**, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes deprecada por la señora Rosalba Hernández Rodríguez, con ocasión del deceso de la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.), con fundamento en el Informe de Seguridad No. 17715 de 2017, en el cual se señaló que no se acreditaba la condición de compañera permanente de la mencionada señora, toda vez que “.....Una vez revisados los documentos obrantes en el

*expediente y con base en las pruebas recabadas y analizadas en el presente informe, se puede concluir que los hechos aducidos por la solicitante NO corresponden a la realidad y por lo tanto se cierra el caso INCONFORME”.*

En virtud de lo anterior, el 17 de enero de 2018 la demandante interpuso recurso de reposición y/o apelación contra el acto administrativo señalado anteriormente, lo que conllevó a la expedición de la Resolución No. **RDP 005125 del 12 de febrero de 2018**, mediante la cual la UGPP confirmó el acto administrativo objeto de censura, al sostener que no se encuentra acreditado que entre la señora Rosalba Hernández Rodríguez y la causante hubiese existido una convivencia durante los últimos cinco (5) años al deceso de la pensional, tal como se desprende del Informe de Seguridad, que se citó.

Posteriormente, a través de la Resolución **No. RDP 009935 del 20 de marzo de 2018**, la entidad demandada dirimió desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. RDP 047589 del 21 de diciembre de 2017, al sostener que del Informe de Seguridad se evidenció que entre la demandante y la pensional de quien deviene el derecho reclamado no existió convivencia constante e ininterrumpida, dentro de los últimos cinco (5) anteriores al fallecimiento de la causante, por lo tanto, no se cumple lo preceptuado en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

En ese sentido, el Despacho entrará a determinar si la señora Rosalba Hernández Rodríguez cumple con el requisito de **convivencia marital**, a efectos de ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en condición de compañera permanente de la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.), pensional de quien deviene el derecho reclamado.

#### **5.4.1. Del requisito de convivencia marital de hecho no menor a cinco (5) años continuos con anterioridad a la muerte del causante.**

El artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, citado líneas atrás, indicó que, tratándose de la compañera permanente como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes,

esta debe acreditar la vida marital y/o convivencia efectiva no menos de cinco (5) años continuos al momento del fallecimiento del o la causante, la cual no se limita a compartir un mismo techo, pues involucra el apoyo, solidaridad y ayuda mutua.

Sobre el particular, el Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección "A", C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, mediante sentencia del 7 de marzo de 2013, dentro del proceso No. 2008-00732, señaló

"(...)

*El criterio de esta Corporación se ha centrado en afirmar que el derecho a la sustitución pensional solo se puede reconocer a quien demuestre la convivencia bajo un mismo techo y el apoyo y socorro mutuo de carácter exclusivo con su pareja; así se sostuvo en la sentencia cuyo aparte se transcribe:*

*"(...) "Es por ello que solo pueden alegar su condición de beneficiario de la sustitución pensional, quienes comprueben una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona en la que la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que bajo un mismo techo se consolide un hogar y se busque la singularidad, producto de la exclusividad que se espera y se genera de la pretensión voluntaria de crear una familia".*

Así las cosas, para que sea procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, debe encontrarse acreditada la convivencia efectiva no menor a cinco (5) años al momento de la muerte del o la titular de la pensión, la cual debe ser continua y estable, orientada en el auxilio mutuo y la solidaridad, puesto que, precisamente lo que pretendió el legislador es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y, en ese sentido, la persona que alega ser compañera permanente del o la causante le corresponde probar dichos supuestos, pues de lo contrario no se puede establecer la existencia de un núcleo familiar.

Ahora bien, para demostrar el cumplimiento del requisito de convivencia exigido en la Ley y determinar si la señora Rosalba Hernández Rodríguez es o no beneficiaria de la pensión de sobrevivientes que en vida disfrutaba la señora Lelis María Vargas González (q.e.p.d), el Despacho llevó a cabo audiencia de interrogatorio de parte y recepcionó los testimonios de los señores Leonilde Delgado Romero, Regina Vargas González, Amalfi Isabel Guzmán Ramos y Wilroman Vargas Hernández, diligencia realizada el 4 de

noviembre de 2021.

Así mismo, reposa el Informe Investigativo No. 17715/2017 del 18 de septiembre de 2017, realizado por el señor José Ignacio Mantilla Pulido Técnico Investigador de la sociedad Cyza Outsourcing S. A., relativo al estudio de seguridad originado con ocasión de la solicitud de pensión de sobrevivientes deprecada por la demandante ante la UGPP, en el cual se concluyó que **“... los hechos aducidos por la solicitante NO corresponden a la realidad y por tanto se cierra el caso INCONFORME”**, reporte en el que se analizaron: i) las entrevistas efectuadas a la actora y a los señores Leonilde Delgado Romero, Regina Vargas González, Amalfi Isabel Guzmán Ramos y Wilroman Vargas Hernández y ii) las consultas a las bases de datos del Fosyga; del Ministerio de la Protección Social; del Sistema General de Información de la Protección Social - SISPRO, a través de la aplicación RUAF del Ministerio de Salud y de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

También se encuentran en el expediente las declaraciones juramentadas rendidas por la demandante y las señoras Regina Vargas González y Amalfi Guzmán Ramos, los días 13, 15 y 17 de junio, todas de 2016, ante los Notarios Setenta y Tres (73), Cuarenta (40) y Sesenta y Seis (66) del Círculo de Bogotá, mediante las cuales se alude a la convivencia de la pensional fallecida con la aquí demandante, en calidad de compañeras permanentes.

En ese sentido, el Despacho abordará el estudio del caso, analizando en su conjunto tanto las pruebas documentales aportadas, como las testimoniales e interrogatorio recepcionados en el curso del proceso, confrontando las mismas con las entrevistas que fueran realizadas tanto a la demandante como a los familiares y amigos de la pensional y que dieron lugar al Informe Investigativo No. 17715/2017 del 18 de septiembre de 2017, a efectos de llegar a la solución jurídicamente correcta.

Para empezar, es importante destacar que en el interrogatorio de parte realizado por el Despacho el 4 de noviembre de 2021, la demandante manifestó que se relacionó con la causante, dado que desde que tenía 14 años de edad, conoció a su hermano, con quien se casó en el año 1976, hecho que consta en el Acta de Matrimonio obrante en el expediente,

expedida por la Vicaria Episcopal Territorial de Cristo Sacerdote, Parroquia de la Porciúncula, en la que se incorporó que el día **18 de diciembre de 1976**, se presenció el matrimonio contraído entre los señores Rosalba Hernández Rodríguez y Wilfrido Vargas González (q. e. p. d.).

Igualmente, en la audiencia de testimonios llevada a cabo el 4 de noviembre de 2021, la señora Regina Vargas González, afirmó que era hermana de los señores Wilfrido Vargas González (q. e. p. d.) y Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) -pensional de quien deviene el derecho reclamado-, razón por la cual conocía a la demandante, por cuanto **era su cuñada** y sostuvo que *“...El matrimonio fue muy corto, porque mi hermano falleció en un accidente, duraron un año casados...”*. Así también lo declaró en la entrevista que se le realizó el 28 de noviembre de 2017, ante el señor José Ignacio Mantilla Pulido Técnico Investigador de la sociedad Cyza Outsourcing S. A., donde señaló que *“...un hermano mío y Rosalba resultaron de novios, se casaron y el matrimonio duró un año, porque mi hermano falleció y quedó un niño de tres meses. Desde el momento de casarse ellos decidieron vivir con nosotros”*.

Ahora bien, en la entrevista realizada a la demandante el 28 de noviembre de 2017, esta manifestó que *“...En el año 1976 yo me casé con Wilfrido Vargas, mi esposo y al año de casado falleció en un accidente de tránsito, yo estaba muy joven y quedé con un bebé de 3 meses y continué viviendo en casa de mis suegros. Yo empecé a trabajar en el Ministerio de Obras y **mis cuñadas Regina y Lelis María**, son docentes, ella Regina trabajaba en Chocontá y Lelis María viajaba a diario. En la casa quedamos Lelis y yo. Tuve una relación con otro señor y me fue muy mal. La verdad estábamos Lelis María, mi hijo y yo. Primero en el Barrio La Granja y después a Normandía y después a Salitre y lo último a la **Colina en el Bloque 11. Apartamento 203**, donde estábamos desde el año 2003, por 14 años y en este apartamento 2 meses”* -negrita del Despacho-.

Igualmente, en la entrevista efectuada a la señora Regina Vargas González, por el Técnico Investigador de la sociedad Cyza Outsourcing S. A., se resalta su afirmación en el sentido que *“.....Nosotras nos pensionamos y **seguimos viviendo las tres**, estábamos en ciudad Salitre y después con lo de la pensión, **entre las tres compramos el Apartamento en Colina***

**Campestre**, la relación entre mi hermana Lelis María y Rosalba, empezó porque ellas se entendían muy bien, mejor que conmigo y Rosalba tuvo experiencias amorosas muy fuertes que la marcaron. Yo me fui de Bogotá y ellas dos quedaron y no quedaban solas, estaban juntas y cuando regresé encontré que las dos habían decidido tener una relación como pareja...” y en la audiencia de testimonio que rindió ante el Despacho, esgrimió que la demandante “...no se volvió a casar, decidió vivir con nosotras Lelis y yo, **vivíamos las tres, pero yo trabajaba en Chocontá, viajaba cada 8 días y ellas se quedaron viviendo las dos**” y más adelante manifestó que cuando llegaba de Chocontá “...encontraba que ellas estaban apegadas una a la otra, se colaboraban muchísimo, se entendían muy bien...”.

Por su parte, la señora Amalfi Isabel Guzmán Ramos en la declaración suscitada el 4 de noviembre de 2021, quien prestó sus servicios en labores de aseo en la vivienda de la demandante, le indicó al Despacho que esta y las señoras Regina y Lelis (q. e. p. d.) vivían en la misma casa junto con el hijo de la demandante, esto es, el señor Wilroman Vargas Hernández - parentesco que se encuentra acreditado, según el Registro Civil No. 3047780, incorporado al plenario-, quien a su vez, en la entrevista que rindió ante el Técnico Investigador de la sociedad Cyza Outsourcing S. A. el 28 de noviembre de 2017, afirmó que “...Toda mi infancia, de hecho toda mi vida desde que me casé, antes viví con ellas, yo me crié con ellas, con mi mamá Rosalba, mi mamá Lelis y mi tía Regina. El apoyo lo recibí de estas tres personas, en especial de mi mamá y de mi mamá Lelis” y en la audiencia de testimonios que se llevó ante este Juzgado, afirmó que “...Cuando era más pequeño estaba la tía Regina, de vez, en cuando, asistía los fines de semana y cuando era muy pequeño estaba mi abuelo, pero después él falleció, quienes siempre permanecían en casa eran mis mamas y yo” ...y, luego, el deponente manifestó que contrajo nupcias en el año 2002, razón por la cual “yo viví casi un año con ellas estando casado y luego tuve mi casa aparte”.

Como puede verse, con ocasión del matrimonio contraído entre el señor Wilfrido Vargas González (q. e. p. d.) y la demandante, esta compartió domicilio con su hijo en casa de sus suegros y sus cuñadas, las señoras Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) y Regina Vargas González, evento

que continuó con posterioridad al fallecimiento de quien fungía como su esposo y hasta el fallecimiento de la pensional.

Igualmente, se aprecia que el señor Wilroman Vargas Hernández convivió con su madre y tías hasta antes de casarse, momento en que –afirma– cambió de residencia, la cual, según lo expuesto en la audiencia de testimonios corresponde a la **“Calle 137 A No. 58 – 35 interior 11, apartamento 203”** y coincide con la señalada en la entrevista del 28 de noviembre de 2017.

Ahora bien, en el interrogatorio de parte que rindió ante este Despacho la señora Rosalba Hernández Rodríguez, señaló que desde el año 2000, inició la relación sentimental con la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) al sostener que *“el 18 de diciembre del año 2000, se tuvo la primera relación, se compartió ya no solamente techo, sino lecho”*, afirmación que coincide con lo declarado el 13 de junio de 2016, ante el Notario Setenta y Tres (63) del Círculo de Bogotá, toda vez que allí precisó que *“conviví en unión libre, de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa desde 18 de diciembre de 2000; sin embargo, tal versión difiere de lo manifestado el 28 de noviembre de 2017, ante el señor José Ignacio Mantilla Pulido Técnico Investigador de la sociedad Cyza Outsourcing S. A., por cuanto, indicó que “por el afecto a Lelis fue muy grande hasta terminar como pareja. Nuestra relación empezó en 1997”* -negrita ajena al texto-.

Por su parte, la señora Regina Vargas González en la declaración que expuso ante este Estrado Judicial, fue contundente en sostener que *“...aproximadamente duraron como 15 años, ellas dos, compartiendo, viviendo las dos, mi hermana enfermó y Rosalba se dedicó totalmente a ver por ella, cuidarla y llevarlas a las citas médicas”*; no obstante, ante la pregunta que se le hiciera relativa a que informara a partir de cuando tiempo después del fallecimiento del señor Wilfrido Vargas González (q. e. p. d.), se dio la relación de pareja entre las señoras Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) y Rosalba Hernández Rodríguez, contestó que *“...Yo creo que más o menos a los 10, 5, 10 años”, relación que no se interrumpió siempre estuvieron las dos*” y, posteriormente, aludió que **“Yo creo que en el 2002, ya ellas estaba juntas”**.

Como puede observarse, la deponente es imprecisa respecto del momento, en que, se aduce inició la relación entre la demandante y la pensional de quien deviene el derecho reclamado, pese al contacto permanente que mantenía con éstas, amén que, -según su dicho-, la pareja le habría contado sobre la iniciación de la relación sentimental, aspectos que resultan relevantes y que debían conducir a una mayor certeza acerca del momento en que inició la relación que se pretende acreditar.

A su vez, la señora Amalfi Isabel Guzmán Ramos, le manifestó a este Despacho que tuvo conocimiento de la relación sentimental de las señoras Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) y Rosalba Hernández Rodríguez, toda vez que *“Inicialmente yo sospechaba, ellas dormían en la misma habitación, ellas estaban como muy apegadas, después, yo tenía mucha confianza con la señora Lelis y ella conmigo... y ella me contó que tenía una relación sentimental con la señora Rosalba”*. Igualmente, reiteró que *“Se dio cuenta cuando inició a trabajar que eran muy apegadas y como en el año 2001, la señora Lelis le comentó de la relación”*; empero, ante la pregunta orientada a la forma como identificaba si la relación que existía entre la demandante y la causante era de pareja o de familiaridad, afirmó que *“...Yo me había dado cuenta que había algo, pero no estaba segura, pero fue la señora Lelis misma por la confianza que me tenía, porque desde que lleque a trabar con ellas fueron muy especiales conmigo, que acogieron como un miembro más de la familia y fue en ese momento cuando la señora Lelis misma me cuenta que sí, que tenían una relación **y la señora Rosalba también”***.

Nótese que, la deponente tenía duda frente a la existencia de la relación sentimental que podría existir entre la demandante y la pensional, inquietud que absolvió, en virtud de lo comunicado tanto por la señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) y Rosalba Hernández Rodríguez; sin embargo, dicho aspecto no coincide con lo afirmado por la demandante, en el interrogatorio de parte, pues fue clara en sostener que *“**yo nunca le conté**, después me enteré que Lelis le había contado, eso fue como para el año 2001 o 2002”*.

A su turno, la señora Leonilde Delgado Romero, en la audiencia de

testimonios que rindió ante esta Juzgadora, quien conoció a la actora y a la causante, dado que era manicurista y, por lo tanto, les prestaba su servicio, resaltó que inició una relación de amistad con estas, lo que conllevó a que conociera a su familia, de modo que, la señora Rosalba Hernández Rodríguez *“vivía con Lelis, ella era su pareja, lo sabía porque a todo lado salían las dos, muy discretas, muy respetuosas”*.

Así mismo, el señor Wilroman Vargas Hernández declaró a este Despacho que entre la demandante y la causante existía *“...una relación de pareja, toda mi vida estuvieron juntas, me criaron juntas... la relación de pareja fue evidente cuando fui mayor de edad... cuando tenía como 18 o 25 años”*, luego, afirmó que *“..Pues siempre vivimos juntos, me criaron las dos, siempre tuve el apoyo... siempre tuve dos mamás”* y frente a la forma como tuvo conocimiento de dicho aspecto, relató que *“ya de relación de pareja y lo que implica una relación de pareja, más grande cuando entendí el tema”*, aspecto que denota una vez más la contradicción entre la exposición de los hechos frente a la convivencia real y afectiva que pudo originarse entre las señoras Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) y Rosalba Hernández Rodríguez, por cuanto, la demandante en el interrogatorio de parte aludió que *“cuando inició su relación de pareja su hijo tenía como **entre 18 y 22 años...**”, aclarando que cuando su hijo era niño o adolescente no tenía una unión marital de hecho “tenía una unión muy cercana pero no de pareja”*.

De las declaraciones e interrogatorio en cita, concluye el Despacho que no existe certeza de la fecha en que, se afirma, inició la unión marital de hecho entre la demandante y la pensional de quien deviene el derecho reclamado, aspecto que se reprocha con mayor relevancia a la señora Rosalba Hernández Rodríguez, puesto que en la entrevista que rindió al señor José Ignacio Mantilla Pulido Técnico Investigador de la sociedad Cyza Outsourcing S. A. enfatizó que dicha unión nació en el **año 1997** y ante el Notario Setenta y Tres (73) del Círculo de Bogotá y este Despacho, declaró que dicho evento se originó el **18 de diciembre de 2000**, resaltando que, debido a que en los años 1996 y 1997, que murieron sus padres y el esposo de la actora, el dolor las unió más y *“desde ese momento sintieron algo diferente y para el año 2000, cada una decidió que sí, que se querían como pareja”*, circunstancia que, indudablemente condujo a la conclusión de

inconformidad planteada en el Informe Investigativo No. 17715/2017 del 18 de septiembre de 2017 y que para esta Juzgadora, objetivamente deja en entredicho el surgimiento de una relación sentimental y la cohabitación singular, pues quien atribuye ser titular de la misma, no conoce ni precisa la fecha en que tuvo lugar.

De otra parte, resalta el Despacho que tampoco existe coincidencia frente a la forma como era vista su relación en un entorno exterior pues por un lado la demandante aduce que *“no se presentaron como pareja ante la sociedad, **pero era evidente**”* y al mismo tiempo señala que no dieron a conocer su unión por *“el rechazo social, la tradición religiosa y por la época le daba temor que las aislaran, criticaran y por eso la relación la mantuvieron entre ellas”*, aspecto que coincide con lo señalado por la señora Regina Vargas González, quien en la audiencia de testimonios sostuvo que solo en el núcleo familiar tuvo conocimiento de su relación, pues no se presentaron como pareja ante la sociedad; Sin embargo, su dicho se contrapone a lo que manifestó ante el Notario Cuarenta (40) del Círculo de Bogotá, por cuanto, allí declaró que *“tanto mi familia como la de ROSALBA y **las amistades supimos que ellas dos eran pareja, respetando esa relación**”* -negrilla propia del Despacho.

Tal contradicción igualmente se advierte de la declaración extraproceso rendida el 17 de junio de 2016, por la señora Amalfi Guzmán Ramos al Notario Sesenta y Seis (66) del Círculo de Bogotá, por cuanto allí expuso **que tanto su familia como amigos conocían de su relación**, la cual respetaban; no obstante, ante esta Juzgadora afirmó que la familia sabía de su relación, pero ante la sociedad **“no sé si se presentaban como pareja”**.

Ahora bien, la citada declarante refirió que *“asistían juntas a todas las reuniones, almuerzos y fiestas... hasta comienzos del año 2.003”* y que *“LELIS MARÍA murió el 17 de enero de 2.015, y que hasta el día de su fallecimiento siempre se comportó como una verdadera pareja de ROSALBA, quien la atendió aún más durante su enfermedad y hasta el último día las vi como compañeras permanentes”* y en la audiencia de testimonio adujo que la demandante se preocupaba mucho por la causante, la llevaba siempre al médico y estaba pendiente de sus medicinas. En el año 2014,

cuando empezó a deteriorarse su salud, la acompañaba a las “quimios”, siempre estuvo en su proceso de enfermedad.

Por su parte, la señoras Leonilde Delgado Romero, frente a la pregunta que se le hiciera, en torno a la razón por la cual le constaba la relación que existía entre la demandante y la pensional, señaló que **“Las veía amorosas, se cogían de la mano, siempre estaban en el mercado, siempre las veía juntas, ellas eran muy discretas, como pareja si eran muy queridas ellas dos”** y más adelante cuando se le solicitó que expusiera las razones por las que consideraba dicha relación no era de amistad, reiteró que **“Se tomaban de la mano, su abrazó, ya lo demás no lo sé, en su intimidad no lo sé, eran muy cariñosas”**.

Sobre el particular, advierte el Despacho que dicha declaración contrasta con lo manifestado por la actora cuando afirmó que **“...en su relación de pareja eran muy discretas por temor al rechazo social, la tradición religiosa y por la época le daba temor que las aislaran, criticaran y por eso la relación la mantuvieron entre ellas..”**, razón por la cual, para esta juzgadora la declaración de la testigo según la cual se cogían de la mano, se abrazaban y eran cariñosas, resulta completamente inverosímil.

Ahora bien, la señora Amalfi Isabel Guzmán Ramos insinúa en su testimonio que la pensional y la demandante dormían en la misma habitación; suceso que se podría concluir que conoce debido a que prestaba el servicio de aseo en el lugar donde residían; sin embargo, tal declaración no acredita fehacientemente la relación de pareja derivada del supuesto hecho de dormir en la misma habitación, pues, de un lado, la demandante en el interrogatorio de parte afirma que inicialmente la testigo prestaba sus servicios de aseo diariamente, pero desde el año 1996 **“iba como dos días a la semana”**, de forma que, no residía o laboraba de manera permanente en la residencia que habitaba la pensional fallecida y la actora, para derivar de allí la conclusión a la que arriba, además, su juicio deviene de suposiciones o sospechas, tal como lo consignó en su testimonio.

De otro lado, el material fotográfico incorporado al plenario y que hace parte del Informe Investigativo No. 17715/2017 del 18 de septiembre de

2017, efectuado por el señor José Ignacio Mantilla Pulido, nada dice de la relación de pareja, pues muestra a la demandante compartiendo algunos eventos con la pensional fallecida, en los que era natural y lógico que estuviera juntas, pues residían en el mismo apartamento y tenían una relación familiar y de confianza **dada su condición de cuñadas.**

Así las cosas, si bien las testigos son coincidentes en señalar que la hoy demandante y la pensional fallecida compartían y vivían en una misma vivienda, siempre se les veía juntas y asistían a reuniones y fiestas, y aquella brindó cuidados y apoyo a la pensional durante su enfermedad, lo cierto es que para esta juzgadora tales circunstancias no tienen la entidad y fuerza suficiente para acreditar la relación de pareja, menos aún dado el vínculo de familiaridad existente entre la pensional y la demandante. Esto no significa que entre cuñadas no pueda presentarse una relación amorosa, marital o de pareja. Lo que sucede es que en el presente caso, los testimonios recepcionados y el interrogatorio de parte, no lograron llevar a esta juzgadora a la convicción necesaria y suficiente para concluir la existencia de la misma.

En efecto, lo que observa el Despacho, es un fuerte lazo de familiaridad entre la pensional y la actora, que llevó a esta última a quedarse viviendo en casa de sus suegros y cuñadas al fallecimiento de su esposo, con su pequeño hijo de tan solo tres meses de nacido, hogar donde seguramente encontró la suficiente acogida y amor para continuar con su vida después de tan lamentablemente pérdida, recibiendo de sus cuñadas, -entre ellas, la pensional- el apoyo y ayuda suficiente para salir adelante con su vida, al punto que entre las tres (Lelis, Regina y Rosalba) adquirieron un apartamento en el barrio Colina Campestre, lugar de habitación que las tres compartían hasta el momento del fallecimiento de la pensional.

En ese sentido, encuentra el Despacho que si bien entre la pensional fallecida y la demandante se estableció una relación de aprecio, cariño y consideración, estos sentimientos no surgieron bajo el marco de la existencia de una relación marital o de pareja basada en un sentimiento amoroso entre ellas, sino que emergió del devenir propio de la relación familiar que se estableció por casi 38 años, **como cuñadas.**

Ahora bien pretendió el señor, Wilroman Vargas, -hijo de la demandante- confundir al Despacho manifestando que la pensional fallecida –Lelis- era también su mamá y que desde chiquito sintió que tenía dos mamás, porque siempre convivió con las dos en la misma casa de habitación. Sin embargo, quedó claro que la señora señora Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) era hermana del señor Wilfrido Vargas González –esposo de la demandante- y, por lo tanto, **tía del señor Wilroman Vargas.**

Sobre el particular, baste mencionar el profundo lazo de amor, solidaridad y apoyo, -sumado al vínculo de consaguinidad- que en la mayoría de los casos se presenta entre los tíos y sobrinos, el cual aparece más fuerte y profundo en el caso del mencionado deponente, quien convivió con sus tías –entre ellas la pensional- desde los 3 meses de edad, lo que significa que evidentemente ambas lo debieron querer y criar como un hijo; pero ese sentimiento maternal hacia él no surgió porque la pensional fuera la pareja de su madre, como lo afirma el mencionado testigo, sino por su condición de **SOBRINO**, por lo demás huérfano de padre, condición que debió despertar en sus tías, -entre ellas la pensional-, mayor grado de amor y entrega hacia él.

En ese sentido, es importante resaltar que en la entrevista que realizó el 28 de noviembre de 2017, ante el Técnico Investigador de la sociedad Cyza Outsourcing S. A., el señor Wilroman Vargas manifestó: *“Yo me casé en 2002, yo ya había estudiado dos carreras y me salí cuando tenía 22 años, ellas dos me dieron todo y **las dos carreras me las dio Lelis**”* -negrita ajena al texto-, lo que demuestra el gran apoyo que recibió de la pensional, no por ser la pareja sentimental de su madre- se repite- sino por ser la TIA con la que vivió y creció al lado de su señora madre.

Llama la atención del Despacho que el testigo se refiera a la pensional –Lelis- como su mamá (siendo su TIA) y no lo haga así respecto de Regina quien también era su Tía, con quien también convivió en la misma casa de habitación hasta antes de casarse, hecho que para el Despacho demuestra el deseo de acreditar a toda costa la relación de pareja existente entre su madre y su TÍA Lelis, cuando la misma en realidad no se dio.

Así mismo, destaca el Despacho las declaraciones de las señoras AMALFI

ISABEL GUZMÁN RAMOS y LEONILDE DELGADO ROMERO, empleada doméstica y manicurista, respectivamente, quienes afirman con contundencia que les constaba la relación de pareja existente entre la hoy demandante y la pensional fallecida, siendo que, tal como se consignó en el Informe Investigativo No. 17715/2017 del 18 de septiembre de 2017, la demandante señaló que **“...las personas que se entrevistaron de su familia y de la familia de la señora Lelis María Vargas Gonzáles (causante) son las personas que conocieron de su relación y que nos exigía respetásemos su privacidad...”**. Y Así también lo corroboró el hijo de la demandante señor Wilroman Vargas, como consta en el referido informe en el que indicó que **“... fuera de nuestro núcleo familiar nadie más supo de la relación de mamá Rosalba y mamá Lelis”...**

De lo anterior se desprende que las citadas deponentes mal pudieron conocer la relación de la que ahora afirman fueron testigos y faltan a la verdad en sus declaraciones, pues la supuesta relación de pareja, -de haber existido-habría sido de conocimiento exclusivo del núcleo familiar de ambas.

Ahora bien, se afirma en la demanda que el amor de pareja entre la demandante y la pensional fallecida surgió en el año 2000 (recuérdese que ni la demandante ni su cuñada Regina, pudieron precisar la fecha de inicio de la relación), esto es, casi 20 años después de ocurrido el fallecimiento del esposo de la demandante y hermano de la pensional, (hecho que se produjo al parecer en el año 1977)-, vale decir, cuando la pensional tenía 56 años (nació el 6 de febrero de 1944) y la demandante 44 años (nació el 18 de noviembre de 1956), esto es, ya en una edad bien avanzada de ambas, suceso que para el Despacho resulta poco convincente y creíble, pues el tiempo transcurrido para que se diera la relación de pareja resulta excesivo frente la convivencia que ya se había dado entre ellas, amén que cuando el esposo de la demandante falleció esta contaba con apenas 21 años y la pensional fallecida con 33, edades en las que los sentimientos amorosos y las pasiones afloran con mayor vehemencia.

Así las cosas, analizadas en su conjunto, las pruebas documentales obrantes en el proceso, el interrogatorio de parte, los testimonios

recepcionados por el Despacho, así como el Informe Investigativo No. 17715/2017 del 18 de septiembre de 2017, efectuado por el señor José Ignacio Mantilla Pulido Técnico Investigador de la sociedad Cyza Outsourcing S. A., conforme a las reglas de la sana crítica, se encuentra que tales medios probatorios no llevan a esta Juzgadora a la convicción y certeza necesarias sobre la convivencia que se afirma existió entre las señoras Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) y Rosalba Hernández Rodríguez, como compañeras permanentes, requisito indispensable para acceder a la prestación reclamada, pues dicha relación de pareja no existió, dado que la convivencia y el sentimiento de cariño y aprecio prohiado entre ellas, **devino de su vínculo familiar como cuñadas.**

En ese sentido, el extremo actor no logró probar los supuestos de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico que persigue, esto es, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, como lo dispone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la medida que las declaraciones derivadas de las entrevistas realizadas el día 28 de noviembre de 2017, el interrogatorio de parte rendido por la demandante y los testimonios de los señores Leonilde Delgado Romero, Regina Vargas González, Amalfi Isabel Guzmán Ramos y Wilroman Vargas Hernández, fueron incoherentes, confusos, inconsistentes y contradictorios, para acreditar la existencia real y efectiva de la convivencia y vida en común como pareja entre las señoras Lelis María Vargas González (q. e. p. d.) y Rosalba Hernández Rodríguez.

En este orden de ideas, las razones expuestas son suficientes, sobre la apreciación en conjunto de los medios probatorios allegados al proceso, para formarse el convencimiento de que las pretensiones de la demanda deben negarse, toda vez que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos acusados.

## **5.5. COSTAS**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual fue adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte demandante, dado que fue vencida en el proceso.

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 lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO.-** Condenar en costas a la parte actora. En consecuencia, por Secretaría líquidense las mismas, incluyendo como agencias en Derecho el 7.5% del valor tasado en el acápite de “ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA”, del libelo demandatorio, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016. Por Secretaría tásense

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

Notifíquese y Cúmplase,

**GLORIA MERCEDES JARAMILLO VÁSQUEZ**

**JUEZ**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 003 de hoy 25 de febrero de 2021, a la hora de las 8.00 A.M.



**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:

**d64cac80d3a9895b483a97e44d8c918b7fc95811bff05cddf41a1cafe1  
31d9db**

Documento generado en 23/02/2022 04:06:45 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 DE BOGOTÁ, D. C.**  
**SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 11-001-33-35-018-**2018-00203-00**  
**Demandante:** **FAUSTO MIGUEL VARGAS OME**  
Demandada: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL E INSTITUTO  
NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC  
Asunto: **SENTENCIA**

---

El señor **FAUSTO MIGUEL VARGAS OME**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.080.931.635 de Timaná, actuando por medio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, correspondiendo dictar Sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA**

**1.1. PRETENSIONES**

Las pretensiones en que se sustenta la demanda fueron precisadas en la continuación de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 15 de septiembre de 2020, al momento de fijar el litigio y a ellas se remite el Despacho.

**1.2. HECHOS**

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

**1.2.1.** Mediante el Acuerdo No. 168 de 2012, la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC establecieron los requisitos del concurso de méritos para proveer el empleo de Dragoneante – Código 4114 – Grado 11.

**1.2.2.** Una vez se dio inicio a la Fase II denominada curso, el actor ingresó a la Escuela Penitenciaria Nacional, superando a cabalidad el periodo académico.

**1.2.3.** A través de la Resolución No. 1657 del 16 de julio de 2013, el Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil lo excluyó de la Convocatoria No. 132 de 2012 INPEC, por haber cumplido 25 años de edad, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 20 del Acuerdo 168 de 2012.

**1.2.4.** El Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, mediante sentencia del 27 de abril de 2017, proferida dentro del proceso No. 11-001-03-25-000-2013-01087-00, declaró la nulidad parcial del numeral 2° del artículo 20 del Acuerdo 168 de 2012.

**1.2.5.** El 16 de agosto de 2017, el demandante le solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la revocatoria de la Resolución No. 1657 del 16 de julio de 2013, toda vez que desaparecieron los fundamentos de derecho sobre los cuales se fundamentaba la decisión adoptada, de conformidad con lo dispuesto por el Consejo de Estado, en la sentencia señalada anteriormente.

**1.2.6.** El 1 de septiembre de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil, negó la solicitud deprecada por el actor, bajo el entendido que la aludida providencia no era aplicable a su caso.

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

El apoderado de la parte actora estimó desconocidos los artículos 13, 29, 40 (numeral 7) y 53 de la Constitución Política; 10, 20 (numeral 2) del Acuerdo 168 de 2012; estructurando el concepto de violación de la siguiente forma:

Sostuvo que en el Acuerdo No. 168 de 2012, se reglamentó la Convocatoria No. 132 de 2012 INPEC, para proveer el empleo de Dragoneante en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el cual consagró en el literal g) del artículo 10, que el incumplimiento de uno de los requisitos establecidos en el concurso constituía causal de exclusión de la misma, de forma que, los aspirantes al

proceso de selección debían verificar, con anterioridad a su inscripción, si cumplían las condiciones para el cargo y admisión.

Manifestó que el demandante se presentó a la convocatoria cuando tenía 23 años, momento para el cual cumplía el requisito de la edad; sin embargo, dado que el concurso duró aproximadamente 19 meses, la Comisión Nacional de Servicio Civil, a través de la Resolución No. 1657 del 16 de julio de 2013, lo excluyó del proceso, al señalar que para esa fecha tenía 25 años, situación que denota que el acto administrativo se expidió de forma irregular por aplicación indebida del artículo 10 y del numeral 2° del artículo 20 del Acuerdo No. 168 de 2012.

Adujo que el criterio que se tuvo en cuenta para separar al actor de la convocatoria, si bien deviene de la aplicación de las disposiciones que reglamentaron el concurso, las cuales tuvieron su origen en el artículo 119 del Decreto 407 de 1994, lo cierto es que dicha norma fue declarada inconstitucional por la H. Corte Constitucional, en sentencia C-811 de 2014.

Afirmó que, mediante los fallos T-722 de 2014 y T-590 de 2015, la H. Corte Constitucional, en casos similares al que ahora es objeto de debate, refirió que la condición establecida en el numeral 2° del artículo 20 del Acuerdo No. 168 de 2012, se torna irrazonable, ya que no se tiene certeza sobre el tiempo que puede tardar el desarrollo de las etapas del concurso, aspecto ajeno al participante.

Señaló que con la expedición del acto administrativo cuya nulidad se depreca en la presente controversia, se trasgredió el principio de legalidad, toda vez que el sustento de la exclusión del demandante en el concurso de méritos obedeció a lo consagrado en el numeral 2° del artículo 20 del Acuerdo 168 de 2012, el cual fue declarado nulo por el H. Consejo de Estado, lo que demuestra el decaimiento del acto administrativo.

Afirmó que la resolución que se acusa aplicó de forma errónea el requisito de la edad, por cuanto se omitió realizar el test intermedio de igualdad; amén, que el principio a la carrera administrativa se ve quebrantado, por cuanto, se admite a un aspirante al proceso de selección, lo que le genera una expectativa legítima de ser nombrado en estricto orden de lista.

Precisó que existió un plano de desigualdad entre semejantes, en la medida que, a dos personas que aprueban el curso con las mismas calificaciones y se incorporan en la lista de elegibles, se les da un trato diferente por su edad, la cual se verifica al momento de realizar el nombramiento, de tal suerte que, el más joven, es designado en el cargo, lo que demuestra la inconstitucionalidad de la Resolución No. 1657 del 16 de julio de 2013.

Refirió que al demandante se le impidió el acceso al cargo de Dragoneante, por motivos ajenos al mérito y a sus calidades, lo que constituye una discriminación injustificada, dado que se empleó un medio que no es adecuado o conducente, situación que, igualmente, vulnera el derecho al trabajo que le asiste.

### **III. CONTESTACIONES**

#### **3.1. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC**

La apoderada del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, a través de escrito del **18 de octubre de 2018**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Señaló que el hecho de que la CNSC excluyera al demandante del curso de formación, no puede considerarse como un acto injusto, desproporcionado o arbitrario, toda vez que dicha decisión se motivó en las reglas que desarrollaban la Convocatoria Pública No. 132 de 2012.

Aludió que si bien la H. Corte Constitucional en sentencia C-811 de 2014 y el Consejo de Estado en fallo del 27 de abril de 2017, determinó que la expresión "*al momento del nombramiento*" contenida en el artículo 119 del Decreto 407 de 1994, era inexecutable y, por lo tanto, el numeral 2º del artículo 20 del Acuerdo 168 el 21 de febrero de 2012, era parcialmente nulo, lo cierto es que la citada jurisprudencia es posterior a la expedición del Acuerdo, por lo que la supuesta "*aplicación indebida*" no existió, diferente es que el fundamento jurídico (legalmente aplicado) pierda su vigencia.

Sostuvo que el INPEC actuó de acuerdo con las disposiciones legales, al momento de hacer uso de las listas de elegibles y no existe ninguna aplicación ilegal o inconstitucional de las normas superiores, puesto que, en el presente caso, se está ante un hecho diferente, toda vez que en el momento en que la Comisión excluyó al demandante, se encontraba facultado para ello, en virtud de la norma que lo ordenaba, por lo tanto, las actuaciones del Instituto que se fundamentan en los actos de trámite adoptados por la CNSC, no pueden considerarse ilegales ni desproporcionadas.

Manifestó que el aspirante conocía desde el inicio del proceso de selección de los principios rectores, las directrices y los requisitos que debían cumplir para ser nombrado, de forma que, tenía la capacidad de inferir que antes del 18 de octubre de 2012, día en que cumplía 25 años, no sería nombrado, por lo tanto, no puede considerarse que la presunta pérdida de oportunidad fue ocasionada por incompetencia de las entidades demandadas, dado que se originó por el transcurso normal de un proceso de selección, tal como lo determinó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “E”, en sentencia proferida dentro del proceso No. 25-269-33-31-001-2008-00278-01, que se ocupó de citar.

Adujo que en el presente caso no se configura la pérdida de oportunidad, toda vez que el actor estaba ante una mera expectativa, ya que debía superar todas las etapas del concurso para ser nombrado en el cargo que participó, de modo que, no estamos en presencia de un derecho cierto.

Por último, señaló que el demandante no demostró el daño que aduce fue objeto, como tampoco hizo alusión a la procedencia de los mismos; además, la indemnización por pérdida de oportunidad se genera ante un hecho cierto y existente, situación que no se presenta en el *sub examine*.

Por otra parte, propuso las excepciones de:

**3.1.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva**, la cual fue denegada en la Audiencia Inicial celebrada el 30 de abril de 2019.

**3.1.2. Innominada:** solicitó que se declare probado el medio exceptivo cuyo fundamento práctico o legal se establezca a favor de la entidad demandada.

### 3.2. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC

La apoderada de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de escrito del **19 de octubre de 2018**, se opuso a las pretensiones de la demanda, se manifestó frente a los hechos y expresó las siguientes razones de defensa:

Indicó que la Comisión Nacional del Servicio Civil en uso de sus competencias Constitucionales y Legales, a solicitud del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, procedió adelantar el concurso abierto de méritos para proveer 718 vacantes definitivas del empleo de Dragoneante - Código 4114 - Grado 11, perteneciente al Sistema Específico de Carrera Administrativa del Instituto, el cual se identificó como Convocatoria No. 132 de 2012, la cual fue regulada por el Acuerdo No. 168 del 21 de febrero de la misma anualidad.

Aludió que el artículo 15 del referido acuerdo contempló, entre otros aspectos, que la inscripción en la convocatoria no significa que el aspirante superara las etapas de selección, como tampoco que hubiese sido admitido al curso de formación o complementación, por cuanto, los resultados obtenidos en cada fase, serán el único medio para determinar el mérito y el numeral 2 del artículo 20, estableció como requisito general para participar en la convocatoria, lo siguiente:

*"(...) **Edad:** Tener más de dieciocho años y menos de veinticinco años de edad, al momento de la firmeza de la lista de elegibles. Para estos efectos, la CNSC advierte previamente que cada interesado en participar en la Convocatoria, bajo su responsabilidad debe analizar la posibilidad de cumplir este requisito y realizar libremente su inscripción, a sabiendas que en el desarrollo de las fases de la Convocatoria  puede presentarse la situación que el aspirante cumpla los 25 años de edad antes de culminar los siguientes momentos: la fase del concurso, o la fase del curso o antes de la firmeza de la lista de elegibles, caso en el cual será excluido de la Convocatoria, por no cumplir el requisito de la edad máxima para el hipotético nombramiento. (...)" -negrita y subrayado de quien cita-*

Sostuvo que el demandante participó en la convocatoria y fue excluido, por tener concepto no apto en el examen médico, tal como lo contempla el artículo 36 del Acuerdo No. 168 de 2012; sin embargo, el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal, ordenó reintégralo al proceso, decisión que fue acatada, a través del auto 0497 del 20 de junio de 2013, lo que conllevó a que fuera citado al curso de Complementación.

Manifestó que, por medio de la Resolución No. 1657 del 16 de julio de 2013, la Comisión Nacional del Servicio Civil excluyó al ahora demandante de la convocatoria, por haber cumplido 25 años de edad, fecha para la cual no había culminado el curso, etapa previa a la conformación a la lista de elegibles.

Adujo que una vez concluyeron las etapas y pruebas previstas en el proceso de selección, se conformaron las listas de elegibles para proveer 718 vacantes del empleo Dragoneante - Código 4114 - Grado 11, en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, lo que significa que las personas inscritas fueron nombradas, culminada la convocatoria.

Afirmó que frente a la aplicación de la sentencia proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, el 27 de abril de 2017, dentro del proceso de nulidad con radicación 11-001-03-25-000-2013-01087-00, se debe tener en cuenta la modulación de sus efectos, a saber:

- a) **Ex nunc:** hacía el futuro, aplica respecto de los aspirantes que conformaron la lista de elegibles, nombrados en periodo de prueba o en propiedad.
- b) **Ex tunc:** hace referencia a las listas que están pendientes por elaborar.

En ese sentido, precisó que el actor no hace parte de ninguno de los postulados señalados anteriormente, debido a que no culminó la fase II del proceso de selección, en la medida que no superó el curso de competencias, etapa previa a la conformación de la lista de elegibles, de forma que, los efectos de la sentencia de la referencia no pueden ser extendidos al demandante, aspecto que va en consonancia con lo regulado en la sentencia T-590 de 2015, por medio de la cual la H. Corte Constitucional dejó sin efectos el numeral 2 del Acuerdo No. 168 de 2012, efecto para el cual, determinó que los accionantes debían ser admitidos en un próximo concurso, toda vez que la convocatoria había terminado.

Refirió que el demandante abordó el proceso de selección bajo las condiciones contenidas en la Convocatoria No. 132 de 2012, entre ellas, el deber de acreditar el cumplimiento del requisito de edad (mayor de 18 años y menor de

25 al momento del nombramiento), por lo tanto, su exclusión no puede considerarse como un cambio abrupto de las condiciones iniciales, ya que este requisito era conocido por el actor, razón por la cual no puede pretender un nombramiento en el régimen específico de carrera administrativa del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC, con el incumplimiento de una de las exigencias, aduciendo el principio de confianza legítima.

Finalmente, indicó que el restablecimiento del derecho pretendido, no está llamado a prosperar, como quiera que se pide el reconocimiento y pago de dineros dejados de percibir desde el momento de su exclusión hasta la presentación de la demanda y en adelante hasta el pago definitivo, cuando lo cierto es que el señor Fausto Miguel Vargas Orne no fungió como funcionario, pues con su inscripción a la convocatoria solo contaba con la expectativa de acceder a una de las vacantes ofertadas, pero no puede entenderse que por la sola inscripción adquirió derechos particulares y concretos frente al empleo, máxime cuando no conformó las listas de elegibles.

Por otra parte, propuso las excepciones de:

**3.2.1. Caducidad**, la cual fue declarada no probada en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 30 de abril de 2019, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “A”, en providencia del 13 de agosto de la misma anualidad.

**3.2.2. Innominada:** solicitó que se declare probado cualquier medio exceptivo que se encuentre demostrado en el proceso.

#### **IV. ALEGATOS**

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

El apoderado de la parte demandante, mediante escrito allegado vía correo electrónico el **18 de noviembre de 2021**, se ratificó en los argumentos expuestos en el concepto de violación del libelo demandatorio, relativos a: **i)** la exclusión del demandante del Concurso de Méritos para proveer el cargo de Dragoneante - Código 4114 - Grado 11; **ii)** la declaratoria de nulidad del requisito de la edad, contenido en el numeral 2º del artículo 20 del Acuerdo 168 de 2012 y **iii)** el decaimiento del acto administrativo acusado, en virtud de

lo dispuesto en la sentencia proferida el 27 de abril de 2017, por el H. Consejo de Estado.

Afirmó que la entidad demandada en el Oficio No. 5102 – SUTAH – GATAL del 21 de mayo del 2021, no manifestó la inexistencia de vacantes en el cargo para el cual concursó el actor y revisado el portal web de la CNSC <https://historico.cnsc.gov.co/index.php/convocatorias/en-uso-de-listas>, se evidencia que está vigente la lista de elegibles en la Convocatoria 132.

Precisó que a tenor de la interpretación normativa y con el fin de evitar daños consumados en contra del demandante, se debe dar aplicación, por analogía, a la jurisprudencia vigente para este caso por ser de iguales condiciones fácticas y jurídicas a las tratadas por la Corte Constitucional en sentencias T-722 de 2014 y T-590 de 2015, por lo que, de verificar la no existencia de vacantes, deberá incorporarse al actor en la próxima convocatoria que se realice para un cargo de las mismas especificaciones y, en consecuencia, ser admitido directamente en calidad de alumno a la Escuela Penitenciaria Nacional.

Refirió que, de las pruebas documentales obrantes en el plenario, se encuentra acreditada cada una de las fases de la Convocatoria No. 0132 de 2012, donde se puede evidenciar que tardó 19 meses en agotar cada una, demora que constituye una falacia, error y negligencia de las instituciones demandadas, con lo que se acredita la forma irregular en la que se profirió el acto administrativo que se demanda, toda vez que contrarió las normas en las que se debía desarrollar, ello es el artículo 45 del Acuerdo 163 del 2012, dado que el Acuerdo 168 del mismo año, desarrollado como norma marco para el diseño y aplicación del concurso, no definió los extremos temporales en que debía desarrollarse cada etapa, aspecto que fue examinado en las sentencias T-722 de 2014 y T-590 de 2015.

## **4.2. Entidades demandadas**

### **4.2.1. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC**

La apoderada del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, por medio de escrito allegado vía correo electrónico el **17 de noviembre de 2021**,

solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda, resaltando, nuevamente, los argumentos expuestos al momento de contestar el libelo, al considerar que el acto expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, fue proferido por el órgano competente, con las formalidades que exige la Ley 909 de 2004 y en acatamiento de los artículos 125 y 130 de la Constitución Política, por lo tanto, no se encuentra inmerso en ninguna causal de nulidad por vicio en las formalidades.

Señaló que las entidades estatales se encuentran sujetas a la ley y solo deben ejercer las funciones que legalmente le fueron asignadas, por esta razón, no es procedente considerar que las actuaciones del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario durante el desarrollo de la Convocatoria 132 de 2012, generaron un desconocimiento de la norma o vulneraron los derechos del demandante, toda vez que el nombramiento de los aspirantes para ocupar las 718 vacantes ofertadas en la convocatoria, obedeció a las listas de elegibles presentadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, las cuales tienen como fundamento el Decreto 407 de 1994, que establece el régimen de personal de entidad.

Finalmente, expuso el régimen de carrera penitenciaria y carcelaria, para concluir que el aspirante tenía pleno conocimiento desde el inicio del proceso de selección, de los principios rectores, las directrices y los requisitos que debía cumplir para ser nombrado, en virtud de lo contenido en el Acuerdo No, 168 de 2012, por consiguiente, tenía la capacidad de inferir que antes del 18 de octubre de 2012, día en que cumplía 25 años, no sería designado en el cargo, lo que conduce a determinar que, en el caso bajo estudio, no se configura la pérdida de oportunidad, ya que la exclusión del demandante del concurso de méritos, devino del transcurso normal de un proceso de selección.

#### **4.2.2. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**

La apoderada de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de escrito del **29 de noviembre de 2021**, allegado vía correo electrónico el mismo día, deprecó que se denieguen las súplicas del escrito demandatorio, precisando que, en el plenario se encuentran demostrados los siguientes aspectos: **i)** el inicio de la Convocatoria 132 de 2012 – INPEC, para proveer el cargo de Dragoneantes; **ii)** la participación del actor en el concurso; **iii)** la superación de las etapas de requisitos mínimos y valoración de antecedentes; **iv)** la

readmisión del actor en el concurso, en cumplimiento a la orden Judicial del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Penal; **v)** la admisión para adelantar la segunda fase, es decir, el curso de formación o complementación, **vi)** la exclusión de la convocatoria del aspirante y **vii)** la declaratoria de nulidad parcial del numeral 2° del artículo 20 del Acuerdo 168 de 2012, suscrito por el Presidente de la CNSC y el Director General del INPEC.

Indicó que el numeral 2° del artículo 119 del Decreto Ley 407 de 1994, dispuso como requisito general para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional “*Tener más de dieciocho años y menos de veinticinco años de edad al momento de su nombramiento*”, el cual se encontraba vigente para el momento de la expedición del Acuerdo regulatorio de la Convocatoria No. 132 de 2012, hoy declarado Inexequible mediante sentencia C-811-14.

Aludió que el numeral 2 del artículo 20 del Acuerdo No. 168 de 2012, dentro de los requisitos del concurso, dispuso tener más de 18 años al momento de la inscripción y menos de veinticinco años de edad a la firmeza de la lista de elegibles.

Sostuvo que, mediante la Resolución No. 1219 del 6 de junio de 2013, se conformó lista de elegibles “... *para proveer quinientas (500) vacantes en el empleo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11, en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, ofertado a través de la Convocatoria 132 de 2012*” y en cumplimiento a la misma el INPEC, a través de la Resolución No. 001568 de 7 de junio de 2013, procedió con el nombramiento en período de prueba de 712 elegibles en estricto orden de mérito.

Manifestó que, a través de la Resolución No. 2091 de 25 de septiembre de 2013, se conformó lista de elegibles “... *para proveer doscientas dieciocho (218) vacante (sic), Curso de Formación, para el empleo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11, en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, ofertado a través de la Convocatoria 132 de 2012*” y el INPEC con la Resolución No. 002784 de 25 de septiembre de 2013, procedió con el nombramiento en período de prueba de 218 elegibles en estricto orden de mérito.

Adujo que la CNSC, por medio de la Resolución No. 0019 de 14 de enero de 2014, conformó lista de elegibles “... *para proveer doscientas dieciocho (218) vacante, Curso de Formación, para el empleo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11, en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, ofertado a través de la Convocatoria 132 de 201 (sic) para el curso de formación en cumplimiento de fallos de tutela y situaciones académicas pendientes*” y con Resolución la No. 000106 de 20 de enero de 2014, el INPEC procedió con el nombramiento en período de prueba de 23 elegibles en estricto orden de mérito.

Afirmó que en el expediente no se logró probar el posible daño antijurídico que la Comisión haya podido causar al actor con la expedición del acto demandado, por tratarse de la aplicabilidad de norma regulatoria en concordancia con el principio a la igualdad de quienes sí cumplían los requisitos para continuar en el concurso; amén, que el actor no se encuentra entre los postulados contenidos en el fallo proferido por el Honorable Consejo de Estado en fallo del 27 de abril de 2017, toda vez que no hizo parte de las listas de elegibles y no adquirió el derecho a ser parte de futuras listas, por no haber superado la totalidad de las etapas dentro de las cuales hace parte el curso de formación o complementación como segunda fase del concurso.

#### **4.3. Ministerio Público**

Se advierte que la señora Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES**

Frente a la excepción **innominada**, propuesta por las entidades demandadas, advierte el Despacho que, tal como se precisó en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 30 de abril de 2019, no se encontraron excepciones que debían ser declaradas en oficio en ese momento procesal y tampoco al proferir el presente fallo.

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

##### **5.2.1. Documentales**

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

**5.2.1.1. Acuerdo No. 168 del 21 de febrero de 2012**, mediante el cual *“la Comisión Nacional del Servicio Civil, convoca al proceso de selección para proveer por Concurso – Curso abierto de méritos el empleo de Dragoneante, Código: 4114, Grado: 11 en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC”*.

**5.2.1.2. Auto No. 0497 del 20 de junio de 2013**, a través del cual la doctora Ana Esperanza Castro Jaimes, Comisionada (E) de la Comisión Nacional del Servicio Civil, readmitió al señor Fausto Miguel Vargas Ome al proceso de selección y, en consecuencia, ordenó al Coordinador de la Convocatoria dar aplicación al artículo 42 del Acuerdo No. 168 de 2012, observando lo señalado por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal, en sentencia del 5 de marzo de 2013.

**5.2.1.3.** Resolución No. 001568 del 7 de junio de 2013, *“Por medio de la cual se hacen unos nombramientos en periodo de prueba y se destina a un personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia en la planta de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC”*

**5.2.1.4.** Resolución No. 1219 del 6 de junio de 2013, *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer quinientas (500) vacantes en el empleo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11, en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, ofertado a través de la Convocatoria No. 132 de 2012 – Curso de Complementación”*.

**5.2.1.5.** Copia de la cédula de ciudadanía del señor Fausto Miguel Vargas Ome, en la que se acredita que nació el **18 de octubre de 1987**.

**5.2.1.6. Resolución No. 1657 del 16 de julio de 2013**, por medio de la cual doctor Jorge Alberto García García, Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil excluyó al señor Fausto Miguel Vargas Ome de la Convocatoria No. 132 – 2012 INPEC, por haber cumplido los 25 años de edad, antes de culminar el curso de complementación.

**5.2.1.7.** Resolución No. 2091 del 25 de septiembre de 2013, *“Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer doscientas dieciocho (218) vacantes, Curso de Formación, para el empleo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11, en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, ofertado a través de la Convocatoria No. 132 de 2012”*.

**5.2.1.8.** Resolución No. 002784 del 25 de septiembre de 2013, *“Por medio de la cual se hacen unos nombramientos en periodo de prueba y se designa a un personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia en la planta de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC”*, respecto del cargo de Dragoneante – Código 4114 – Grado 11 de la Planta Global del INPEC.

**5.2.1.9.** Resolución No. 000106 del 20 de enero de 2014, *“Por medio de la cual se hacen unos nombramientos en periodo de prueba y se designa a un personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia en la planta de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC”*.

**5.2.1.10.** Escrito del 25 de julio de 2017, por medio del cual el accionante le solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la revocatoria directa de la Resolución No. 1657 del 16 de julio de 2013, en virtud de lo dispuesto por el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, en la sentencia proferida el 27 de abril de 2017, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación No. 11-001-03-25-000-**2013-01087-00**.

**5.2.1.11. Oficio No. 20172120356701 del 16 de agosto de 2017**, por medio del cual el doctor Pedro Arturo Rodríguez Tobo, Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se pronunció frente a la solicitud elevada por el demandante, orientada la revocatoria del acto administrativo, donde se excluyó al demandante de la Convocatoria No. 132 de 2012, señalando que la declaratoria de nulidad del numeral 2º del artículo 20 del Acuerdo No. 168 de 2012, se limita de forma exclusiva a los aspirantes que conformaron la lista de elegibles o a los concursantes que superaron la segunda fase del curso, quienes harían parte de *“las listas pendientes por elaborar”*, posiciones en las que no se encuentra el actor, aspecto que va en consonancia con lo dispuesto por la H. Corte Constitucional, en la Sentencia T-590 de 2015.

**5.2.1.12.** Certificación expedida el 19 de febrero de 2018, por la doctora Irma Ruiz Martínez, Gerente de la Convocatoria No. 132 de 2012, en la cual hace constar que esta *“finalizó desde el momento en que fueron agotadas en su totalidad las Listas de Elegibles conformadas y adoptadas en el marco del presente proceso de selección...”*.

### **5.2.2. Testimoniales**

**5.2.2.1.** Declaraciones rendidas el 12 de noviembre de 2020, por los señores Jhon Wilson Plata Méndez y Diego Fernando Reina Andrade, a través de la plataforma de Microsoft Teams y acta contentiva de la mencionada diligencia.

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la continuación de la Audiencia Inicial llevada a cabo el 15 de septiembre de 2020, el aspecto que ocupa la atención del Despacho consiste en establecer si se ajusta o no a derecho la Resolución No. 1657 del 16 de julio de 2013, por medio de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil excluyó al señor Fausto Miguel Vargas Ome de la Convocatoria No. 132 – 2012, por haber cumplido los 25 años de edad, antes de la conformación de la lista de elegibles, teniendo en cuenta el pronunciamiento del H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, en la sentencia proferida el 27 de abril de 2017, que declaró la nulidad parcial del numeral 2° del artículo 20 del Acuerdo No. 168 del 21 de febrero de 2012, que regulaba el mencionado requisito.

#### **5.3.1. DEL RÉGIMEN DE CARRERA PARA PERTENECER AL CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA –INPEC-.**

El artículo 125 de la Constitución Política, establece la forma de vinculación de los empleados públicos, así:

**“ARTÍCULO 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.**

(...). (Negrita del Despacho)

Ahora bien, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 172 de la Ley 65 de 1993, el Presidente de la República expidió el Decreto 407 del 20 de febrero de 1994, “*Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*”, en cuyo artículo 10, clasificó los empleos, así:

**“ARTÍCULO 10. CLASIFICACION DE EMPLEOS. Los empleos según su naturaleza y forma como deben ser provistos, son de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción los empleos que se señalan a continuación:**

*Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, Secretario General, Subdirectores, Jefes de Oficina, Asesores, Directores Regionales, Directores y Subdirectores de Establecimientos Carcelarios y los demás empleos de Jefe de Unidad que tengan una jerarquía superior a Jefe de Sección y los de tiempo parcial, entendiéndose por tales aquellos que tienen una jornada diaria inferior a cuatro (4) horas.*

**Son de carrera los demás empleos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC.”** (negrita ajena al texto original).

Por su parte, el artículo 12 *ibídem*, señaló que la provisión de los empleos de carrera se hará, entre otros, por concurso, al señalar:

**“ARTÍCULO 12. PROVISIÓN DE EMPLEOS. La provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción se hará por nombramiento ordinario, la de los de carrera se hará previo concurso o curso por nombramiento en período de prueba o por ascenso. La autoridad nominadora en todo caso, tendrá en cuenta para proveerlos, que la persona en quien recaiga el nombramiento reúna las calidades exigidas para el ejercicio del cargo.**

*Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales que no podrán tener una duración superior a seis (6) meses. Al vencimiento del período de provisionalidad, si el empleado no ha sido seleccionado se producirá vacancia definitiva y éste quedará retirado del servicio.*

*El término de duración del encargo no podrá exceder del señalado para los nombramientos provisionales”* (negrilla del Juzgado).

Ahora bien, según lo compilado en el artículo 78 de la referida disposición legal, entre las categorías del personal de carrera vinculado al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, se encuentran dos clasificaciones, a saber: a) personal administrativo y **b) Personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional.**

Entre los procesos de selección, al tenor de lo preceptuado en el artículo 86 del Decreto 407 de 1994, se encuentran dos clases de concurso, esto es: a) **abiertos para ingresos de nuevo personal a la carrera** y b) de ascenso para el personal escalafonado y según el artículo 87, las etapas del proceso de selección o concurso para proveer los cargos se clasifican en: convocatoria, reclutamiento, aplicación de pruebas o instrumentos de selección, conformación de lista de elegibles y el período de prueba, los cuales se desarrollan en los artículos 90 y siguientes del aludido decreto.

A su vez, el artículo 88 de dicha disposición legal, preceptuó que la admisión a los concursos o cursos es libre para quienes acrediten los requisitos del empleo, de forma que, quienes superen cada fase de la convocatoria, entre las que se encuentra el **curso de formación o complementación**, que se imparte en la Escuela Penitenciaria Nacional, en su sede central o en sus regionales (artículo 93), conformaran la lista de elegibles en riguroso orden de méritos (artículo 96).

A su turno, el artículo 119 *ejusdem*, estableció los requisitos para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, de la siguiente forma:

**“ARTÍCULO 119. REQUISITOS.** *Para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, se requiere acreditar los siguientes requisitos:*

1. *Ser colombiano.*

**2. Tener más de dieciocho años y menos de veinticinco de edad, al momento de su nombramiento.**

3. *Ser soltero y permanecer como tal durante el curso.*

4. *Poseer título de bachiller en cualquiera de sus modalidades y acreditar resultado de los exámenes del Icfes.*

5. *Tener definida su situación militar.*

6. *Demostrar excelentes antecedentes morales, personales y familiares.*

7. *No tener antecedentes penales ni de policía.*

8. *Obtener certificados de aptitud médica y psicofísica expedido por la Caja Nacional de Previsión Social o su equivalente.*

9. *Aprobar el curso de formación en la Escuela Penitenciaria Nacional.*

10. Ser propuesto por el Director de la Escuela Penitenciaria Nacional con base en los resultados de la selección al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC.” (resaltado del Despacho).

Y para ingresar como alumno, el artículo 121, preceptuó:

**“ARTÍCULO 121. INGRESO COMO ALUMNO.** Reunidos los requisitos señalados en los numerales 1 al 10 del artículo 119, el aspirante seleccionado, ingresará a la Escuela Penitenciaria Nacional, en calidad de alumno y se someterá al régimen interno de este Instituto”.

De la normatividad en cita, se concluye que, para pertenecer al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria, el aspirante requería tener más de dieciocho años y **menos de veinticinco de edad, al momento de su nombramiento**; sin embargo, dicha expresión fue declarada **inexequible** por la H. Corte Constitucional, en sentencia **C-811 del 5 de noviembre de 2014**, M. P. Dr. Mauricio González Cuervo, al sostener:

“(…)

4.7.3. Como se puede apreciar en el anterior recuento, el requisito de tener más de 18 años y menos de 25 años, se exige en dos oportunidades diferentes a los aspirantes a desempeñar el cargo de dragoneante. La primera al momento de ingresar como alumno a la escuela penitenciaria nacional, para tomar el curso de formación<sup>[72]</sup>. La segunda al momento de nombrar al aspirante como dragoneante<sup>[73]</sup>.

4.7.4. Entre los dos momentos antedichos hay una serie de acontecimientos que pueden ser relevantes. El primero es la duración del curso, tanto en lo que atañe a la formación propiamente dicha como a las calificaciones o evaluaciones de desempeño del alumno. El segundo es la elaboración por el Director del INPEC de la lista de elegibles. El tercero es el del nombramiento como dragoneante, que puede ocurrir pronto en el tiempo, si hay vacante en ese momento, o que puede ocurrir un tanto más tarde, hasta un año después, si no hubiere vacante.

**4.7.5. En vista de estas circunstancias es posible que una persona cumpla con el precitado requisito al momento de ingresar como alumno a la escuela penitenciaria nacional, pero, por razones ajenas a su voluntad y que escapan a su control, como la no existencia de vacante o la demora en el acto de su nombramiento, ya no lo cumpla al momento de su nombramiento. Esta es la situación teórica posible en la cual se funda la demanda.**

4.7.6. En el ámbito de las hipótesis posibles, que se puede plantear en el contexto normativo descrito, se encuentra una que es relevante para el caso sub examine. Esta hipótesis es la de una persona que ingresa como alumno de la referida escuela a los 24 años y 6 meses de edad, asiste y aprueba el curso de formación con calificaciones destacadas, ocupa uno de los primeros lugares de la lista de elegibles, pero no puede ser nombrado de manera inmediata por no haber vacante, sino que su nombramiento se hace durante el año de vigencia de la lista de elegibles, 7 meses después de la fecha de haber ingresado al curso. En esta

*hipótesis el aspirante cumplió con el requisito de la edad para ingresar como alumno al curso de formación, en desarrollo de él mostró y demostró sus méritos y calidades, al punto de obtener destacadas calificaciones, pero por circunstancias que no dependen de él, sino a factores externos que escapan a su control, es posible que al momento de su nombramiento tenga ya más de 25 años de edad.*

**4.7.7. La hipótesis antedicha revela que, como lo señala la demanda, en este caso el derecho fundamental a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas, no se vulnera por la existencia de una edad límite, sino por el la fijación de un momento o hito en el cual se verifica este requisito. En realidad, el motivo que impide el acceso al desempeño de cargos y funciones públicas en la situación hipotética en comento, no se funda en el mérito ni en las calidades del aspirante, ni siquiera en su edad, que se ajusta de manera objetiva a lo exigido para ingresar como alumno a la escuela penitenciaria nacional, sino en el hito temporal que la ley fija para establecer o verificar dicho requisito.**

4.7.7.1. Si se trata de medir o valorar el mérito del aspirante, el mecanismo idóneo para tal propósito, según el diseño de esta carrera administrativa especial, es el curso de formación y los resultados del mismo. Luego, si el aspirante aprueba el curso y lo hace con calificaciones destacadas, no es posible afirmar que no tenga los méritos o las calidades requeridas para acceder al desempeño del cargo. Por lo tanto, la expresión demandada hace que a un aspirante que ha demostrado sus méritos y calidades, y que ha cumplido también con el requisito establecido para ingresar al curso de selección, no se le permita acceder al cargo correspondiente, por motivos ajenos a su mérito y que, menester es reiterarlo, escapan a su control y a su voluntad, lo cual vulnera el principio constitucional de la carrera administrativa<sup>[74]</sup>.

**4.7.7.2. El antedicho principio constitucional se vulnera porque la selección no se basa exclusivamente en el mérito y en la capacidad profesional del aspirante<sup>[75]</sup>; porque en realidad no se garantiza una igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos que cumplen los requisitos para ser admitidos al curso de selección<sup>[76]</sup> y porque esta situación genera un grave sin sentido, pues se admite a una persona al proceso de selección, se la considera en razón de su mérito como elegible, lo que genera una expectativa legítima de ser nombrado y un derecho a ser elegido según el estricto orden descendente de la lista de elegibles, pero a la postre no se la elige porque hubo una demora en su nombramiento. Por tanto, al establecer la expresión demandada, el legislador desbordó su margen de configuración en materia de carrera administrativa.**

4.7.8. La única razón por la cual en la situación sub examine se deja de nombrar a un aspirante que tiene derecho a ser nombrado, por haber demostrado tener los méritos y las calidades necesarias para ello, es que “al momento del nombramiento” ha superado una edad límite. Sus compañeros de curso, que también lo aprobaron con calificaciones destacadas y que están en la lista de elegibles en una posición posterior, no tienen mayores méritos o mejores calidades que las de la primera persona, diferentes a la circunstancia de ser unos días o unos meses más jóvenes, pero a la postre sí serán nombrados. Al aplicar el juicio integrado de igualdad<sup>[77]</sup> en este caso se encuentra lo siguiente:

(...)

**4.7.8.3.2. El medio elegido para realizar este fin: exigir dos veces en momentos diferentes del tiempo el mismo requisito de edad<sup>[81]</sup>, tanto para ingresar como alumno al curso de formación como para ser nombrado como dragoneante<sup>[82]</sup>, no parece ser adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin. No es adecuado porque al haberse verificado el requisito de la edad al momento en el cual el aspirante ingresa como alumno al curso de formación, ya se satisface la exigencia de seleccionar a los mejores y más capaces aspirantes a tales cargos, al menos desde el punto de vista cronológico. Tampoco es conducente, porque si, entre otras razones por cumplir con el requisito de la edad, el aspirante es admitido como alumno y demuestra tener los méritos y calidades exigidos para acceder al desempeño del cargo, el que al momento de nombrarlo tenga unos días o meses por encima de los 25 años, no descalifica dichos méritos y calidades, ni hace de él un aspirante peor o menos capaz. Para garantizar la selección de los mejores y más capaces, en este caso, es suficiente con verificar la edad de los aspirantes al momento de su ingreso como alumnos al curso de formación, pues hacerlo, como lo prevé la expresión demandada “al momento de su nombramiento”, no es ni adecuado ni conducente para alcanzar el fin propuesto y sí constituye, por el contrario, una discriminación injustificada al aspirante que ha cumplido con los requisitos de esta carrera especial y ha demostrado en el proceso de selección sus méritos y calidades.»**

Como puede verse, la H. Corte Constitucional consideró que no es adecuado exigir al aspirante al empleo de Dragoneante el requisito de la edad al momento de su nombramiento -de superar las fases del concurso-, toda vez que al ingresar como alumno al curso de formación ya se satisfacía dicho requisito, pues proceder en tal sentido, vulnera el principio constitucional de la carrera administrativa, por cuanto se le impide el acceso al desempeño del cargo **por motivos ajenos al mérito y a las calidades del concursante**, dada la temporalidad del desarrollo de las etapas de la convocatoria.

Ahora bien, entre los sistemas específicos de carrera administrativa, se encuentra el que rige al personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, debido a las funciones que ejecuta, tal como lo señaló el artículo 4º de la Ley 909 de 2004, a cuyo tenor:

**ARTÍCULO 4. Sistemas específicos de carrera administrativa.**

1. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

2. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:

(...)

- **El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).**

(...)

3. La vigilancia de estos sistemas específicos corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

(...)

De la normatividad en cita, se colige que la vigilancia del sistema específico de carrera que rige al personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad encargada de establecer, entre otros aspectos, los reglamentos, a partir de los cuales, se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos (artículo 11) y adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos, con el fin de vigilar el principio de mérito (artículo 12).

### **5.3.2. CASO CONCRETO.**

En el caso que nos ocupa, se encuentra acreditado que, a través del **Acuerdo No. 168 del 21 de febrero de 2012**, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC dio apertura a la **Convocatoria No. 132 de 2012**, orientada “...al proceso de selección para proveer por Concurso – Curso abierto de méritos el empleo de Dragoneante, Código: 4114, Grado: 11 en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC”, de forma que, estableció las fases del concurso, que compilan: la estructura del proceso; las causales de exclusión; las generalidades y las funciones del empleo a proveer; los requisitos que debe reunir el aspirante, así como las inhabilidades en que puede incurrir. Igualmente, sentó la forma de publicación de las actuaciones que se realicen en las etapas del concurso, las reclamaciones que se podían presentar; las pruebas por aplicar; el curso de formación o complementación; el estudio de seguridad; la conformación de las listas de elegibles; el nombramiento en periodo de prueba y el ingreso a la carrera.

Igualmente, se acredita que mediante **Auto No. 0497 del 20 de junio de 2013**, suscrito por la doctora Ana Esperanza Castro Jaimes, Comisionada (E) de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el señor Fausto Miguel Vargas Ome se inscribió y fue admitido en el Concurso – Curso abierto de Méritos para proveer el empleo de Dragoneante - Código 4114 - Grado 11 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, quien había sido excluido del mismo y en virtud de la sentencia proferida el 5 de marzo de 2013, por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal, fue readmitió al proceso de selección, ordenando al Coordinador de la **Convocatoria 132-2012 INPEC**, dar aplicación al artículo 42 del Acuerdo No. 168 de 2012, según el cual:

**“ARTÍCULO 42º- PUBLICACIÓN LISTA DE CONVOCADOS A CURSO:**

*La Comisión Nacional del Servicio Civil o quien ésta delegue, publicará mediante acto administrativo la lista de admitidos para el curso de Formación y Complementación, contra el cual no procederá ningún recurso.*

*Solo serán convocados a curso de formación y complementación, quienes sean considerados APTOS en los exámenes médicos practicados, en un número de aspirantes equivalentes al: 150% y 350% de las vacantes a proveer, así:*

**Curso de Formación Varones:** *Serán convocados al curso, hasta un 350% de las vacantes a proveer, setecientos sesenta y tres (763) aspirantes en orden estricto y en atención exclusiva a los resultados de las pruebas aplicadas con las cuales superaron el Concurso; además deberán haber obtenido concepto de apto en los exámenes médicos.*

**Curso de Complementación Varones:** *Serán convocados al curso, hasta un 150% de las vacantes a proveer, setecientos cincuenta (750) aspirantes en orden estricto y en atención exclusiva a los resultados de las pruebas aplicadas con las cuales superaron el Concurso; además deberán haber obtenido concepto de apto en los exámenes médicos”.*

Como puede verse, el señor Fausto Miguel Vargas Ome fue convocado al curso de complementación, aspecto al que se hace alusión en la **Resolución No. 1657 del 16 de julio de 2013**, suscrita por el doctor Jorge Alberto García García, Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil; sin embargo, en dicho acto administrativo se plasmó que, mediante los Oficios Nos. 01093 y 01099 con radicados Nos. 32285 y 32715 del 10 y 12 de julio de 2013 – *respectivamente*, el INPEC comunicó que cuatro aspirantes contaban con 25 años de edad, entre los que se encontraba el demandante, de modo que, se debía dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo No. 168 de 2012, en el cual se establecieron las causales de exclusión de los aspirantes

en la Convocatoria No. 132 de 2012 y, en consecuencia, se separó al actor del concurso antes de culminar el aludido curso.

Sobre el particular, el artículo 10 del Acuerdo No. 168 de 2012, contempló

Entre las causales de exclusión de la convocatoria, las siguientes:

**“ARTÍCULO 10°. CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA CONVOCATORIA:** Son causales de exclusión de la Convocatoria las siguientes:

(...)

g) Incumplir la acreditación de los requisitos mínimos establecidos en la convocatoria para el desempeño del empleo.

j) No superar el curso de formación o complementación o ser excluido del mismo.

(...)

*Las causales de exclusión serán aplicadas al aspirante, en cualquier momento de la Convocatoria, cuando se compruebe su ocurrencia. En la Fase II del Proceso de selección esto es, el CURSO, la CNSC participará previamente de la decisión que se adopte para excluir al aspirante”.*

En ese sentido, la entidad demandada dio aplicación al literal g) del artículo 10 del Acuerdo No. 168 de 2012, por cuanto, al **16 de julio de 2013**, fecha en que se expidió la **Resolución No. 1657**, el demandante tenía 25 años de edad, tal como lo acredita la copia de su cédula de ciudadanía, dado que nació el 18 de octubre de 1987, lo que conduce a determinar que no cumplía lo dispuesto en el **numeral 2° del artículo 20 del referido acuerdo**, según el cual:

**“ARTÍCULO 20°. REQUISITOS PARA SER ADMITIDO EN EL PROCESO.** Una vez inscrito el aspirante en el presente proceso de selección, para ser considerado admitido, deberá acreditar y cumplir con los siguientes requisitos:

**A. Requisitos Generales.**

(...)

**2. Edad. Tener más de dieciocho años al momento de la inscripción y menos de veinticinco años de edad, al momento de la firmeza de la lista de elegibles. Para estos efectos, la CNSC advierte previamente que cada interesado en participar en la Convocatoria, bajo su responsabilidad debe analizar la posibilidad de cumplir este requisito y realizar libremente su inscripción, a sabiendas que en desarrollo de las fases de la Convocatoria puede presentarse la situación que el aspirante cumpla los 25 años de edad antes de culminar los siguientes**

**momentos: La fase del concurso, o la fase del curso o antes de la firmeza de la lista de elegibles, caso en el cual será excluido de la Convocatoria, por no cumplir el requisito de la edad máxima para el hipotético nombramiento.**

*Se entiende para efectos de este proceso, que la edad del aspirante se tiene en cuenta a partir del día de la inscripción en el proceso de selección.*

(...)" (Negrita ajena al texto).

No obstante, mediante **sentencia del 27 de abril de 2017**, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, Consejera Ponente Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, proferida dentro del proceso No. 11-001-03-25-000-2013-01087-00 (2512-2013), **declaró la nulidad parcial del numeral 2° del artículo 20 del Acuerdo No. 168 de 21 de febrero de 2012**, en lo referente a la expresión: “... y menos de veinticinco años de edad, al momento de la firmeza de la lista de elegibles. Para estos efectos, la CNSC advierte previamente que cada interesado en participar en la convocatoria, bajo su responsabilidad debe analizar la posibilidad de cumplir este requisito y realizar libremente su inscripción, a sabiendas que en desarrollo de las fases de la convocatoria puede presentarse la situación que el aspirante cumpla los 25 años de edad antes de culminar los siguientes momentos: la fase del concurso, o la fase del curso o antes de la firmeza de la lista de elegibles, caso en el cual será excluido de la convocatoria, por no cumplir el requisito de edad máxima para el hipotético nombramiento” y como sustento de dicha decisión, la aludida Corporación Judicial, sostuvo lo siguiente:

“(...)

*Sobre el particular, agrega la Sala que si bien es cierto que el INPEC, por tratarse de un cuerpo armado de custodia y cuidado, tiene un carácter especial que le permite exigir requisitos adicionales para ingresar a él, como lo es el no superar una edad máxima, tal como lo indican las entidades accionadas; es también cierto que los requisitos fijados deben ser razonables, no pueden contener discriminaciones injustificadas entre las personas y han de ser proporcionales para la consecución de los fines buscados.*

**Así las cosas, comparte la Sala los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-811 de 2014,<sup>34</sup> donde se concluye que el requisito de edad se encontraba verificado al momento de ingresar al concurso, razón por la cual resulta inocua la segunda exigencia de acreditar máximo 25 años en otro momento, en este caso, cuando entra en firmeza la lista de elegibles.** En este sentido, se encuentra que el trato dado a los aspirantes, con ocasión de lo dispuesto en la norma demandada, en razón de su edad, es discriminatorio. Pues todos ellos ingresaron al

*concurso acreditando los mismos requerimientos, realizaron un mismo curso y demostraron sus méritos en virtud de las mismas pruebas. De esta forma, en todos los casos se creó la misma expectativa legítima de hacer parte de las listas de elegibles y consecuentemente de ser nombrados si sus puntajes así lo permitían.*

*Es del caso precisar, que varios de los concursantes inscritos en la Convocatoria 132 de 2012 iniciada con ocasión del acuerdo parcialmente demandado, solicitaron la protección de sus derechos vía acción de tutela, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a cargos públicos, luego de ser excluidos de la mencionada Convocatoria, por haber cumplido 25 años de edad antes de la culminación de una de las etapas que integran el concurso, denominada «Fase del Curso». La Corte Constitucional revisó el caso en las sentencias T-722 de 2014<sup>35</sup> y T-590 de 2015.<sup>36</sup>*

*(...)*

*Concuera esta Sala con lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias parcialmmente (sic) trascritas, en el sentido de considerar que los derechos de los aspirantes que se vieron afectados por este requisito, como lo son el derecho fundamental a la igualdad y el de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, fueron conculcados por la disposición demandada, pues, su exigencia resulta desproporcionada al ser un impedimento que se sale de la esfera de control de aquella persona que cumplió con todos los requisitos al momento de entrar a concursar y que tiene los méritos necesarios para desempeñar el cargo.*

*Resulta evidente entonces, la vulneración al ordenamiento jurídico alegada por el demandante y sus coadyuvantes, pues los enunciados normativos cuestionados les imponen a los concursantes una carga adicional, que está por fuera de sus capacidades, como lo es el ser menor de 25 años al momento de la firmeza de la lista de elegibles, lo cual comporta una flagrante vulneración al derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad, así como al principio del mérito” (resaltado del Despacho).*

De la jurisprudencia en cita, se colige que existió un trato discriminatorio frente a los concursantes a proveer el cargo ofertado en la Convocatoria No. 132 – 2012, toda vez que el requisito de la edad se verificó al momento en que cada aspirante ingresó al concurso y, por ende, no era dable excluir a quienes durante el desarrollo de cada una de las etapas excedieran de 25 años, circunstancia que, condujo a la declaratoria nulidad parcial del numeral 2° del artículo 20 del Acuerdo No. 168 de 2012 y frente a los efectos de la decisión adoptada, el H. Consejo de Estado, resolvió:

**“SEGUNDO.-** *La presente sentencia de nulidad tendrá los siguientes efectos:*

*a) Ex nunc, es decir, hacia futuro, respecto de aquellos participantes que han sido incluidos en listas de elegibles o que ya han*

sido nombrados en período de prueba o en propiedad en el cargo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11.

b) Ex tunc, es decir, con efectos retroactivos, desde el momento mismo de la expedición del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, respecto de las listas de elegibles que se encuentren pendientes por elaborar, para las cuales no se podrá aplicar el aparte normativo demandado.

**TERCERO.-** En consecuencia, **PROTEGER** los derechos de los participantes en la Convocatoria No. 132 de 2012, que hacen parte de las listas de elegibles o que ya fueron nombrados en período de prueba o en propiedad, para quienes los efectos de esta sentencia serán ex nunc, es decir hacia el futuro.

**CUARTO.- ORDENAR** a las entidades demandadas, CNSC e INPEC, que al momento de elaborar nuevas listas de elegibles con fundamento en los resultados de la Convocatoria 132 de 2012, no tengan en cuenta el requisito de edad a que hace referencia el enunciado normativo anulado” (resaltado propio del Juzgado).

Y más adelante, concluyó:

“... en el caso que queden listas de elegibles pendientes de elaborar, éstas no podrán hacerse con fundamento en la disposición cuya nulidad se declara en esta providencia. Por lo tanto, los efectos de esta sentencia serán, frente a los concursantes que todavía no forman parte de una lista de elegibles, «ex tunc», y en razón de ello deberán ser incluidos, según su mérito, es decir, en el orden que el puntaje les asigne, todos aquellos aspirantes que hayan sido excluidos en razón de su edad al momento de entrar en firmeza la lista de elegibles”.

Así las cosas, si bien para la fecha en que se expidió la Resolución No. 1657 del 16 de julio de 2013, por medio de la cual se excluyó al señor Fausto Miguel Vargas Ome de la Convocatoria No. 132 – 2012 INPEC, se encontraba vigente el numeral 2º del artículo 119 del Decreto 407 de 1994, el cual establecía que, para ingresar al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria el aspirante debía tener más de 18 años y menos de 25 de edad, al momento del nombramiento, dado que la inexequibilidad de dicho aparte se originó con la sentencia proferida por la H. Corte Constitucional el **5 de noviembre de 2014**, citada líneas atrás, lo cierto es que, con la declaratoria de nulidad parcial del Acuerdo No. 168 de 2012, desaparecieron los fundamentos de hecho o de derecho del criterio que adoptó la CNSC para separar al demandante del concurso, de forma que, lo procedente es deshacer las consecuencias derivadas de la aplicación de dicho acto administrativo.

Al respecto, en la Resolución No. 1657 del 16 de julio de 2013 -acto

administrativo cuya nulidad se depreca en la presente controversia-, se plasmó que el actor fue excluido de la Convocatoria No. 132 – 2012 INPEC, **antes de culminar el curso de complementación**, por consiguiente, no podría hacer parte de las listas de elegibles para proveer el cargo al cual concursó, pues, según el artículo 44 del Acuerdo No. 168 del 21 de febrero de 2012, debía aprobar dicho curso, al señalar:

**“ARTÍCULO 44°. DE LOS CURSOS:** *Para acceder al cargo de Dragoneante y ejercer funciones de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria, es de obligatorio cumplimiento haber cursado y aprobado el curso de formación o complementación, que para este efecto dictará la Escuela Penitenciaria Nacional del INPEC, además ubicarse en un puesto de la lista de elegibles que se encuentre dentro del número de vacantes ofertadas.*

(...)

*Los cursos tienen como finalidad preparar a los aspirantes a ingresar a cargos en el ramo Penitenciario y Carcelario para el correcto desempeño de los mismos y es de obligatorio cumplimiento para ejercer cargos de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional.*

(...)” (resaltado ajeno al texto).

Así mismo, el artículo 51 del Acuerdo en cita, previó que antes de la conformación de las listas de elegibles se debía realizar un estudio de seguridad, el cual, de ser desfavorable conducirá a la exclusión del proceso de selección, así:

**“ARTÍCULO 51°. DEL ESTUDIO DE SEGURIDAD:** *De conformidad con el Art. 11 del Decreto 407 de 1994 el Estudio de Seguridad es requisito para el desempeño del empleo de dragoneante del INPEC; por ello, antes de la conformación de las Listas de Elegibles, el INPEC efectuará a los concursantes un estudio de seguridad de carácter reservado, el cual de resultar desfavorable, es causal de exclusión del proceso de selección, así mismo, porque el aspirante impida la realización del mencionado estudio” (subrayado del Despacho).*

En ese sentido, se advierte que el actor se encontraba desarrollando la Fase II de la estructura del proceso de selección del Concurso – Curso abierto de méritos para proveer el cargo de Dragoneante – Código 4114 – Grado 11, ofertado en la Convocatoria No. 132 de 2012, por cuanto, al momento de su exclusión no había culminado y aprobado el curso de complementación, etapa en la que debió permanecer, en la medida que no existen razones que justifiquen la existencia de un trato diferencial entre aquellos participantes que fueron admitidos al curso con menos de 25 años y en el transcurso del

mismo mantuvieron una edad inferior a esta, frente a los participantes que adquirieron dicha edad, lo que conduce a determinar que la decisión adoptada en el acto administrativo censurado se torna desproporcionada, pues al actor se le impidió culminar las fases del concurso, por razones ajenas a su voluntad.

Al respecto, nótese que según lo compilado en el artículo 5° del Acuerdo No. 168 de 2012, el proceso de selección de los aspirantes tenía la siguiente estructura:

“(...)

1. Convocatoria y Divulgación
2. Inscripciones
3. Verificación de Requisitos Mínimos
4. FASE I. Concurso
  - 4.1. Pruebas
    - 4.1.1. Análisis de Antecedentes
    - 4.1.2. Pruebas de Aptitud
    - 4.1.3. Pruebas de Personalidad
  - 4.2. Examen médico, para ingreso al Curso
5. FASE II: Curso:
  - 5.1. Curso de Formación para varones No. 128
  - 5.2. Curso de Complementación para varones No. 016
6. Conformación de la Lista de Elegibles
7. Periodo de Prueba”

De la disposición transcrita, se denota que la Comisión Nacional del Servicio Civil, estableció la estructura del proceso de selección y según el artículo 16 del Acuerdo No. 168 de 2012, las inscripciones para participar en la convocatoria culminarían el **23 de marzo de 2012**, fecha para la cual el demandante tenía 24 años y el **16 de julio de 2013**, fue separado del proceso de selección, de tal forma que, desde que se dio apertura al desarrollo de las etapas hasta el momento en que se excluyó al señor Fausto Miguel Vargas Ome transcurrieron **15 meses**, lapso para el cual no había finalizado la convocatoria, tardanza que no puede constituir un obstáculo al ejercicio de los derechos del demandante al acceso y ejercicio de empleos públicos.

Así las cosas, no desconoce esta Juzgadora el hecho que la prolongación en la finalización de las fases del proceso de selección se pudo ver reflejada en el ejercicio de los recursos o de la iniciación de controversias judiciales por parte de algunos concursantes, de modo que, en gracia de discusión, estuvo supeditada al tiempo que duró la administración o los jueces en su solución;

sin embargo, tal aspecto debió ser previsto por la entidad al momento de ofertar el empleo y al establecer el cronograma para desarrollar cada una de las etapas del concurso, con el fin de que el proceso se hubiese realizado con celeridad y sin lugar a pretermitir los términos<sup>1</sup>.

Ahora bien, no comparte el Despacho lo expuesto por el doctor Pedro Arturo Rodríguez Tobo, Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el **Oficio No. 20172120356701 del 16 de agosto de 2017**, en el sentido que la decisión adoptada por el H. Consejo de Estado alusiva a declaratoria de nulidad del numeral 2° del artículo 20 del Acuerdo No. 168 de 2012, se limita de forma exclusiva a los aspirantes que conformaron la lista de elegibles o a los concursantes que superaron la segunda fase del curso, quienes harían parte de *“las listas pendientes por elaborar”*, pues claramente dicha disposición, en virtud del efecto *ex tunc* desapareció del ordenamiento jurídico *“desde el momento mismo de la expedición del Acuerdo”*, de manera que cobija a los participantes que fueron separados del curso de formación o complementación antes de su culminación, por haber cumplido los 25 años de edad, como ocurre en el caso del actor, en la medida que la entidad no le permitió continuar en las etapas del concurso por motivos ajenos al mérito y a sus calidades.

Bajo estos supuestos, el Despacho considera que la Comisión Nacional del Servicio Civil no garantizó el mérito y las calidades del señor Fausto Miguel Vargas Ome para permanecer en el Concurso – Curso abierto de méritos en el empleo de Dragoneante - Código 4114 - Grado 11 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, razón por la cual, hallándose infirmada la presunción de legalidad del acto acusado, se declarará la nulidad de la **Resolución No. 1657 del 16 de julio de 2013**, por medio de la cual doctor Jorge Alberto García García, Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil excluyó al demandante de la Convocatoria No. 132 – 2012 INPEC, por haber cumplido los 25 años de edad, antes de culminar el curso de complementación.

### **5.3.2.1. Del restablecimiento pretendido**

---

<sup>1</sup> T-722 de 2014.

Ahora bien, frente al restablecimiento pretendido en la presente controversia, tenemos que en el escrito de subsanación del libelo demandatorio, la parte actora solicitó el reintegro *“al curso de la Convocatoria 132 del 2012 INPEC, mediante el cual se convocó el proceso de selección para proveer las vacantes definitivas al cargo de dragoneante INPEC, código 4114, grado 11, en el estado en que se entraban (sic), de la planta de personal penitenciario y carcelario INPEC; asimismo ORDÉNESE a las entidades demandadas que realicen todas las actuaciones administrativas correspondientes para que el prenombrado demandante culmine el curso, integren la lista de elegibles y se haga uso de la misa de ser el caso y, se les (sic) posesione de conformidad con lo expuesto por el honorable juez administrativo”*.

Sobre el particular, se observa que, a través de las Resoluciones Nos. 1219 del 6 de junio de 2013, 001568 del 7 de junio, 2091 del 25 de septiembre, 002784 del 25 de septiembre, todas de 2013 y la Resolución No. 000106 del 20 de enero de 2014, se conformaron y adoptaron las Listas de Elegibles para proveer el empleo de Dragoneante - Código 4114 - Grado 11 en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, ofertado a través de la Convocatoria No. 132 de 2012 – Curso de Complementación y se realizaron unos nombramientos en periodo de prueba – *respectivamente*.

Igualmente, en el Oficio No. 20172120356701 del 16 de agosto de 2017, el Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil, señaló que *“dentro de la Convocatoria No. 132 de 2012 no quedan listas de elegibles pendiente por elaborar”* y según la certificación expedida el 19 de febrero de 2018, por la doctora Irma Ruiz Martínez, Gerente de la Convocatoria No. 132 de 2012 esta *“finalizó desde el momento en que fueron agotadas en su totalidad las Listas de Elegibles conformadas y adoptadas en el marco del presente proceso de selección...”*.

Así las cosas, se evidencia que, a la fecha, se concluyó en su integridad el **curso de complementación** al que hace alusión el artículo 44 del Acuerdo No. 168 del 21 de febrero de 2012 y el artículo 93 del Decreto 407 de 1994, según el cual:

**“ARTÍCULO 93. CLASES DE CURSOS.** *Los cursos podrán ser de formación, orientación, complementación, capacitación, actualización y de especialización.*

(...)

*Los cursos de complementación tienen como finalidad perfeccionar a los bachilleres auxiliares para ingresar como dragoneantes a la Carrera Penitenciaria y Carcelaria.*

(...)”.

Por consiguiente, no es procedente ordenar la reincorporación del demandante al referido curso; sin embargo, no se puede pasar por alto que, al momento de alegar de conclusión el apoderado del señor Fausto Miguel Vargas Ome, solicitó que, en virtud de la interpretación normativa y con el fin de evitar daños consumados en contra del demandante, se debe dar aplicación a las sentencias T-722 de 2014 y T-590 de 2015, proferidas por la H. Corte Constitucional, por contener iguales condiciones fácticas y jurídicas a las tratadas en el caso bajo estudio y, por lo tanto, de verificar que no existen vacantes, deberá inscribirse al actor **en la próxima convocatoria** que se realice para un cargo de las mismas especificaciones y ser admitido directamente en calidad de alumno a la Escuela Penitenciaria Nacional.

Al respecto, es menester precisar que, las sentencias proferidas por la H. Corte Constitucional cuya aplicación, en este caso, ventila la parte actora, constituyeron una de las fuentes formales para emitir la sentencia del 27 de abril de 2017, por medio de la cual el Consejo de Estado declaró la nulidad parcial del numeral 2º del artículo 20 del Acuerdo No. 168 de 21 de febrero de 2012, providencias en las que se analizaron casos similares al que ahora ocupa la atención del Despacho y, particularmente, en el fallo T-590 del 11 de septiembre de 2015, se concluyó:

“(…)

*Los accionantes presentaron acción de tutela solicitando la admisión a la Escuela Nacional Penitenciaria, toda vez que luego de haber sido admitidos a la misma en el trámite de la convocatoria 132 de 2012, proferida por el INPEC y la CNSC para proveer 178 vacantes del cargo dragoneante, código 4114, grado 11, fueron excluidos por cumplir 25 años.*

*La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, realizando una reiteración jurisprudencial de la sentencia T-722 de 2014, concedió el amparo de los actores, considerando que la exclusión de los accionantes, si bien correspondía a uno de los requisitos*

*establecidos en la convocatoria, era desproporcionada e implicaba trasladar una carga exagerada a los participantes del concurso, toda vez que el INPEC y la CNSC no fijaron plazos para la terminación de las etapas. Lo anterior llevó a que algunos concursantes, luego de demostrar sus méritos y capacidades, fueran excluidos del proceso en la fase de curso, por cumplir los 25 años, criterio que se presentaba discriminatorio, respecto de los demás sujetos que, habiendo demostrado los mismos méritos, eran apenas unos meses menores”.*

En consecuencia, la Corporación Judicial amparó los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al acceso y ejercicio de cargos públicos de los accionantes y ordenó a la Comisión Nacional del Servicio Civil *“tener en cuenta a los accionantes en la próxima convocatoria realizada para un cargo de las mismas especificaciones y, teniendo en cuenta que todos aprobaron cada una de las etapas del proceso de selección de la Convocatoria No. 132 de 2012 del INPEC, deberán ser admitidos directamente, en calidad de alumnos, a la Escuela Penitenciaria Nacional”.*

Así las cosas, si bien en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 30 de abril de 2019, se determinó que no era procedente adicionar el litigio, en el sentido de ordenar a título de restablecimiento del derecho admitir al demandante en otro concurso de igual jerarquía a la que aspiró en la etapa que se encontraba en la Convocatoria 132 del 2012 INPEC -en caso de que prosperara la nulidad del acto administrativo demandado-, lo cierto es que, esta juzgadora encuentra procedente definir el litigio teniendo en cuenta el pretendido restablecimiento.

Lo anterior, por cuanto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 103 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el objeto del proceso contencioso se circunscribe a la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la eficacia de los principios constitucionales, entre ellos, el de la justicia y equidad, por ende, en procura de la salvaguarda del derecho al debido proceso que le asiste a las partes, es en la sentencia, donde se establece el marco legal y jurisprudencial aplicable al caso concreto, de modo que, se analizan los medios probatorios aportados, en consonancia con las alegaciones finales, inclusive, se estudian aspectos que desde la óptica de la racionalidad de la decisión, requieren ser tratados<sup>2</sup>, tal como ocurre en el caso de autos.

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO (E), providencia del quince (15) de octubre de dos mil quince (2015), expediente número: 11001-03-28-000-2014-00139-00.

Por lo anterior, al evidenciarse que a la fecha se encuentran culminadas las fases del Concurso – Curso abierto de Méritos para proveer el empleo de Dragoneante - Código 4114 - Grado 11 del INPEC, lo conducente es, a título de restablecimiento del derecho, ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil incorporar al señor Fausto Miguel Vargas Ome **en la próxima convocatoria que realice para proveer un cargo de las mismas especificaciones o en la que se esté adelantando actualmente**, concretamente deberá ser admitido en la etapa en que se encontraba en la Convocatoria No. 132 – 2012 INPEC, de forma que, **ingrese directamente en el curso de complementación o en calidad de alumno en la Escuela Penitenciaria Nacional**, con el propósito de que no sea nugatorio su derecho al mérito en igualdad de condiciones frente a los demás participantes.

Igualmente, se ordenará al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC que una vez solicite el inicio del proceso de convocatoria para el empleo de Dragoneante - Código 4114 - Grado 11 o en el evento que ya se hubiese dado apertura al mismo, **GARANTICE** la incorporación del actor al concurso de méritos que se adelante con dicho fin, en los términos señalados precedentemente.

### **5.3.2.2. De los perjuicios morales**

En el escrito subsanatorio de la demanda, se deprecia el reconocimiento de perjuicios morales, los cuales, se aduce, fueron ocasionados al actor, como consecuencia de la ilegalidad del acto administrativo enjuiciado, equivalentes a la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en sentencia del 5 de octubre de 2017<sup>3</sup>, señaló que los perjuicios morales se reconocen a manera de indemnización, más no de reparación a la persona que sufra una aflicción, por lo tanto, debe encontrarse demostrado daño y ser básicamente proporcional a la afectación que acaeció, al sostener:

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, demandante: Nohora Ramírez De Leguizamo y otros, demandada: Procuraduría General De la Nación, expediente No. 41001-23-33-000-2012-00206-01(1598-16).

“(...)

**En relación con el perjuicio moral**, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que: “(...) comporta aflicción, dolor, angustia y en general, padecimientos varios, o como ha solido decirse, dichas consecuencias "son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y cada cual siente o experimenta a su modo. (...)" con lo cual ha concluido que es posible su reparación y que al tratarse de sentimientos que permanecen en el interior del ser no es posible su cuantificación exacta.

**Del mismo modo la doctrina ha considerado que los daños morales son “esos dolores, padecimientos, etc., que pueden presentarse solamente como secuela de los daños infligidos a la persona. Que no son entonces daños propiamente dichos, y que por otra parte, constituyen un sacrificio de intereses puramente morales, que justifican una extensión del resarcimiento, esta vez con función principalmente satisfactoria”.**

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Plena de la Sección Tercera de la mencionada Corporación, indicando la necesidad de acreditación de la prueba del perjuicio moral que se pretenda reclamar a través del proceso, de esta manera:

“...La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 señaló que en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual °que (sic) demás perjuicios- a la **prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso**”. (...) el juez reconoce la existencia de los perjuicios morales teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos **debió implicar un profundo dolor, angustia y aflicción**, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad”.

Ahora bien, con respecto a la tasación del perjuicio moral el Consejo de Estado ha indicado que estos perjuicios han sido reconocidos a quienes sufran un daño, que se debe reconocer a manera de indemnización más no de reparación, por lo tanto le corresponde al juez establecer el valor que le corresponda, el cual deberá ser básicamente proporcional al daño que le fue acaecido.”.

En este orden de ideas, se tiene que el perjuicio moral se ha entendido aquel que violenta a la persona directa e indirectamente reflejado en dolor, aflicción y en general sentimientos de desesperación y congoja, **el cual podrá ser reconocido únicamente cuando la persona que crea haber sido perjudicada, demuestre a través de medios probatorios la ocurrencia de éstos.** (...)” (negrita del Despacho).

Ahora bien, en la audiencia de testimonios llevada a cabo el 12 de noviembre de 2020, el señor Jhon Wilson Plata Méndez, quien conoce al actor, aproximadamente desde el año 2008, manifestó que este se sintió decepcionado de la Institución debido a su exclusión del concurso de méritos,

por cuanto se frustró su expectativa laboral, ya que había superado unas fases del concurso, pero no se le permitió conformar la lista de elegibles, dado que cumplió los 25 años edad, de modo que, lo vio *“muy agobiado, lloraba mucho, desesperado porque él tenía muchas expectativas de vida, tenía su esperanza puesta en ese trabajo”*. Refirió que hablaba mucho de la convocatoria, dada la preparación que desarrolló y *“cambió su forma de ser”*. Igualmente, señaló que percibió que sufría de depresión por lo que hablaba con él y sus padres referentes a su eliminación del proceso de selección. Así mismo, afirmó que desde hace tres (3) años vive en la ciudad de Cali y el demandante en Tuluá, razón por la cual visitaba al actor **cada mes o cada dos meses** y evidenciaba la aflicción que este sufrió.

Por su parte, el señor Diego Fernando Reina Andrade, en la audiencia de testimonios, refirió que es amigo del señor Fausto Miguel Vargas Ome y percibió que el actor tenía mucha decepción y llanto constante por no poder cumplir sus objetivos de continuar en la convocatoria y tener un empleo estable como Dragoneante, para así poder ofrecer un buen futuro a su familia, actitudes que denotó cuando se reunía con este, **cada quince días o al mes**. Así mismo, afirmó que ser excluido del concurso condujo a que no se presentara a otras convocatorias.

Sobre el particular, analizadas las declaraciones conforme a las reglas de la sana crítica, encuentra el Despacho que las mismas no tienen la entidad suficiente para acreditar los perjuicios morales solicitados por el demandante.

En efecto, en primer lugar llama la atención de esta juzgadora que el primero de los testigos mencionados ni siquiera habita en el mismo lugar de residencia del actor y solamente se veía con él cada mes o dos, en tanto que el segundo se veía con este cada 15 día o al mes, de lo que se desprende que no existía habitualidad o permanencia en la relación de los deponentes con el actor, para derivar de allí su continuo estado de aflicción por el hecho que aquí se discute, pues lo visitaban ocasionalmente, amén que son vagos e imprecisos al exponer cómo cambió su forma de ser y cómo el evento ocurrido influyó en sus relaciones personales o familiares.

Igualmente, se refiere que debido a la decisión adoptada por la administración, el actor omitió presentarse a otras convocatorias, aspecto que para el Despacho corresponde a una decisión inherente al fuero interno del actor y que no prueba per-se, el acaecimiento del perjuicio moral, razones que impiden ponderar el *quantum* indemnizatorio, lo que conlleva a que sea denegada dicha pretensión resarcitoria.

## **6. COSTAS**

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

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.- DECLARAR** la nulidad de la **Resolución No. 1657 del 16 de julio de 2013**, por medio de la cual el Comisionado de la Comisión Nacional del Servicio Civil excluyó al demandante de la Convocatoria No. 132 – 2012 INPEC, por haber cumplido los 25 años de edad, antes de culminar el curso de complementación.

**SEGUNDO.-** A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, **INCORPORAR** al señor FAUSTO MIGUEL VARGAS OME, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.080.931.635 de Timaná, en la próxima convocatoria que realice para proveer el cargo Dragoneante - Código 4114 - Grado 11 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC o en la que se esté adelantando actualmente, **ADMITIÉNDOLO DIRECTAMENTE** en el curso de complementación o en calidad de alumno, en la Escuela Penitenciaria Nacional.

**TERCERO.- ORDENAR** al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC que una vez solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil el inicio del proceso de convocatoria para el empleo de Dragoneante - Código 4114 - Grado 11 o en el evento de que ya se hubiese dado apertura al mismo, **GARANTICE** la incorporación del señor FAUSTO MIGUEL VARGAS OME, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.080.931.635 de Timaná, al concurso de méritos que se adelante con dicho fin, en la etapa que se encontraba en la Convocatoria No. 132 – 2012 INPEC, en los términos señalados en el numeral que precede.

**CUARTO.- NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**QUINTO.-** Sin costas a cargo de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC.

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

**SÉPTIMO.-** 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.

**OCTAVO.-** 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**

<b>Firmado Por:</b>	JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. Notificación por estado	
<b>Gloria Mercedes Juez Juzgado Administrativo 018 Bogotá, D.C. - Bogotá</b>	La providencia anterior se notificó por ESTADO No. 003, de hoy 25 de febrero de 2022, a la hora de las 8.00 A.M.	<b>Jaramillo Vasquez</b>
Este documento fue	 LAURA MARCELA BOLÓN CARACHO Secretaría	<b>D.C.,</b>
electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12		generado con firma

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



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

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022)

**REFERENCIAS:**

Proceso: 110013335018-002018-00467-00  
Demandante: **NOLBERTO VERA MEDINA**  
Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL  
Asunto: SENTENCIA

---

El señor **NOLBERTO VERA MEDINA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.110.262.933, 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 – POLICIA NACIONAL, correspondiendo dictar sentencia.

**I. ACTUACIÓN PROCESAL**

**1. LA DEMANDA.**

**1.1. PRETENSIONES Y HECHOS.**

Las pretensiones y los hechos en que se sustenta la demanda fueron precisados en la Audiencia Inicial llevada a cabo el 10 de marzo de 2020, al momento de fijar el litigio y a ellos se remite el Despacho.

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

La parte actora estima desconocidos los artículos 29 Constitucionales, artículos 67, 72 y 74 numeral 1 del C.P.A.C. y estructuró el concepto de violación de la siguiente manera:

**(i) Notificación y expedición irregular del acto administrativo.**

Afirmó que mediante diligencia personal se notificó al actor de su retiro, desconociéndose lo normado en el artículo 74 numeral 1° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, induciéndolo a error, al no informarle que recursos procedían contra dicha decisión, configurándose una flagrante vulneración al debido proceso administrativo, amén que tenía derecho a solicitar aclaración modificación, adición o revocación el acto de retiro, lo cual, en su sentir, constituye una vía de hecho, pues no se le permitió ejercer el derecho de defensa.

Aludió a que la respectiva Junta de Evaluación y Clasificación para la Policía Nacional, vulneró de manera flagrante el debido proceso administrativo, en virtud a que no se motivó el Acta y mucho menos fue notificada personalmente al actor, limitándose exclusivamente a invocar la norma jurídica y sentencias que en nada atañen al trabajo del policial, o las razones por las cuales se mejoraría el servicio, sin tener en cuenta su folio de vida, calificaciones, informes de inteligencia, conRAINTeligencia, el grupo de anticorrupción, para satisfacer el requisito de motivar el retiro en virtud de lo señalado en la jurisprudencia de la Corte constitucional y el H. Consejo de Estado.

Señaló que para desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado, se debe tener en cuenta la hoja de vida de su representado a través de la cual se acredita la eficiencia en la prestación del servicio con inmediatez al retiro, lo cual no permite la vigencia de decisiones secretas u ocultas amparadas en mejorar el servicio. A su criterio, la administración tenía la carga de demostrar porqué el uniformado provocaba el desmejoramiento del servicio.

Agregó que actualmente se desconocen los motivos o razones de la respectiva Junta de evaluación y clasificación para retirarlo del servicio, y su acta no goza de reserva legal. Por ello, afirma que se vulneraron las sentencias C-525 de 1995, C-179 de 2006, T-995 de 2007, T-1168 de 2008, y C-053 de 2015, pues no se tuvo en cuenta previamente la hoja de vida, los informes de inteligencia o conRAINTeligencia, o del grupo anticorrupción.

**(ii) Abuso de poder y expedición irregular del acto.**

Señaló que el actor estaba cumpliendo a cabalidad con el buen servicio por las buenas actuaciones y mejoramiento en el servicio público de Policía por lo que resulta incompatible, incongruente y falaz que haya sido retirado del servicio por voluntad de la dirección general de la Policía Nacional por contrariar dicho aspecto.

Manifestó que en ese sentido, está demostrado el desvío de poder o abuso del poder discrecional por parte del nominador para prescindir de los servicios personales sin motivo ni razón, contrario a lo consignado en su hoja de vida y sus calificaciones.

Afirmó que el actor cuenta con felicitaciones colectivas e individuales, en la cuales se puede observar que no tiene sanciones disciplinarias y mucho menos suspensiones del servicio por faltas, de lo cual se colige que el retiro da al traste con los fines o móviles del estado y en punto se desvirtúa con ello la presunción de legalidad del acto acusado, de tal suerte que jurídicamente no podría decir que el demandante fue retirado por razones del buen servicio, por el desmejoramiento del mismo, cuando las evaluaciones y calificaciones que son excepcionales y superiores demuestran todo lo contrario, por lo cual hubo abuso o desvío de poder discrecional por parte del nominador.

Señaló que en el presente caso el nominador cometió un típico abuso de poder y una expedición irregular del acto, en virtud a que retiró del servicio a un excelente policía, quien entregó su vida a la institución, recibiendo honores, con ejemplo, con fuerza de trabajo, rectitud, cumplimiento, eficacia y con transparencia en sus labores, pues nunca fue objeto de investigaciones penales y disciplinarias y mucho menos fue sancionado por irregularidades, por el contrario fue objeto de felicitaciones, por su prestación y rectitud en el cumplimiento del servicio y por su espíritu de trabajo y superación fue calificado como superior.

**(iii) Violación del artículo 3 y 4 del Decreto Ley 1800 de 2000.**

Señaló que al actor no se le tuvieron en cuenta los principios básicos de la evolución y mucho menos los objetivos, toda vez que no se le efectuó la

evaluación respectiva para sustentar el retiro, como lo establecen los artículos 3 y 4 de la Decreto Ley 1800 de 2000, es decir no se armonizaron dichas normas con el artículo 20 ibídem, por lo que mal podría la Administración excepcionar el cumplimiento cabal de dichas disposiciones.

Manifiesta que si la norma depreca en su tenor, que previo al retiro es obligatoria la evaluación del desempeño policial para establecer los logros, gestiones desarrolladas, el perfil profesional del uniformado, hasta el punto de precisar si son suficientes los hechos para solicitar el retiro institucional, no puede la Junta de Evaluación y Calificación bajo la óptica subjetiva e irregular recomendar el retiro del actor, cuando sus evaluaciones son del nivel superior.

**(iv) Violación de los artículos 20 numeral 2, literal “F”, 21, 22, 33, 34 y 35 del Decreto 1800 de 2000.**

Señala que el actor debió haber sido evaluado por la entidad accionada y notificarlo de su calificación, previo a su retiro del servicio de la Institución, situación que no ocurrió.

**(v) Violación de los artículos 21 y 22, 33 al 35 del Decreto Ley 1800 de 2000.**

Transcribe los citados artículos con el fin de señalar que no se cumplió con el procedimiento de realizar la evaluación parcial por parte de la respectiva autoridad inmediata, con lo cual, en su sentir se configuró un indebido agotamiento de la actuación administrativa. Además, -afirma- que primero se le debió anunciar que iba a ser retirado del servicio, para darle la oportunidad de ejercer sus derechos, procedimiento que no se agotó, hecho que conlleva a que prospere el decreto de la nulidad.

### **III. CONTESTACIÓN**

La apoderada del Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional mediante escrito del **15 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:

Señaló que el acto administrativo impugnado se estructuró atendiendo los presupuestos procesales de existencia, validez y eficacia procesal que debe tener todo acto emanado de la Administración, además expedido por autoridad y funcionario competente, esto es, por el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, lo que permite afirmar, que las actuaciones no fueron desproporcionadas, ni trasgredieron derecho fundamental alguno al accionante; por el contrario se observaron las garantías constitucionales, legales y jurisprudenciales vigentes para el caso y por ende, goza del principio de legalidad.

Manifiesta que la Policía Nacional está regulada por un régimen especial que se enmarca en el artículo 218 de la Constitución Política, el cual dispuso que la Ley organizaría el cuerpo de policía, determinando su régimen de carrera prestacional y disciplinario.

Argumenta que por lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 1791 de 2000 y la Ley 857 de 2003, por los cuales se modificaron las normas de carrera del personal de Oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, normas en las cuales se encuentran entre otros, las causales de retiro del servicio activo para el personal del nivel ejecutivo de la policía nacional.

Afirma que el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá está legalmente facultado para retirar del servicio activo al personal del nivel ejecutivo, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes, amén que deben indicarse las motivaciones por las cuales se retira al orgánico, buscando el mejoramiento del servicio.

Señala que los requisitos exigidos por las pluricitadas normas, para aplicar la causal el retiro por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, en este caso delegada en el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá, se cumplieron a cabalidad en el retiro del servicio activo de la Policía Nacional del patrullero Nolberto Vera Medina, toda vez

que los miembros de la junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal el Nivel Ejecutivo y Agentes, analizaron los hechos que se venían presentado con el mismo quien se desempeñaba como integrante de la estación de policía de Bogotá.

Aduce que la mencionada junta por unanimidad de los asistentes que contaban con voz y voto, decidieron recomendar al Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá D.C., el retiro del servicio activo de la Institución del señor Nolberto Vera Medina, como quedó consignado en el Acta, cumpliéndose así el primero de los requisitos exigidos para ese tipo de retiros.

Afirma que igualmente su retiro se efectuó únicamente con la finalidad de lograr el mejoramiento del servicio, con motivos específicos y claros, los cuales fueron debidamente descritos, tanto en la referida Acta así como en la Resolución No. 215 del 9 de mayo de 2018, en virtud de lo dispuesto en la sentencia SU -053 del 12 de febrero de 2015.

Señala que los mínimos estándares de motivación establecidos en la mencionada sentencia se encuentran señalados tanto en el Acta de la Junta de Evaluación y Clasificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, como en la Resolución 217 el 9 de mayo de 2018, en las cuales se indicaron claramente los motivos por los cuales se retiraba del servicio activo de la policía nacional al demandante, decisión que solamente estuvo orientada al mejoramiento del servicio.

Sostiene que el Director General de la Policía Nacional está investido de una facultad discrecional, la cual también se encuentra delegada en los comandantes de policías metropolitanas, conforme con lo señalado en el artículo 1° de la Resolución No. 03913 del 8 de septiembre de 2008, que le permite retirar a los suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes, previo a una recomendación por parte de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, buscando un mejoramiento del servicio.

Afirma que como lo ha venido sosteniendo el H. Consejo de Estado el hecho de que la facultad discrecional sustituya un acto de naturaleza inmotivada, en cuanto a su concepción, no quiere decir que carezca de

motivos para su ejercicio, puesto que la misma norma establece su regulación al designar el funcionario competente, la realización de la junta, la votación de los integrantes, la recomendación de sus miembros y las razones del buen servicio.

Manifiesta que en el presente caso y luego del estudio de los hechos y circunstancias que conllevaron al retiro del servicio activo de la Policía Nacional del actor, se reunió la Junta de Evaluación y Clasificación de suboficiales, nivel ejecutivo y agentes, quienes consignaron y motivaron su retiro de la institución, teniendo en cuenta que no es producto de una sanción disciplinaria sino una facultad consagrada en el Decreto Ley 1791 de 2000, que obedece a las razones del buen servicio, con el fin de garantizar la seguridad y la convivencia ciudadana, la misma seguridad del estado y el buen funcionamiento de la institución policial.

Sostiene que la circunstancia de idoneidad y buen desempeño durante la permanencia en la Institución, tratándose de decisiones discrecionales, no generan por sí solas fuero alguno de estabilidad, ni pueden limitar la potestad de remoción que la ley le confiere al nominador, es por ello que en virtud del principio de dignidad, el cual contiene valores de honestidad, transparencia, honor y valor policial, así como en observancia de los principios constitucionales cada policial debe ser fiel cumplidor de los mismos.

Señala que teniendo claridad acerca de los compromisos, responsabilidades y obligaciones, deberes principios, visión, misión, constitucional, código de ética, que todo funcionario público al servicio del Estado, que ostente un escalafón en calidad de uniformado de la Policía Nacional, está en la obligación de cumplir cabalmente, se evaluó la trayectoria del demandante señalándose la falta de compromiso con las metas de la unidad.

Afirma que del estudio realizado por la Junta es evidente que con dichas actuaciones del demandante se afectó de manera definitiva la confianza de la Institución y de la comunidad que habían depositado en el señor Patrullero Nolberto Vera Medina, como funcionario público sus deberes y obligaciones constitucionales y legales, además con dichos actos también

incumplió su juramento de salvaguardar la vida, honra y bienes de los ciudadanos habiéndose comprometido a proteger.

Luego de transcribir los motivos consignados en el Acta de la Junta de Evaluación y Clasificación de Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá D.C., deduce que el patrullero Nolberto Vera Medina incumplió con sus deberes constitucionales y legales, afectando la confianza de la institución y la comunidad. Discurrió acerca del fenómeno de la pérdida de confianza con base en jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>1</sup>, e igualmente se apoyó en el contenido de la sentencia SU-053 de 2015, para concluir que el acto acusado cumplió con los estándares de motivación establecidos por la jurisprudencia.

De igual modo, aclaró que el retiro del servicio no persigue sancionar al uniformado, sino la buena prestación del servicio. Elaboró una tabla comparativa entre el ejercicio de la facultad discrecional y la acción disciplinaria, según la cual esta gira en torno a la conducta en el ejercicio de la funciones, mientras que la primera corresponde a la evaluación del servicio y de conveniencia y oportunidad. Indicó que aún en el caso de haberse iniciado un proceso disciplinario, ello no genera fuero de estabilidad.

Por último, propuso como excepciones las denominadas: Acto ajustado a la Constitución, la ley y la jurisprudencia e imposibilidad de condena en costas.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

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

El actor rindió los alegatos, mediante memorial remitido vía correo electrónico el **22 de noviembre de 2021** sustentado en dos sentidos: (i) que no es aplicable la jurisprudencia, según la cual el reintegro sólo da derecho al pago de 24 meses de emolumentos porque el actor no es empleado provisional, de acuerdo a la sentencia de 15 de diciembre de

---

<sup>1</sup> Sentencia de 26 de marzo de 2009, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Rad. 2500 23 25 000 2004 05256 01 (509-08); sentencia de 12 de agosto de 2010, C.P. Bertha Lucía Ramírez Páez, Rad. 05001 23 31 000 2004 01189 01 (1608-09), entre otras.

2015 del Consejo de Estado<sup>2</sup>; y (ii) que no es aplicable la forma como la Policía Nacional efectuó el retiro del servicio.

En el último punto retoma los argumentos expuestos con la contestación de la demanda, para decir que la Policía Nacional no probó que la permanencia del actor en la institución afecta la prestación del servicio. A ello le suma, que los hechos que le servían de causa no son proporcionales a la norma que contempla la medida y agrega que la decisión acusada no es acorde con los principios de la función pública de moralidad y eficacia, porque las calidades personales y profesionales de su representado no fueron tenidas en cuenta, afirmando que se configuró la desviación de poder.

En ese sentido, procedió a reiterar los cargos de violación señalados en la contestación de la demanda. En síntesis, expresó que no se realizó la evaluación para sustentar el retiro del servicio, conforme lo disponen los artículos 4 y 20 del Decreto Ley 1800 de 2000. Además, arguye que tampoco se le notificó la evaluación parcial para el retiro del servicio, y por ende, que no se agotó la vía gubernativa, pues no se le dio la oportunidad de interponer recursos, conforme al artículo 22 *ibídem*.

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

A través de memorial remitido vía correo electrónico el día **18 de noviembre de 2021**, la administración reiteró los argumentos del escrito de defensa, en particular, que el acto se expidió conforme a la normativa vigente y aplicable al caso, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Vuelve a discurrir sobre el régimen especial de la Policía Nacional, y transcribe las normas que regulan el retiro por Voluntad de la Dirección General. Indica que se cumplió con el requisito del Acta de Recomendación del Retiro del Servicio, expedida por la respectiva Junta de Evaluación y que los motivos quedaron consignados en la misma. Termina con la transcripción de jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a la facultad discrecional.

#### **4.3. Ministerio Público**

---

<sup>2</sup> Rad. 11001 03 15 000 2015 02182 01 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

La Agente del Ministerio Público no rindió concepto

## **V. CONSIDERACIONES**

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

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

#### **5.2.1. Sobre el retiro del actor de las Fuerzas Militares.**

**5.2.1.1.** Acta 288 GUTAH-SUBCO-2.25 de 30 de abril de 2018 “*QUE TRATA DE LA RECOMENDACIÓN DE LA JUNTA DE EVALUACIÓN Y CLASIFICACIÓN PARA SUBOFICIALES, PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO Y AGENTES DE LA POLICÍA METROPOLITANA DE BOGOTÁ, RESPECTO DEL RETIRO POR VOLUNTAD DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE UN MIEMBRO DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA NACIONAL*” (folios 30 al 70).

**5.2.1.2.** Resolución 215 de 9 de mayo de 2018 “*por la cual se retira del servicio activo a un integrante del Nivel Ejecutivo, adscrito a la Policía Metropolitana de Bogotá*”, expedida por el Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá. (folios 4 al 20).

**5.2.1.3.** Acta de Notificación de Retiro del 10 de mayo de 2018, por medio de la cual se notificó al patrullero Nolberto Vera Medina la Resolución 215 de 9 de mayo de 2018, suscrita por el notificado (folio 22).

**5.2.1.4.** Listado de Oficiales que conformaron la Junta de Evaluación y Calificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá, correspondiente al Acta 288 GUTAH-SUBCO-2.25 de 30 de abril de 2018 (folio 71).

#### **5.2.2. Otras documentales.**

**5.2.2.1.** Copia del extracto de la hoja de vida del patrullero Nolberto Vera Medina (folios 23, 24, 29 73 a 76).

**5.2.2.2.** Constancia expedida por el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno, COSEC 4, según la cual el patrullero Nolberto Vera Medina no registra sanciones disciplinarias (folio 26).

**5.2.2.3.** Oficio S-2018/MEBOG-CODIN-COSEC4-41.8 de 3 de julio de 2018, por medio del cual el Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno, COSEC 4, señala que el patrullero Nolberto Vera Medina no registra antecedentes de investigaciones (folios 28).

**5.2.2.4.** Oficio de 19 de marzo de 2021 expedido por el Coordinador del Grupo de Administración, Soporte y Análisis de los Sistemas de Información Misional y Estratégica de la Procuraduría General de la Nación, según el cual Nolberto Vera Medina no registra queja, peticiones o solicitudes incorporadas al sistema de información GEDIS y SIM (prueba digital).

**5.2.2.5.** Evaluaciones del desempeño efectuadas al patrullero Nolberto Vera Medina, correspondientes a los siguientes periodos: desde el 6 de octubre al 31 de diciembre de 2015<sup>3</sup>; 15 de enero al 23 de julio de 2016; 29 de julio al 19 de octubre de 2016; 2 de noviembre al 31 de diciembre de 2016; 19 de enero al 31 de diciembre de 2017; 16 de enero de 2018 al 23 de mayo de 2018 (folios 72 al 117).

**5.2.2.6** Formularios de seguimientos al patrullero Nolberto Vera Medina, correspondientes a los siguientes periodos: desde el 28 de junio de 2014 hasta el 31 de agosto de 2015, y luego del 17 al 27 de diciembre de 2015; año 2016; y año 2017 (pruebas digitales).

**5.2.2.7** Certificado salarial del mes de mayo del patrullero Nolberto Vera Medina, expedido por el Tesorero General de la Policía Nacional (folio 25).

### **5.3. PROBLEMA JURÍDICO.**

Como se expresó al momento de la fijación del litigio, dentro de la audiencia Inicial llevada a cabo el 10 de marzo de 2020, el aspecto que

---

<sup>3</sup> Prueba digital.

ocupa la atención del Despacho consiste en establecer si con la expedición de la Resolución 215 de 9 mayo de 2018, por medio de la cual se retiró del servicio activo de la Policía Nacional al señor Nolberto Vera Medina, se incurrió en causal de nulidad que desvirtúe la su legalidad, y si hay lugar a que se le paguen los perjuicios morales y las prestaciones sociales reclamadas.

### **5.3.1. Normatividad que fundamenta la decisión de retiro del personal del Nivel Ejecutivo frente al caso concreto.**

Para desatar el debate, es preciso tener en cuenta que a la fecha de expedición de la Resolución 215 de 9 de mayo de 2018<sup>4</sup>, se encontraba vigente la reglamentación sobre retiro del servicio prevista en el Decreto 1791 del 14 de septiembre de 2000, norma que se invoca como fundamento legal de la decisión cuestionada y que constituye el régimen que cobija a los Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, modificada por la Ley 857 de 2003 y, por lo tanto, aplicable a la situación concreta del demandante.

El artículo 55 (Num. 6º) del Decreto 1791 de 2000 estableció la causal de retiro del servicio por voluntad de la Dirección General de la Policía Nacional, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 55. CAUSALES DE RETIRO. El retiro se produce por las siguientes causales:*

*1. (...)*

*6. Por voluntad del Gobierno para oficiales y del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, los suboficiales y los agentes.*

*14. (...)” (los apartes tachados fueron declarados inexequibles mediante sentencia C-253 de 2003).*

Por su parte, el artículo 62 del Decreto 1791 de 2000, desarrolló la causal de retiro por voluntad del Gobierno Nacional, o de la Dirección General de la Policía Nacional, destinada al personal del Nivel Ejecutivo y Agentes, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 62. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO, O DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los*

---

<sup>4</sup> Folios 4 al 20.

~~oficiales~~ o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, ~~los suboficiales~~, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación ~~de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional para los oficiales~~ o **de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva para los demás uniformados** (los apartes tachados fueron declarados inexecutable mediante sentencia C-253 de 2003) (negrillas del Despacho).

Con la Ley 857 de 2003<sup>5</sup>, se facultó a los Comandantes de Policía Metropolitana, de Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación, para que apliquen dicha modalidad de retiro del servicio. Estas autoridades operan por delegación del Director General de la Policía Nacional, según su artículo 4º, parágrafo 1º:

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

De la normativa transcrita se colige que, para efectuar el retiro del servicio de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional, o las autoridades delegadas, con cualquier tiempo de servicio, **se requiere recomendación previa de la respectiva Junta de Evaluación y Clasificación.**

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

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

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

---

<sup>5</sup> “Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto-ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones”.

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

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

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

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

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

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

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

iv. El concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional<sup>6</sup>. No obstante lo anterior, la expedición de ese concepto previo sí debe estar soportado en unas diligencias exigibles a los entes evaluadores, como por ejemplo el levantamiento de actas o informes, que deberán ponerse a disposición del afectado, una vez se produzca el acto administrativo de retiro, y las cuales servirán de base para evaluar si el retiro se fundó en la discrecionalidad o en la arbitrariedad.

v. El afectado debe conocer las razones objetivas y los hechos ciertos que dieron lugar a la recomendación por parte del comité de evaluación o de la junta asesora, una vez se expida el acto administrativo de retiro. Por lo tanto, en las actas o informes de evaluación debe quedar constancia de la realización del examen de fondo, completo y preciso que

---

<sup>6</sup> Según se explicó en los fundamentos 29 a 42 de esta providencia, la Policía Nacional cumple, entre otras, las funciones constitucionales de servir a la comunidad, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un rden justo y proteger a todas las personas residentes en Colombia

se efectuó al recomendado. **En tal examen se debe analizar, entre otros, las hojas de vida, las evaluaciones de desempeño y toda la información adicional pertinente de los policiales.**

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

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

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

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

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

eventos no alcanza a causar una asignación de retiro<sup>7</sup>". (Negrilla fuera del texto original).

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

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

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

"(...)

*En síntesis, el estándar de motivación justificante al que se refiere la Corte Constitucional en la sentencia en cita supone, en términos generales, que si bien los actos de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, no deben contener en su cuerpo necesariamente las razones que llevan al alto mando a tomar este tipo de decisiones, **los mismos sí deben estar sustentados en razones objetivas y hechos ciertos que justifiquen el retiro de un servidor de la Fuerza Pública.** Lo anterior, se traduce, de una parte, en la **proporcionalidad y razonabilidad que deben guiar el ejercicio de la facultad discrecional y, de otra, en la existencia de los conceptos previos emitidos por las juntas asesoras o los comités de evaluación que hagan evidente las razones del servicio invocadas para disponer el retiro del mismo.** Conceptos que tienen que ser puestos en conocimiento del afectado desde el momento en que se produce el acto de retiro, sin que para ello sea obstáculo la reserva legal a la cual pueden estar sujetos. Esto con el fin de que los oficiales o suboficiales de la Fuerza Pública cuenten con la posibilidad en sede judicial de controvertir las verdaderas razones que determinaron su retiro del servicio". (Negrilla fuera del texto original).*

### **5.3. CASO CONCRETO.**

El ex patrullero Nolberto Vera Medina pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado bajo los siguientes cargos: (i) notificación y

---

<sup>7</sup> Sentencia T-265 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

expedición irregular del acto administrativo; (ii) abuso de poder y expedición irregular del acto; (iii) violación del artículo 3 y 4 del Decreto Ley 1800 de 2000; (iv) violación de los artículos 20 numeral 2, literal “F”, 21, 22, 33, 34 y 35 del Decreto 1800 de 2000; (v) Violación de los artículos 21 y 22, 33 al 35 del Decreto Ley 1800 de 2000.

En resumen, todos los cargos se sustentan en que no se cumplieron las condiciones para la expedición de la Resolución 215 de 9 de mayo de 2018, las que se contraen a la notificación y la motivación. El Despacho primero abordará los cargos relacionados con la notificación, para luego referirse al reparo concerniente a la motivación.

Los cargos relacionados con la notificación se dirigen en dos sentidos: (i) que la administración no le indicó los recursos que procedían contra la citada Resolución, conforme lo establece el artículo 74 del CPACA; y (ii) debió existir un acta previa de evaluación para el retiro del servicio que debió notificarse, a fin de tener la oportunidad de agotar la vía gubernativa, conforme al Decreto ley 1800 de 2000, y en todo caso, afirma que no se notificó el Acta 288 GUTAH-SUBCO-2.25 de 30 de abril de 2018, expedida por la Junta de Evaluación y Calificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá<sup>8</sup>.

En cuanto al primer punto, el Despacho advierte que por tratarse de un acto de retiro del servicio, este se caracteriza porque la notificación surte efectos inmediatos, es decir, se produce el retiro del servicio. Ello explica porque, la Resolución 215 de 9 de mayo de 2018, dispuso en su artículo tercero que contra esta decisión “*no procede recurso alguno*”. Por consiguiente, el acta de notificación de retiro de 10 de mayo de 2018 tampoco debía indicar dicha circunstancia.

Adicionalmente, los actos de retiro del servicio se rigen por norma especial, esto es, los artículos 55 (Num. 6º) y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000, arriba comentados. Según estas normas, la Policía Nacional puede efectuar el retiro del servicio con base en la recomendación de la respectiva Junta de Evaluación y Calificación. La decisión no puede ser controvertida

---

<sup>8</sup> Folios 4 al 20.

en sede administrativa por el subordinado, por tratarse de un acto discrecional del superior, amén de los efectos inmediatos que operan en aras de salvaguardar el interés general, el buen servicio y los principios de la función administrativa contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política.

Con lo anterior, no se quiere decir que el demandante no pueda ejercer el derecho de defensa y contradicción. Claro que por virtud del derecho fundamental al debido proceso, previsto en el artículo 29 Superior, toda persona podrá controvertir la decisión que lo afecte. Sin embargo, la oportunidad y el mecanismo no son los recursos gubernativos, sino los recursos judiciales, en razón a la naturaleza discrecional de la decisión.

Lo anterior atiende a la jurisprudencia en materia de actos de retiro del servicio de carácter discrecional. Así, el Consejo de Estado mediante sentencia 14 de septiembre de 2017<sup>9</sup> expresó lo siguiente:

*“Respecto a la improcedencia de los recursos de la vía gubernativa contra los actos administrativos discrecionales, esta Sala se ha pronunciado, así<sup>10</sup>:*

*(...)*

*Conforme a lo anterior, se concluye que contra los actos de nombramiento y remoción, como lo es el acto que declara la insubsistencia, y cuyo cumplimiento solo requiere la ejecución del acto, no procede la interposición de los recursos de la vía gubernativa, por expresa prohibición legal, tal y como se dejó visto, de tal suerte que lo viable para estos casos, es que el interesado acuda durante el término que la ley dispone ante la jurisdicción, para demandar la decisión que considera afecta su situación jurídica.*

*(...).”*

Visto que el acto de retiro del servicio demandado no es susceptible de recursos ante la administración, devienen en infundados los cargos de nulidad que se construían sobre la expedición irregular de la Resolución 215 de 9 de mayo de 2018, por indebida notificación.

Ahora, en cuanto al cargo de expedición irregular en torno al acta de evaluación, vale decir que el libelista echa de menos la existencia de una

---

<sup>9</sup> C.P. César Palomino Cortés, Rad. 13001-23-33-000-2013-00475-01(2450-14).

<sup>10</sup> Sentencia de 2 de marzo de 2017. MP CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00224-01(2663-14)

evaluación previa al retiro del servicio, que debió notificarse para agotar los recursos, y en todo caso, observa que faltó notificar el Acta 288 GUTAH-SUBCO-2.25 de 30 de abril de 2018, expedida por la Junta de Evaluación y Calificación para Suboficiales, personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Metropolitana de Bogotá<sup>11</sup>.

Sobre el particular, es cierto, que los artículos 3, 4, 20 al 22, y 33 al 35 del Decreto Ley 1800 de 2000<sup>12</sup> disponen que las actas de evaluación deben ser notificadas, que las mismas se deben hacer para el retiro del servicio, y permitir hacer reclamaciones. Sin embargo, los artículos 55 (Num. 6º) y 62 del Decreto Ley 1791 de 2000 señalan **un procedimiento especial** para cuando el retiro se realiza por voluntad de la Dirección de la Policía Nacional.

En efecto, arriba se dejó consignado que el procedimiento consiste en que la respectiva Junta de Evaluación y Calificación para Suboficiales, recomienda el retiro mediante Acta, la cual debe servir de base para la expedición el acto de retiro de servicio. Así se cumple el requisito de la existencia de la evaluación del retiro, empero, la misma se entiende notificada con el acto de retiro del servicio, como en precedencia se demostró que se hizo con la Resolución 215 de 9 de mayo de 2018.

La razón estriba en que el retiro del servicio de carácter discrecional no está sujeto a procedimientos administrativos previos. Al respecto, la jurisprudencia ha precisado que *“el concepto emitido por las juntas asesoras o los comités de evaluación, no debe estar precedido de un procedimiento administrativo, lo anterior, debido a que ello desvirtuaría la facultad discrecional que legalmente está instituida para la Policía Nacional, en razón de función constitucional”*<sup>13</sup>.

De esta forma, se descarta que la administración hubiese tenido que expedir un acta aparte del Acta 288 GUTAH-SUBCO-2.25 de 30 de abril de 2018, y una notificación independiente de la Resolución 215 de 9 de mayo de 2018. Por manera que tampoco prosperan los cargos de vulneración del

---

<sup>11</sup> Folios 4 al 20.

<sup>12</sup> “Por el cual se dictan normas para la evaluación del desempeño del personal uniformado de la Policía Nacional”.

<sup>13</sup> Sentencia T-107 de 2016 que cita la Sentencia SU-172 de 2015.

debido proceso o del derecho de defensa, en lo relacionado con la expedición del acta que recomendó el retiro del servicio.

De otra parte, frente a la irregularidad concerniente con la motivación, lo primero que se advierte es que el acto de retiro del servicio, esto es, la Resolución 215 de 9 de mayo de 2018, se motivó en el Acta 288 GUTAH-SUBCO-2.25 de 30 de abril de 2018, y ésta a su vez en las anotaciones registradas en la historia laboral y el formulario de seguimiento del actor de los años 2016 al 2018.

En efecto, en la citada Acta, que se transcribió en la Resolución de retiro, se anotó que *“la presente Junta, trae a colación la evaluación del uniformado, la cual en su trayectoria profesional ha tenido, 15 felicitaciones y 01 condecoraciones”*, luego señala que *“analizada la información en el Sistema de Información para la Administración del Talento Humano SIATH y la historia laboral, tenemos los siguientes elementos para evaluar trayectoria”*.

Luego, en el acto de retiro se describen los compromisos asumidos en cada anualidad. Seguidamente, se enuncian los comportamientos por los cuales se efectuaba el retiro del servicio, bajo los siguientes títulos: *“incumplimiento compromiso institucional”, “incumplimiento de las obligaciones como evaluado PSI y evaluaciones”, “omisión al incumplimiento de los deberes en el servicio”, “falta de efectividad en el cumplimiento de las tareas asignadas y la concertación de la gestión”, “no aporta a la prevención de los delitos de impacto y hechos delictivos”, disciplina policial mal porte del uniforme”, “disciplina policial llegadas tardes al servicio”, e “incumplimiento al ítem de capacitación y actualización”*.

En ese sentido, son abultados los motivos que tuvo la Policía Nacional para efectuar el retiro del servicio del actor, por lo que viene a menos el cargo de la falta de motivación. El hecho que el acto de retiro de servicio o el acta que lo recomienda, no referencie todos los puntos de la hoja de vida o informes de inteligencia o contrainteligencia, o del grupo de contrainsurgencia, como lo expresa la Corte Constitucional en la jurisprudencia arriba citada, no significa que la administración no se pueda apoyar en otros como los formularios de seguimiento, como ocurre

en el presente caso, donde se tuvieron en cuenta los de los años 2016 a 2018.

En tal sentido, no existe una tarifa legal, pues cualquier documento es válido para justificar la decisión. Así, lo entendió el Consejo de Estado mediante sentencia de 4 de febrero de 2021<sup>14</sup> a tono con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según el siguiente aparte:

“(…)

*28. Tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado han señalado que para que opere la causal de retiro aludida, si bien no se necesita exponer o justificar exhaustivamente los propósitos que animaron la manifestación de voluntad de la administración, pues se entiende que se actúa en aras del buen servicio público, sí es necesario que el acto se encuentre respaldado en un análisis objetivo y razonable de los documentos del personal cuyo retiro se recomienda por parte de la junta de evaluación y clasificación respectiva, de manera que se garanticen los derechos fundamentales del policial .”*

Ahora bien, los motivos que tuvo la Policía Nacional evidencian que el comportamiento del ex patrullero Nolberto Vera Medina, afectaba el buen servicio. Al respecto, la Corte Constitucional precisó, que la aludida causal, persigue que el desempeño institucional del uniformado no lesione los principios éticos y morales, ni genere la pérdida de la confianza tanto de la entidad como de la sociedad. Así, en Sentencia SU-091 de 2016 expresó:

“(…)

*A diferencia de lo anterior, el retiro Discrecional en las Fuerzas Militares y el retiro por Voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional han sido instituidas con la finalidad de velar por el mejoramiento del servicio frente a casos de corrupción o graves situaciones que afecten el desempeño de la función institucional, en aras de garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado, sin que se requiera que el uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiriera el derecho a una asignación de retiro”.*

De otra parte, el hecho que el actor hubiese tenido buenas calificaciones del servicio, las felicitaciones en su hoja de vida y la no existencia de faltas disciplinarias, no le otorgaba ningún fuero de estabilidad. Reiteradamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que el buen

---

<sup>14</sup> Rad. 05001-23-31-000-2009-01441-01(1208-14), CP Cesar Palomino Cortés.

desempeño constituye la obligación del servidor público, pues las funciones persiguen el interés general. Así, en sentencia del 15 de noviembre de 2018,<sup>15</sup> expresó lo siguiente:

“(…)

*Finalmente, la Subsección encuentra que si bien es cierto, se acreditó que la demandante se desempeñó de forma satisfactoria en el empleo, ello como se dijo, no genera fuero de permanencia y con esa sola circunstancia no es posible concluir que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento desbordó la proporcionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional o que obedeció a fines distintos al buen servicio.”.*

Por otra parte, el libelista señaló que el acto acusado se expidió con abuso o desviación del poder. Sin embargo, la inactividad probatoria del interesado no permite advertir que la administración hubiese tenido un fin distinto al buen servicio. Los motivos consignados en el acto acusado así lo indican. Sobre dicho aspecto, el Consejo de Estado<sup>16</sup> discurre así:

*“El actor pretende demostrar esta censura con suposiciones y pareceres personales, sin allegar prueba fehaciente que demuestre el fin torcido de la administración, cuestión que no es posible tratándose de la censura por desvío de poder, como quiera que la carga de la prueba le incumbe al demandante que alega el fin contrario al buen servicio y en este aspecto, la prueba ha de ser contundente, con el fin de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara a los actos de la administración.”.* (Subraya a propósito).

En efecto, el actor no controvertió y menos aún desvirtuó los hechos que originaron el retiro del servicio, por lo cual el Despacho estima que corresponden a la realidad, es decir, no se configura la falsa motivación. A ello se suma, que las anotaciones en los formularios de seguimiento de 2016 al 2018 son proporcionales frente a la medida administrativa de retiro del servicio.

En este orden de ideas, se arriba a la conclusión que la Resolución 215 del 9 de mayo de 2018 se ajusta a la Constitución y a la ley, como lo adujo la defensa. Al no ser desvirtuada la legalidad del acto acusado, lo consecuente será negar las pretensiones de la demanda.

---

<sup>15</sup> Rad. 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16), CP. William Hernández Gómez.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 9 de marzo de 2000, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Radicado 815-99, Actor: Wilson Ortiz Díaz.

## 5.5. COSTAS.

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

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

### RESUELVE

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

**SEGUNDO.-** 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  
Mercedes**

JUZGADO 18 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C. Notificación por estado
La providencia anterior se notificó por ESTADO N° 003 de hoy 25 de febrero de 2022 a la hora de las 8.00 A.M.
 LAURA MARCELA ROLÓN CAMACHO Registrada

**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:

**0e2f4624693adbb7cde93c5b5f1165048ac362e349d4cb153dbe46ce39  
9b2bd6**

Documento generado en 23/02/2022 11:15:10 AM

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

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